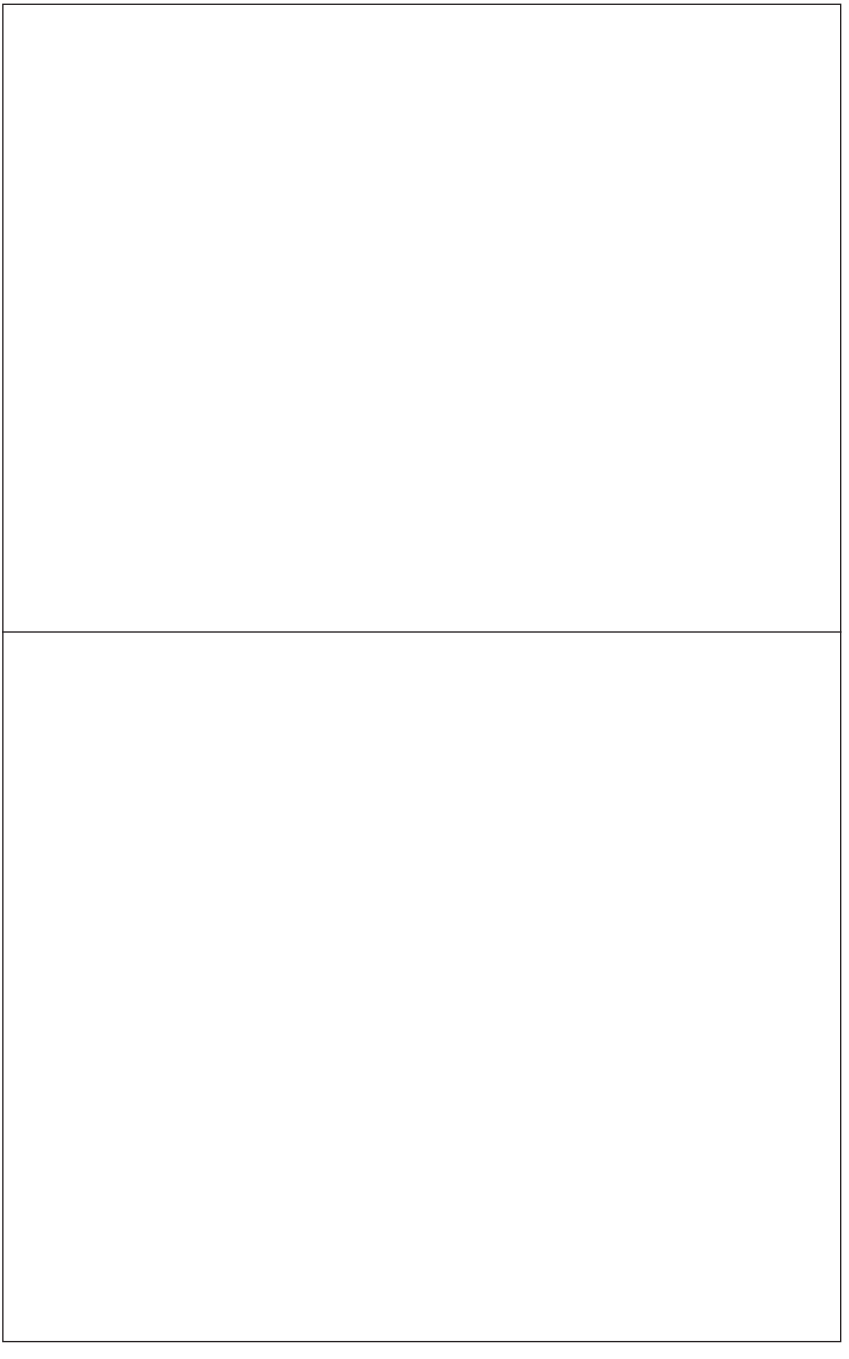
Bernhard Klose | Günther Löschnigg
Julia Möller-Klapperich (Hrsg.)

Werbung und Recht

Festschrift
für Gerhard Ring

Nomos

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.



https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

Bernhard Klose | Günther Löschnigg
Julia Möller-Klapperich (Hrsg.)

Werbung und Recht

Festschrift
für Gerhard Ring

Nomos

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

Onlineversion
Nomos eLibrary

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

ISBN 978-3-7560-1091-2 (Print)
ISBN 978-3-7489-4116-3 (ePDF)

1. Auflage 2023
© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2023. Gesamtverantwortung für Druck und Herstellung bei der Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

Vorwort

Die Vielseitigkeit im Werdegang von Gerhard Ring, seine beeindruckenden beruflichen Leistungen und seine wissenschaftliche Stellung werden nachfolgend von seiner Magnifizenz, Herrn Rektor Prof. Dr. Klaus-Dieter Barbknecht, umfassend dargelegt. Die HerausgeberInnen können sich den wohlwollenden Worten nur voll und ganz anschließen.

Die Festschrift zu Ehren des Jubilars soll ein weiteres Zeichen der großen Anerkennung von Gerhard Ring setzen. Die Zusammensetzung des HerausgeberInnenteams spiegelt ein wenig die Metaebene seines wissenschaftlichen Wirkens und seiner umfassenden universitären Lehrtätigkeit wider: den verständnisvollen aber fordernden Umgang mit den Studierenden, die stete Bereitschaft zur Förderung des wissenschaftlichen Nachwuchses, den ungebrochenen Kontakt zu AbsolventInnen der Universität und zu ehemaligen MitarbeiterInnen des Instituts, seine Fähigkeit zum Wandel von wissenschaftlicher Kooperation zum freundschaftlichen Miteinander.

Großer Dank gilt den Autorinnen und Autoren, die an diesem Liber amicorum mitgewirkt haben – und dies trotz eines vorgegebenen Generalthemas, das für einzelne Fachbereiche eine gewisse Herausforderung darstellt.

Dank gebührt auch dem Nomos-Verlag, der aufgrund der jahrelangen Zusammenarbeit mit Gerhard Ring ohne Zögern und ohne finanzielle Rückversicherung durch SponsorInnen die verlegerischen Arbeiten und die Drucklegung in gewohnt hervorragender Form übernommen hat. Für die Erstellung des Abkürzungsverzeichnisses und die Unterstützung bei der Formatierung der Beiträge danken wir außerdem unserer studentischen Mitarbeiterin Katharina Beer.

Nicht unerwähnt bleiben darf eine ganz wichtige Stütze, die vor allem im Hintergrund eine Fülle von organisatorischen Arbeiten erledigt hat: Frau Evelyn Neuber. Wer Gerhard Ring auch nur ein wenig kennt, weiß, dass "Hintergründe" für ihn besonders reizvoll sind. Die Geheimhaltung der Vorbereitungen war daher für eine Mitarbeiterin am Institut kein leichtes Unterfangen.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

Vor dem Problem der Geheimhaltung stand auch seine liebe Frau, Prof. Dr. Line Olsen-Ring, die – wie auch die gemeinsamen Publikationen von Ring & Olsen-Ring zeigen – eine jahrzehntelange Stütze des Jubilars war und auch in Zukunft sicher sein wird und die die HerausgeberInnen und Verfasser des Vorwortes mit der einen oder anderen nicht unwichtigen Information versorgt hat.

Freiberg, im Februar 2023 Die HerausgeberIn

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

Inhaltsverzeichnis

Laudatio 13

Walter Brenner, Tobias Fahse und Barbara Brenner
Die Datenschutzgrundverordnung der EU:
Ein „zahnloser Tiger" oder ein wirksames Instrument?
Ein datenanalytisches Experiment 17

Thomas Geiser
Umgang der Arbeitnehmer mit sozialen Netzwerken im schweizerischen Recht 45

Alexander Geißler
Die Legalisierung von Cannabis
– aktuelle gesellschaftliche Entwicklungen 63

Horst-Peter Götting
Akzessorische Werbung mit sozialem Engagement 93

Heiko Gojowczyk
Werbung durch das Vollstreckungsgericht für die Grundstücks-Zwangsversteigerung
– Möglichkeiten und Grenzen von § 40 Abs. 2 ZVG 109

Ludwig Gramlich
„Kommerzielle Kommunikation" im EU-Recht seit den 1980er Jahren 131

Herbert Grziwotz
Werbung „mittels" Amtspflichtverletzung 157

Alpay Hekimler
Kinderbeschäftigung in Kunst, Kultur und Werbung
– ein Überblick zur rechtlichen Situation in der Türkei 171

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

Vera Hiller
Die Mackmyra-Entscheidung als Beispiel für rechtliche Einschränkungen bei Werbung für alkoholhaltige Getränke im schwedischen Recht 195

Andreas Horsch, Anja Rößger
Unternehmensfinanzierung auf Basis von Immaterialgüterrechten 207

Dieter Jacob, Bedia Jüttner
Marketing-Budgetierung für kleine und mittlere Bauunternehmen 235

Sebastian Kiefel
Datenschutz in der Werbung – Das Ende der Inboxwerbung? 287

Bernhard Klose
Strafbare Werbung nach § 16 UWG
– ein Straftatbestand im Schattendasein 307

Günther Löschnigg
Werbung im und rund um das Arbeitsverhältnis
– aus österreichischer Sicht 325

Martin Marx
Die Werbung mit Werten 343

Julia Möller-Klapperich
Klimaschutz in der Werbung
– Notwendige Verbraucherinformation oder Greenwashing? 365

Anna Nauen, Margit Enke
Datenschutz und Kundenbeziehungsmanagement
– ein Widerspruch!? 381

Line Olsen-Ring
Werberecht der Rechtsanwälte
– eine dänisch-österreichische Fußnote 389

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

Steffen Vogel
Die Unzulässigkeit der als Information getarnten Werbung nach Nummer 11 des Anhangs zu § 3 Abs. 3 UWG 409

Rainer Wolf
Rechtspolitische Implikationen der Entwicklung und der Herausforderungen des humanitären Völkerrechts 421

Maximilian Wormit
Unionsrechtliche Grenzen der Werbung für staatsmonopolisierte Glücksspielangebote 471

Autor*innen-Verzeichnis 489

Abkürzungsverzeichnis 493

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

Laudatio

Mit Ablauf des 31.03.2023 tritt Herr Univ.-Prof. Dr. iur. Gerhard Ring in den Ruhestand – ein willkommener Anlass, einen verdienten Wissenschaftler zu ehren. Dazu gehört es selbstverständlich, einen Blick auf das bisherige Schaffen und Wirken des Jubilars zu werfen:

Herr Univ.-Prof. Dr. iur. Gerhard Ring wurde 1957 in Pirmasens geboren.

Nach dem 1976 am Neusprachlichen Gymnasium Pirmasens abgelegten Abitur studierte er Politik-, Rechtswissenschaft und Neuere Geschichte an der Universität des Saarlandes in Saarbrücken sowie Wirtschaftswissenschaften an der Fernuniversität Hagen.

1982 legte er das erste juristische Staatsexamen ab und erwarb 1984 den akademischen Grad des Magister rerum publicarum – also den Magister der Verwaltungswissenschaften – und 1985 den des Licentiatus iuris, des Lizentiaten des Rechts. Ebenfalls 1985 absolvierte Herrn Prof. Dr. Ring die zweite juristische Staatsprüfung. 1989 erfolgte auf Grund seiner mit dem Förderpreis für die beste juristische Dissertation ausgezeichneten und mit der Note summa cum laude bewerteten Arbeit die Promotion zum Dr. iur. durch die Universität Trier.

Neben seiner Tätigkeit für das Ministerium für Wissenschaft und Forschung des Landes Nordrhein-Westfalen – zuletzt als Ministerialrat – in der er bei der Gründung der Brandenburgischen Landesuniversität sowie der Fachhochschule Gelsenkirchen mitwirkte, fertigte er seine Habilitationsschrift zum Thema „Die Verwirkung im Zivilrecht – Die illoyal verspätete Geltendmachung von Rechten und Ansprüchen" an. Mit erfolgreichem Abschluss des Habilitationsverfahrens an der Universität Trier erlangte er den akademischen Grad des Dr. iur. habil.

Seit Mai 1996 bereichert Herr Prof. Dr. Ring als Universitätsprofessor und Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Deutsches und Europäisches Wirtschaftsrecht die TU Bergakademie Freiberg. Hinsichtlich der Lehre hielt er in dieser Zeit u. a. Vorlesungen im Privatrecht, Handels- und Gesellschaftsrecht, im Arbeitsrecht, im Wettbewerbs- und Kartellrecht sowie im gewerblichen Rechtsschutz und im Urheberrecht.

In dieser Zeit betreute er neben einer juristischen Habilitation weit über ein Dutzend Promotionen zum Dr. jur. sowie zum Dr. rer. pol.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

Seit 1999 ist Herr Prof. Dr. Ring geschäftsführender Direktor des Instituts für Europäisches Wirtschafts- und Umweltrecht der TU Bergakademie Freiberg und seit 2005 Mitglied des Direktoriums des Instituts für Geistiges Eigentum, Technikrecht und Medienrecht der Juristischen Fakultät der TU Dresden. Seit 2012 ist er zudem Mitglied des wissenschaftlichen Beirats des „Balkan Journal of Social Sciences" und seit 2019 Mitglied des wissenschaftlichen Beirats der Zeitschrift „Academic Research in Art and Science".

Daneben übernahm Herr Prof. Dr. Ring Gastprofessuren u. a. an der Rhodes University, Grahamstown, Südafrika, der Dresden International University sowie der Karl-Franzens-Universität Graz.

Überdies pflegte er Mitgliedschaften in zahlreichen juristischen bzw. wissenschaftlichen Gremien und Vereinigungen, u. a. im Deutschen Hochschullehrerverband, der Vereinigung der deutschen Zivilrechtslehrer, der Deutschen Vereinigung für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht (GRUR), der Deutsch-Nordischen Juristenvereinigung (DHJV) sowie der Deutschen Gesellschaft für auswärtige Politik (DGaP).

Seit 2005 ist Herr Prof. Dr. Ring in eine Kooperation verschiedener europäischer Universitäten, initiiert von der Universität Graz und der Universität Marburg (Slowenien), im Rahmen des Internationalen Arbeitsrechtlichen Dialogs, ein seither regelmäßig stattfindendes Vortrags- und Diskussionsforum, das der Zusammenarbeit mit den Süd-Ost-Europäischen Staaten und deren Forschungseinrichtungen dient, eingebunden.

Zusätzlich zu diesen weitreichenden und internationalen Tätigkeitsfeldern hat er sich aber auch sehr aktiv in die akademische Selbstverwaltung eingebracht – namentlich als Mitglied des Fakultätsrats der Fakultät für Wirtschaftswissenschaften der TU Bergakademie Freiberg und als Vorsitzender der Hochschullehrerversammlung selbiger Fakultät. Er war Mitglied des Konzils bzw. des erweiterten Senats der TU Bergakademie Freiberg sowie der Prüfungsausschüsse Wirtschaftswissenschaften, Wirtschaftsingenieurwesen, Business and Law und Technikrecht. Ferner war Herr Prof. Dr. Ring Vorsitzender und Mitglied zahlreicher Berufungs-, Bestellungs-, Habilitations- und Promotionskommissionen an der TU Bergakademie Freiberg, der TU Dresden und der TU Chemnitz sowie Mitglied diverser Rektoratsarbeitsgruppen und Akkreditierungskommissionen. Zwischen 2013 und 2020 war er Mitglied des Akademischen Senats der TU Bergakademie Freiberg.

Neben den umfangreichen Tätigkeiten im Rahmen der akademischen Selbstverwaltung und der Lehre kann Herr Prof. Dr. Ring auf über 700 Veröffentlichungen zum Bürgerlichen Recht, deutschen und europä-

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

ischen Wirtschaftsrecht, Handels- und Gesellschaftsrecht, Hochschulrecht, Arbeitsrecht, internationalen Privat- und Prozessrecht und zur Rechtsvergleichung – insbesondere hinsichtlich des skandinavischen Rechts – zurückblicken. Besonders hervorzuheben ist dabei neben Werken der jüngeren Vergangenheit – namentlich Handbücher wie dem anwaltlichen Werberecht und Lehrbücher im Bereich des Individualarbeitsrechts, des Gewerblichen Rechtsschutzes und des Urheberrechts sowie zahllose Aufsätze und Urteilsbesprechungen in verschiedensten juristischen Fachzeitschriften, ferner die Mitherausgeberschaft diverser Kommentare wie dem Nomos Stichwortkommentar Nachbarrecht, dem Systematischen Praxiskommentar Personengesellschaftsrecht oder dem Kommentar zum Heilmittelwerbegesetz – natürlich die Gesamtmitherausgeberschaft des Nomos-Kommentars zum BGB.

Zudem etablierte Herr Prof. Dr. Ring 1999 das – bis zur coronabedingten Zwangspause – zweimal jährlich stattfindende Freiberger Seminar zum gewerblichen Rechtsschutz, bei dem neben der damaligen Präsidentin des Bundespatentgerichts und der Präsidentin des Deutschen Patent- und Markenamtes zahlreiche weitere Vortragende aus Rechtsprechung und Anwaltschaft in Freiberg zu Gast waren und über die neuesten Entwicklungen und Erkenntnisse im Bereich des gewerblichen Rechtsschutzes referierten.

Diese vielfältigen Tätigkeiten sprechen für ein hingebungsvolles Berufsleben geprägt von Neugier, Begeisterung, Ausdauer, Fleiß, Gemeinschaftsfähigkeit und Verantwortungsbewusstsein – alles Eigenschaften, die für einen exzellenten Wissenschaftler unabdingbar sind. Herr Prof. Dr. Ring hat damit einen Beitrag geleistet, der weit über das Erwartbare hinausgeht und sicher den einen oder die andere Kolleg:in mit seiner Leidenschaft für die Wissenschaft angesteckt.

Man sagt: „Hinter jedem großen Mann stand immer eine liebende Frau" – eine Weisheit, die in gewisser Weise auch im Leben von Herrn Prof. Dr. Ring seine Wahrheit entfaltet. Bei genauerem Blick auf einige Werke taucht insbesondere bei Publikationen mit Bezug zum internationalen Privatrecht ein Name immer wieder auf: Frau Prof Dr. Line Olsen-Ring, die Frau an der Seite von Herr Prof. Dr. Ring, die ihren Ehemann tatkräftig - auch in gemeinsamen Publikationen und auf Vortragsreisen – unterstützte. Es ist bemerkenswert, dass sich zwei so großartige und begabte Wissenschaftler gefunden haben, die neben der wissenschaftlichen Arbeit auch ihr übriges Leben miteinander teilen und das notwendige Verständnis für das beständig hohe Arbeitspensum des Partners und den damit verbundenen Zeit-

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

druck, die nächste Publikation doch noch pünktlich abgeben zu können, füreinander aufbringen.

Nachdem Herr Prof. Dr. Ring uns nun über so viele Jahre an seinem Wissen auf verschiedensten Wegen teilhaben ließ, ist es nun an der Zeit, ihm etwas zurückzugeben. Wir ehren ihn und sein Werk mit einer Festschrift, die im weitesten Sinn unter dem Thema Werbung firmiert. Viele seiner Wegbegleiter:innen haben es sich nicht nehmen lassen, einen Beitrag hierzu zu verfassen in der Gewissheit, ihm hiermit ein besonderes, gemeinsames Geschenk und viel Freude zu bereiten.

Mit dieser Festschrift überreichen wir Herrn Prof. Dr. Ring unsere herzlichsten Glückwünsche. Wir bedanken uns als Kolleg:innen, ehemalige Promovend:innen und Freunde für seine Kraft, seine Kreativität, seine Zeit, sein Wissen und alles, was er in seiner berufliche Tätigkeit und zum Besten der TU Bergakademie Freiberg einfließen ließ. Vielen Dank für die gemeinsame, stets konstruktive Arbeit und große akademische Leistungen.

Für die nun kommende Zeit wünschen wir Herrn Prof. Dr. Ring weiter viel Schaffenskraft, immerwährende Gesundheit und alles erdenklich Gute.

Klaus-Dieter Barbknecht, Freiberg den 1.3.2023

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

Die Datenschutzgrundverordnung der EU: Ein „zahnloser Tiger“ oder ein wirksames Instrument? Ein datenanalytisches Experiment

Walter Brenner, Tobias Fahse und Barbara Brenner[1]

Prolog: Gerhard Ring, ein hervorragender Wissenschaftler und wunderbarer Freund

Diesen Artikel schreiben wir für Gerhard Ring, einen wunderbaren Kollegen und sehr guten Freund. Gerhard Ring war 1996 an die TU Bergakademie gekommen und blieb ihr bis zu seiner Emeritierung treu. Einer der Autoren dieses Artikels, Walter Brenner, durfte in den 90er Jahren viele Jahre mit Gerhard Ring an der TU Freiberg zusammenarbeiten. Er hat seine intellektuelle Stärke, die Präzision seiner Sprache, seine Motivation in der akademischen Lehre und Begeisterung für Publikationen und seinen Willen zum Gehen der berühmten „Extrameile“, sehr bewundert. Die Präzision seiner Ratschläge und die Freundschaft mit Gerhard Ring ermöglichten Walter Brenner das „Überleben“ der für ihn schwierigen Zeit in Freiberg.

Es ist für Walter Brenner eine große Ehre, dass er als Wirtschaftsinformatiker zu dieser juristischen Festschrift eingeladen wurde. Das Autorenteam einigte sich deshalb darauf, einen datenanalytischen Artikel an der Schnittstelle zwischen den Rechtswissenschaften und der Wirtschaftsinformatik zu schreiben. Wir untersuchten mit statistischen Methoden, wie die Verordnung (EU) 2016/679 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. April 2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der Richtlinie 95/46/EG (Datenschutz-Grundverordnung; DSGVO) umgesetzt wurde. Es bleibt, auch wenn die Ergebnisse spannend sind, ein Experiment, das zeigen soll, wie durch statistische Analysen relevante Aussagen zur Umsetzung einer Verordnung oder eines Gesetzes gemacht werden können.

Die Autorin und die Autoren dieses Artikels sind der CMS-Mitgliedssozietät CMS Hasche Sigle Partnerschaft von Rechtsanwälten und Steuerbera-

1 Das Autorenteam dankt Stefan Saxer für seine Hilfe bei der Aufbereitung der Daten.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

tern mbB (CMS), vor allem RA Alexander Schmid, und der Compliance Essentials GmbH, vor allem Martin Holzhofer, zu sehr großem Dank verpflichtet. Sie hatten uns ohne große Diskussionen die Daten zur Verfügung gestellt, ohne die dieser Artikel nicht möglich gewesen wäre.

I. Ausgangslage: Datenschutz als zentraler Baustein der digitalen Welt

Dieser Artikel beschäftigt sich mit Datenschutz, konkret mit der übergeordneten Forschungsfrage: „Ist die DSGVO ein wirkungsvolles Instrument um den Datenschutz in Europa zu stärken oder ein „zahnloser Tiger" und wie wird sie in Europa umgesetzt?".

Art. 1 DSGVO beschreibt Gegenstand und Ziele des Datenschutzes. Datenschutz wird dabei in Absatz 1 als Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und beim freien Verkehr solcher Daten definiert. In Theorie und Praxis existieren zahlreiche weitere Definitionen von Datenschutz. In diesem Artikel wird aus Platzgründen auf eine Diskussion der verschiedenen Definitionen verzichtet. Die in der DSGVO gewählte Definition reicht als Grundlage für diesen Artikel aus. Der in der DSGVO geforderte Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten ist ein Grundrecht gemäß Art. 8 Abs. 1 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union[2]. Die DSGVO hat u.a. das Ziel, eine europaweit einheitliche und verlässliche Grundlage für die Verarbeitung personenbezogener Daten und den Datenschutz zu schaffen.

Über die DSGVO hinaus gibt es länderspezifische Regelungen zum Datenschutz. Weitere Gesetze, beispielsweise im Telekommunikationsbereich, enthalten Bestimmungen bezüglich des Datenschutzes sowie Vorschriften zur Umsetzung der DSGVO. Zudem gibt es weitere gesetzliche Regelungen der EU, die sich mit Daten, ihrer Weitergabe und ihrem Schutz beschäftigen, wie beispielsweise der „Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über europäische Daten-Governance (Daten-Governance-Gesetz)"[3] und die „Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über harmonisierte Vorschriften für einen fairen

2 *Europäische Gemeinschaft*, Charta der Grundrechte der Europäischen Union (2000/C 364/01).

3 *Europäische Kommission*, Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über europäische Daten-Governance, https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52020PC0767 (abgerufen am 29.07.2022).

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

Datenzugang und eine faire Datennutzung (Datengesetz)“[4]. Die Beschäftigung mit Datenschutz und seiner Gewährleistung ist ein Arbeitsgebiet der Rechtswissenschaften, der Informatik, der Wirtschaftsinformatik, der Ethik, der Philosophie, der Politikwissenschaft und auch der Wirtschaftswissenschaften. Je nach Blickwinkel ergeben sich andere Implikationen. Diese Multidimensionalität gilt es bei Überlegungen und Aussagen zum Datenschutz immer im Auge zu behalten. Auch international wird der Begriff unterschiedlich verstanden.

Im Sinne einer Management Summary sei schon zu Beginn dieses Artikels eine Antwort auf die übergeordnete Forschungsfrage gegeben: Die DSGVO zeigt Wirkung und scheint grundsätzlich ein geeignetes Instrument zu sein, um den Datenschutz in Europa zu stärken. Allerdings wird die DSGVO in den Ländern der EU sehr unterschiedlich angewendet und die überwiegende Mehrheit der Strafen konzentriert sich auf einige wenige Unternehmen.

Für die Analyse der bisherigen Umsetzung der DSGVO wurde ein datenanalytisches Vorgehen gewählt. Im Sinne eines Experiments werden zwei Datenbanken, in den Strafen aufgrund von Verstößen gegen Datenschutzbestimmungen und der DSGVO gesammelt werden, nach verschiedenen Kriterien analysiert. Untersucht wurde, ob und wie die DSGVO wirkt und – falls vorhanden – welche Unterschiede sich bei der Auswertung der beiden Datenbanken ergeben.

Daten sind, wie am 6. Mai 2017 auf der Titelseite der Zeitschrift Economist geschrieben wurde, das Öl des 21. Jahrhunderts, der Treibstoff der Digitalisierung. Personenbezogene Daten erlauben es beispielsweise, persönliche Präferenzen von Kundinnen und Kunden zu erkennen und individualisierte Werbebotschaften zu versenden, Verhalten vorherzusagen oder den wirklichen Umgang mit Produkten, beispielsweise Fahrzeugen, zu untersuchen. In der digitalen Welt gilt die Regel: Wer mehr und aktuellere Daten in besserer Qualität als die Mitbewerber besitzt, hat entscheidende Wettbewerbsvorteile. Deshalb ist der „Hunger nach persönlichen Daten“ der digitalen Unternehmen riesig. Die Internetgiganten, wie beispielweise Amazon, Apple, Facebook, Google oder Microsoft, häuften in den letzten Jahren enorme Bestände an Daten über Transaktionen, Präferenzen und

4 *Europäische Kommission*, Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über harmonisierte Vorschriften für einen fairen Datenzugang und eine faire Datennutzung (Datengesetz), https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=COM%3A2022%3A68%3AFIN (abgerufen am 29.07.2022).

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

Verhalten ihrer potenziellen und tatsächlichen Kundinnen und Kunden an, analysieren diese und nutzen sie zur Weiterentwicklung ihres Geschäfts. So gibt es Hinweise, dass Amazon mehr als 30% des Umsatzes durch individualisierte Vorschläge, die aus der Analyse personenbezogener Daten stammen, erwirtschaftet[5]. Der ungeheure wirtschaftliche Erfolg der Internetgiganten, der stark auf der Nutzung der Datenbestände zu individualisierten Auswertungen beruht, zeigt die „Kraft" und Macht, die in den Daten, vor allem den personenbezogenen Daten, steckt.

Personenbezogene Daten fallen bei vielen digitalen Aktivitäten an, beispielsweise bei einer Suchanfrage auf Google, bei einem Einkauf im Internet oder bei der Nutzung von Fitnesstrackern. In einer immer stärker digitalisierten Welt entsteht für einige Internetunternehmen und teilweise auch staatliche Stellen eine fast vollständige Transparenz über ihr privates Verhalten. Die Menge und Qualität an personenbezogenen Daten, die gesammelt werden, wird in den nächsten Jahren weiter stark zunehmen. Der Nutzung personenbezogener Daten steht jedoch der Schutz der Persönlichkeit gegenüber. Gesetze, wie die DSGVO oder vergleichbare Gesetze andere Länder, beispielsweise der Federal Trade Commission (FTC) Act der USA, zeigen die Grenzen im Umgang mit personenbezogenen Daten auf. Bei Verstößen drohen immense Strafen. So wurde Facebook zur Zahlung einer Strafe von fünf Mrd. USD wegen der Weitergabe personenbezogener Daten an Cambridge Analytica[6] und Amazon zu einer Strafe von 746 Mio. EUR aufgrund von Verstößen gegen die DSGVO verurteilt[7]. In Spanien wurde dem Wiederholungstäter Vodafone eine Strafe in Höhe von mehr als acht Mio. EUR auferlegt[8]. Die Bemessung der Strafen bei Verstößen gegen bestimmte Artikel der DSGVO kann an den Umsatz des Unternehmens

5 *Smith/Linden*, Two Decades of Recommender Systems at Amazon.com, IEEE Internet Computing 2017, 12, 13.

6 *Henderson/Kaplan*, FTC Imposes $5 Billion Penalty and Sweeping New Privacy Restrictions on Facebook, https://www.ftc.gov/news-events/news/press-releases/2019/07/ftc-imposes-5-billion-penalty-sweeping-new-privacy-restrictions-facebook (abgerufen am 7.7.2022).

7 *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, Amazon soll 746 Millionen Euro als Datenschutz-Strafe zahlen, https://www.faz.net/aktuell/wirtschaft/dsgvo-verstoss-amazon-soll-746-millionen-euro-als-datenschutz-strafe-zahlen-17462179.html (abgerufen am 7.7. 2022).

8 *Reinecke*, Jetzt wird es teuer: Spanische Behörde sanktioniert Wiederholungstäter Vodafone mit einem Bußgeldbescheid in Höhe von 8.150.000 Euro gegen zahlreiche Datenschutzverstöße, https://www.ecolaw.de/jetzt-wird-es-teuer-spanische-behoerde-sanktioniert-wiederholungstaeter-vodafone-mit-einem-bussgeldbescheid-in-hoehe-von-8-150-000-euro-gegen-zahlreiche-datenschutzverstoesse/ (abgerufen am 7.7.2022).

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

gekoppelt werden. Gemäß Art. 83 Abs. 5 DSGVO können bei Verstößen gegen bestimmte Artikel Geldbußen von bis zu 20 Mio. EUR oder im Fall eines Unternehmens von bis zu vier Prozent seines gesamten weltweit erzielten Jahresumsatzes des vorangegangenen Geschäftsjahrs verhängt werden, je nachdem, welcher der Beträge höher ist. In der digitalen Welt, in der die Gewinne der Unternehmen „explodieren" braucht es Strafen in einer Höhe, die auch Internetgiganten spüren. In der „Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über bestreitbare und faire Märkte im digitalen Sektor (Gesetz über digitale Märkte)"[9] der Europäischen Union sind ähnliche Mechanismen bei der Strafzumessung vorgesehen. Das Ziel dieses Gesetzesvorschlags ist es, die markantesten Fälle von unlauteren Praktiken von Plattformunternehmen zu unterbinden, damit Endnutzer und gewerbliche Nutzer die Vorteile der Plattformwirtschaft und der digitalen Wirtschaft in einem fairen Wettbewerbsumfeld nutzen können.

II. Europäische Datenschutz-Grundverordnung

Die DSGVO stellt eine Verordnung der Europäischen Union zur Stärkung des Datenschutzes in Europa dar. Sie regelt den Umgang mit persönlichen Daten bei deren Verarbeitung, sei es maschinell oder manuell. Die Regelungen der DSGVO gelten für Unternehmen, Privatpersonen und öffentliche Einrichtungen.

Die DSGVO besteht aus 99 Artikeln, die in elf Kapitel gegliedert sind:

- Kapitel 1 (Art. 1 bis 4) enthält allgemeine Bestimmungen, beispielsweise Gegenstand und Ziele der DSGVO, räumlicher Anwendungsbereich und wichtige Begriffsbestimmungen.
- Kapitel 2 (Art. 5 bis 11) umfasst Grundsätze und Bestimmungen zur Rechtmäßigkeit der Verarbeitung personenbezogener Daten sowie Regelungen für die Einwilligung zur Verarbeitung personenbezogener Daten. Von besonderer Bedeutung bei der Anwendung der DSGVO sind Art. 5, der die Grundsätze in Bezug auf die Verarbeitung personenbezogener Daten, wie beispielweise „rechtmäßige Weise" und „für genau festgelegte, eindeutige und rechtmäßige Zwecke" regelt, und Art. 6, der Regelungen zur Rechtmäßigkeit der Verarbeitung enthält.
- Kapitel 3 (Art. 12 bis 23) geht vor allem auf die Rechte betroffener Personen ein, beispielsweise Transparenz und Informationspflichten, auf Aus-

9 VO (EU) Nr. 2022/1925.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

kunftsrechte betroffener Personen, auf Regelungen zur Berichtigung und Löschung personenbezogener Daten und auf Widerspruchsrechte ein. Art. 17 DSGVO enthält insbesondere das Recht auf Löschung („Recht auf Vergessenwerden").

- Kapitel 4 (Art. 24 bis 43) regelt die Pflichten der für die Verarbeitung Verantwortlichen und die Pflichten der Auftragsverarbeiter. Im Einzelnen geht es um allgemeine Pflichten, die Sicherheit der Verarbeitung personenbezogener Daten, die vorherige Konsultation der Genehmigungsbehörden, sowie Bestimmungen zum Datenschutzbeauftragten und um Verhaltensregeln zur Umsetzung der DSGVO, die von den einzelnen Mitgliedsstaaten der Europäischen Union erlassen wurden.
- Kapitel 5 (Art. 44 bis 50) enthält Bestimmungen zur Übermittelung personenbezogener Daten an Drittländer oder an internationale Organisationen.
- Kapitel 6 (Art. 51 bis 59) verlangt die Einrichtung unabhängiger Aufsichtsbehörden, die für die Überwachung der Anwendung der DSGVO verantwortlich sind, und regelt ihre Aufgaben und Verantwortlichkeiten.
- Kapitel 7 (Art. 60 bis 76) beschäftigt sich mit der Zusammenarbeit der Datenschutzbehörden in Europa und beschreibt, wie durch Einschalten des Europäischen Datenschutzausschusses Kohärenz in der Anwendung der DSGVO erreicht werden soll. Zudem finden sich in diesem Kapitel der DSGVO Regelungen zum Europäischen Datenschutzausschuss.
- In Kapitel 8 (Art. 77 bis 84) geht es um Rechtsbehelfe, Haftung und Sanktionen. Von besonderer Bedeutung ist Art 83 DSGVO, auf den in diesem Artikel bereits eingegangen wurde. Er enthält, den Mechanismus, der die Strafen, die durch die DSGVO verhängt werden können, an den Umsatz koppelt. So ermöglicht es beispielweise Art. 83 Abs. 5, Unternehmen mit einer Strafe in Höhe von vier Prozent des weltweit erzielten Jahresumsatzes des vergangenen Geschäftsjahres zu belegen.
- Kapitel 9 (Art. 85 bis 91) enthält Regeln für besondere Verarbeitungssituationen. So finden sich in diesem Kapitel beispielweise Bestimmungen zur Freiheit der Meinungsäußerung, zur Informationsfreiheit, zum Zugang zu öffentlichen Dokumenten oder zu Ausnahmen in Bezug auf die Verarbeitung bei öffentlichem Interesse oder historischen Forschungszwecken.
- In den Kapitel 10 und 11 (Art. 92 bis 99) geht es um delegierte Rechtsakte, Durchführungsrechtsakte sowie Schlussbestimmungen. In Art. 99 Abs. 2 DSGVO ist festgelegt, dass die DSGVO am 25. Mai 2018 in Kraft tritt.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

Die Umsetzung von Art. 83, konkret der Bußgeldzumessung in Verfahren gegen Unternehmen, wurde in Deutschland von der Konferenz der unabhängigen Datenschutzaufsichtsbehörden des Bundes und der Länder in einem Konzept[10] detailliert geregelt. Es enthält konkrete, fast algorithmische Bestimmungen, wie die Bußgelder bei Verstößen gegen die DSGVO zu berechnen sind. Anzumerken ist, dass nicht alle Strafen, die nach DSGVO verhängt werden, vor Gericht Bestand haben. So setzte beispielsweise das Landgericht Bonn eine Strafe in Höhe von 9.5 Mio. EUR, die von der Hamburger Datenschutzbehörde gegen ein Telekommunikationsunternehmen verhängt wurde, auf 900.000 EUR herab[1112]. Dem Autorenteam ist keine Datenbank bekannt, die nicht nur die verhängten Strafen enthält, sondern auch die gerichtlichen Entscheide enthält, falls die Strafbescheide nach DSGVO angefochten wurden. Somit basieren die Analysen in diesem Artikel auf den nach der DSGVO verhängten Strafhöhen und nicht auf beispielsweise von Gerichten herabgesetzten oder erhöhten Strafhöhen infolge von Anfechtungen.

III. Grundlagen

1. Empirische quantitative Rechtwissenschaften

Unser datenanalytisches Experiment kann aus juristischer Sicht in das Feld „Empirische bzw. der quantitativen Rechtsforschung" eingeordnet werden. Die empirische Rechtsforschung[1314], als Gegenstück zur in Deutschland dominierenden normativen Rechtsforschung, hat das Ziel, mit Hilfe empirischer Daten und teilweise quantitativer Analysen, Rechtssetzung und Rechtsanwendung zu erforschen. Die quantitative Rechtsforschung, oder

10 *Der Landesbeauftragte für den Datenschutz und die Informationsfreiheit Rheinland Pfalz*, Konzept der unabhängigen Datenschutzaufsichtsbehörden des Bundes und der Länder zur Bußgeldzumessung in Verfahren gegen Unternehmen, in: Konferenz der unabhängigen Datenschutzaufsichtsbehörden des Bundes und der Länder, 2019.

11 *Wybitul*, Streit um DSGVO-Bußgelder vor deutschen Gerichten, https://online.ruw.de/suche/kur/Streit-um-DSGVO-Bussgelder-vor-deutschen-Gerichten-02ec8e4894804a2defe250c04ca673db (abgerufen am 29.07.2022).

12 Landgericht Bonn, Urt. v. 11. 11. 2020 – 29 OWi 1/20, K&R 2021, 133 ff.

13 *Zeisel*, Empirische Rechtsforschung – ein natürlicher Zweig der Jurisprudenz, Juristische Zeitung 1974, 561.

14 *Altwickler*, Seminar Einführung in die empirische Rechtsforschung (quantitativ), in: Institut für Völkerrecht und ausländisches Verfassungsrecht, Zürich 2020.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

Legal Analytics[15] als Teil der empirischen Rechtsforschung, erklärt, wie Recht in einem bestimmten Zusammenhang war, ist oder sein wird[16]. Neu ist das Gebiet der empirischen feministischen Rechtsforschung[17], das unter anderem untersucht, ob geschlechtsspezifische Unterschiede in der Rechtsprechung existieren.

Obwohl die empirische quantitative Rechtsforschung erst im Entstehen ist, liegen bereits Ergebnisse vor, die zu Diskussionen in Expertenkreisen, aber auch in der breiten Öffentlichkeit, führten[18]:

- An der Universität Zürich untersuchten Mattmann/Eschle/Rader/Walser/Thommen im Rahmen des vom Schweizerischen Nationalfonds finanzierten Projektes „Zahlen und Fakten zum Strafbefehlsverfahren" die Praxis von Strafbefehlsverfahren in der Schweiz[19].
- Kuhn/Desaules/Leu haben den quantitativen Stand der strafrechtlichen Mediation in der Schweiz untersucht[20]. Ihrem Beitrag geben sie vorsichtigerweise den Titel „Kontrastierte Ergebnisse eines Zählversuchs".
- Kieser/Brenner untersuchten im Rahmen einer statistischen Analyse, ob beim Schweizerischen Bundesgericht Unterschiede in der Rechtsprechung bestehen zwischen Verfahren, die von den Betroffenen selbst finanziert oder mittels der sogenannten unentgeltlichen Rechtspflege, und somit dem Staat, finanziert wurden[21].

15 *Kuhlmann*, Wissen ist Macht, in: Legal Tribune Online, 2016. https://www.lto.de/recht/kanzleien-unternehmen/k/legal-analytics-daten-big-data-rechtsanwaelte/ (abgerufen am 27.07.2022).

16 *Coupette/Fleckner*, Quantitative Rechtswissenschaft, Sammlung, Analyse und Kommunikation juristischer Daten, JuristenZeitung 2018, 379.

17 *Die Herausgeber_innen der feministischen Studien*, CfA: Empirische Feministische Rechtsforschung, 2020. https://blog.feministische-studien.de/2020/05/cfa-empirische-feministische-rechtsforschung/ (abgerufen am 27.07.2022).

18 Die folgende Aufzählung von Ergebnissen empirischer quantitativer Rechtsforschung hat keinen Anspruch auf Vollständigkeit. Sie hat nur exemplarischen Charakter. Den Autoren dieses Artikels ist es bewusst, dass es zahlreiche weitere Ergebnisse der empirischen Rechtsforschung gibt, die teilweise sogar den Weg in die Presse und teilweise sogar in die Boulevardmedien gefunden haben.

19 *Mattmann/Eschle/Rader/Walser/Thommen*, Heimliche Verurteilungen, ZStrR 2021, 253, 254.

20 *Kuhn/Desaules/Leu*, Quantitativer Stand der strafrechtlichen Mediation in der Schweiz, Jusletter 2021.

21 *Kieser/Brenner*, Der geschärfte Blick des Bundesgerichts - eine Brille mit bifokalen Gläsern?, Aktuelle juristische Praxis (AJP) 2014, 1025.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

Diese exemplarische Aufzählung einiger Ergebnisse empirischer quantitativer Rechtsprechung zeigen die Breite der möglichen Analysen. Die beschriebenen Forschungsergebnisse und die wachsende Bedeutung der empirischen quantitativen Rechtswissenschaft bestätigte die Autoren in ihrer aus der Praxis und Wissenschaft - der Wirtschaftsinformatik - geprägten Idee, die Auswirkungen der DSGVO mit, in diesem Artikel einfachen, statistischen Methoden zu untersuchen. Die Autoren sind davon überzeugt, dass, wie in vielen Bereichen der Wirtschaft und Wissenschaft, datenanalytische Methoden auch in den Rechtswissenschaften Einzug halten werden. In Zukunft erwartet das Autorenteam große Kreativität in der Formulierung von Fragen an juristische Daten oder Hypothesen, die statistisch getestet werden. Das grundlegende Paradigma der Datenanalytik „Die Wahrheit liegt in den richtigen Daten" wird in Zukunft dafür sorgen, dass immer stärker verbale oder schriftliche Argumentation durch Daten und ihrer Analyse zumindest ergänzt wird. Die Zukunft wird zeigen, in welchem Ausmaß Datenanalytik zu einem festen Bestandteil der juristischen Ausbildung, Wissenschaft und Praxis werden wird.

2. Wirkungsanalysen der DSGVO

Dieser Artikel lässt sich als Wirkungsanalyse der DSGVO verstehen und reiht sich in den Kreis weiterer Studien und Publikationen ein, die sich mit den Auswirkungen der DSGVO beschäftigen:

- Die Europäische Kommission evaluiert die Anwendung der DSGVO in einem Bericht an das Europäische Parlament und den Rat[22].
- Roßnagel beschäftigt sich mit den Auswirkungen der Datenschutz-Grundverordnung im Rahmen des BMBF-Projektes „Forum Privatheit und selbstbestimmtes Leben in einer digitalen Welt"[23]. In einem weiteren Gutachten im Auftrage des Verbraucherzentrale Bundesverbandes e.V. evaluiert er die Auswirkungen der DSGVO aus Verbrauchersicht[24].

22 Europäische Kommission, Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen, in: COM (2020), Brüssel 2020.

23 *Roßnagel*, Evaluation der Datenschutz-Grundverordnung, Datenschutz und Datensicherheit 2020, 287.

24 *Roßnagel/Geminn*, Evaluation der Datenschutz-Grundverordnung aus Verbrauchersicht, in: provet, Kassel 2019.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

- Das Netzwerk Datenschutzexpertise publizierte ebenfalls Überlegungen anlässlich der Evaluation der DSGVO und des Beginns der deutschen Präsidentschaft im Rat unter dem Titel „Die DSGVO – Ausgangspunkt für europäischen digitalen Grundrechtsschutz“[25].
- Der Landesbeauftragte für Datenschutz und Informationsfreiheit des Landes Baden-Württemberg publizierte die Ergebnisse einer Anhörung bei der IHK Stuttgart zu den Auswirkungen der DSGVO[26].
- Thomas Hoeren, Leiter des Instituts für Informations- Telekommunikations- und Medienrecht an der Universität Münster, bezeichnete die DSGVO in einem Interview als „größte Katastrophe des 21. Jahrhunderts“[27], obwohl er die DSGVO im Newsportal der Universität Münster als „Unscheinbar, aber wirkungsvoll“ bezeichnet hatte[28].

Neben diesen eher juristischen Evaluationen beschäftigten sich die Ökonomen Chen, Frey und Presidente von der Oxford Martin School in einer Studie[29] mit den Auswirkungen der DSGVO, bzw. von Datenschutzregelungen, auf die Performance von Unternehmen. Mertens analysiert die Auswirkungen der DSGVO aus Sicht der Wirtschaftsinformatik[30].

25 *Weichert*, Die DSGVO – Ausgangspunkt für europäischen digitalen Grundrechtsschutz, in: Netzwerk Datenschutzexpertise, Kiel 2020.

26 *Brink*, Ergebnisse der Anhörung des Landesbeauftragten für den Datenschutz und die Informationsfreiheit Baden-Württemberg, Stuttgart 2019.

27 *Krempl*, Datenschutz-Grundverordnung als „größte Katastrophe des 21. Jahrhunderts“, in: Rechtsexperte, heise online, https://www.heise.de/newsticker/meldung/Rechtsexperte-Datenschutz-Grundverordnung-als-groesste-Katastrophe-des-21-Jahrhunderts-3190299.html (abgerufen am 28.07.2022).

28 *Tegeler*, „Unscheinbar, aber wirkungsvoll“, in: Newsportal, Münster 2022, https://www.myscience.de/de/news/wire/unscheinbar_aber_wirkungsvoll_zwei_jahre_datenschutz_grundverordnung-2020-uni-muenster (abgerufen am 28.07.2022).

29 *Chen/Frey/Presidente*, Privacy Regulation and Firm Performance: Estimating the GDPR Effect Globally, in: The Oxford Martin Working Paper Series on Technological and Economic Change, Oxford 2022.

30 *Mertens*, Die Datenschutz-Grundverordnung – eine kritische Sicht, Wirtschaftsinformatik & Management 2019, 6.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

IV. Datenanalyse

1. CRISP-DM

Fast alle datenanalytischen Prozesse, die in der Wirtschaft und öffentlicher Verwaltung angewendet werden, beruhen mehr oder weniger auf dem Modell CRISP-DM (Cross Industry Standard Process for Data Mining)[31]. Dieses Vorgehensmodell wurde vor mehr als 20 Jahren in einem Projekt von der EU geförderten Projekt entwickelt und ist die „Mutter" aller Prozessmodelle in der Wirtschaft und der öffentlichen Verwaltung, wenn es um datenanalytische Prozesse geht. CRISP-DM ist ein iteratives Prozessmodell. Es unterscheidet die Prozessschritte:

- Business Understanding;
- Data Understanding;
- Data Preparation;
- Modeling;
- Evaluation;
- Deployment.

Im Folgenden wird die Datenanalyse entlang des Phasen CRISP-DM Prozesses durchgeführt. Dabei wird jede Phase des CRISP-DM zunächst kurz beschrieben und anschließend auf die im Rahmen der Analyse konkret durchgeführten Schritte eingegangen.

2. Business Understanding

Im ersten Schritt von CRISP-DM geht es darum, aus einer geschäftlichen, in diesem Fall aus juristischer Sicht, gründlich zu verstehen, was im Zentrum der Untersuchung steht und welche Ziele erreicht werden sollen. Deshalb müsste der Schritt „Business Understanding" bei der Anwendung des CRSP-DM-Modells auf juristische Sachverhalte besser „Legal Understanding" heißen. Im Rahmen dieses Prozessschrittes arbeitete sich das Autorenteam mit Hilfe von Desk Research, Internetanalysen und Expertengespräche in das Gebiet „Datenschutz und DSGVO" ein und formulierte konkrete Fragestellungen, die mit Hilfe der statistischen Analysen beantwortet werden sollen.

31 *Shearer*, The CRISP-DM Model: The New Blueprint for Data Mining, Journal of Data Warehousing 2000, 4, 13.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

Die übergeordnete Forschungsfrage wurde mit Hilfe untergeordneter Forschungsfragen konkretisiert und in Analysekomplexe gegliedert:

- Analysebereich „Entwicklung der Strafen“: Wie viele Strafen wurden in welcher Höhe verteilt und wie ist die zeitliche Entwicklung der Strafen?
- Analysebereich „Sanktionierte“: Wer wurde verurteilt, Unternehmen mit welcher Größe und/oder Privatpersonen?
- Analysebereich „Artikel der DSGVO“: Welche Artikel der DSGVO bilden die Grundlage für die verhängten Strafen?
- Analysebereich „Geographische Verteilung“: Wie verteilen sich die Strafen auf die Länder der Europäischen Union?

Diese detaillierten Forschungsfragen wurden im Rahmen der statistischen Analyse weiter in Einzelfragen konkretisiert und datenanalytisch untersucht. Es wurde versucht, die konkretisierten Forschungsfragen in den vier Analysebereichen auf der Grundlage von zwei Datensätzen, einen von CMS und einen von Compliance Essentials GmbH zu beantworten. Es handelt sich um ein datenanalytisches Experiment, d.h. den Versuch die Wirkungsweise der DSGVO datenanalytisch zu untersuchen. Die Ergebnisse des Experiments können in mindestens zwei Richtungen ausgewertet werden:

- Was sind die Antworten auf die Forschungsfragen aufgrund der Analyse der beiden Datensätze und
- gibt es Unterschiede in den Antworten zwischen den beiden Datensätzen, wie groß sind diese Differenzen und wie können sie erklärt werden?

3. Data Understanding

In der Data Understanding Phase werden erste Daten erhoben, sich mit ihnen vertraut gemacht, Probleme mit der Datenqualität erkannt, erste Einblicke in die Daten gewonnen oder interessante Teilmengen entdeckt, um Hypothesen über versteckte Informationen zu bilden.

In diesem Schritt erfolgte durch das Autorenteam eine intensive Auseinandersetzung mit den Inhalten der beiden Datenbanken, die uns zur Verfügung gestellt wurden. Dabei wurden u.a. die einzelnen Datenelemente gesichtet und analysiert, wie die Datenbanken mit Inhalten gefüllt wurden und welche Unterschiede es zwischen den beiden Datenbanken gibt. Dabei erstaunt, dass es keine offizielle systematische Erfassung aller Urteile gibt, die aufgrund der DSGVO ergangen sind, beispielsweise durch das Data

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

Protection Board der EU[32], um eine offizielle Datengrundlage, einen sog. „Single Point of Truth" zu schaffen, um die Auswirkungen der DSGVO beurteilen zu können. Für eine Digitalisierung der Rechtssetzung und -praxis stellen digitale Datenbanken der verhängten Strafen eine absolute Notwendigkeit dar.

Grundlage der statistischen Auswertungen im Rahmen unseres datenanalytischen Experiments sind zwei Datenbanken, die im Internet einsehbar sind und die den Autoren dieses Artikels in ihrer Gesamtheit kostenlos zur wissenschaftlichen Nutzung zur Verfügung gestellt wurden:

- Enforcement Tracker (https://www.enforcementtracker.com)[33]. Diese Datenbank wird vom Münchner Büro der Kanzlei CMS gepflegt. CMS erhält Informationen über neue Bußgelder aus verschiedenen Kanälen. Einerseits beobachtet CMS die Webseiten, Entscheidungen und Jahresberichte der einzelnen Aufsichtsbehörden, andererseits erhält CMS Informationen auf diversen GDPR-News-Webseiten (GDPR: engl. für DSGVO), die über neu verhängte Bußgelder berichten. Ergänzend erhält CMS Informationen über neue Bußgelder auch direkt per Kontaktformular auf der Webseite des Enforcement Trackers sowie von den Anwältinnen und Anwälten der diversen Standorte von CMS in Europa und der ganzen Welt. Alle Informationen werden gesammelt und von der Redaktion des Enforcement Tracker eingegeben. Die Redaktion erfolgt durch ein Kernteam, bestehend aus fünf Personen. Alle Bußgelder werden von CMS zusätzlich überprüft. Dies gilt insbesondere für bislang unbestätigte Bußgelder, beispielsweise aus Artikeln auf News-Seiten oder Bußgelder, die von Nutzerinnen und Nutzern übermittelt wurden. Über Fehler und Updates zu Bußgeldern wird CMS wiederum von Nutzerinnen und Nutzern informiert, die auf der Enforcement-Tracker-Webseite solche Informationen übermitteln können. CMS benötigt die im Enforcement Tracker enthaltenen Informationen unter anderem für die eigene Rechtsberatung. Kenntnisse über verhängte Bußgelder sind hierfür essenziell. Außerdem möchte CMS mit dem Enforcement Tracker die Öffentlichkeit über Risiken und Voraussetzungen im Umgang mit personenbezogenen Daten aufklären und hierfür eine kosten- und werbefreie Plattform bieten. Die Nutzung dieser Datenbank im Internet ist gratis.

32 *Jelinek/Karadjov/Wolfsen*, The European Data Protection Board (EDPB), https://edpb.europa.eu/edpb_en (abgerufen am 28.07.2022).

33 Die Informationen zum Enforcement Tracker von CMS stammen aus einem schriftlichen Interview, das Mitte Juni 2021 geführt wurde.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

- DSGVO Portal (https://www.dsgvo-portal.de)[34]. Diese Datenbank wird vom Unternehmen Compliance Essentials GmbH gepflegt. Die Nutzung dieser Datenbank im Internet ist ebenfalls gratis. Von neuen Bußgeldern erfährt die Compliance Essentials GmbH fast ausschließlich über die Publikationen auf den Webseiten der Aufsichtsbehörden. Die Prüfung der Webseiten erfolgt automatisiert, verlangt aber auch regelmäßig Pflege, da die Webseiten sich immer wieder in ihrer Struktur ändern. Seit 2021 wird bei den deutschen Aufsichtsbehörden zusätzlich eine Umfrage durchgeführt. In seltenen Fällen erscheinen Bußgeldmeldungen auch in die Presse, die dann den Weg über Twitter oder andere Kanäle in das DSGVO Portal finden. Der redaktionelle Aufwand liegt im Schnitt bei ca. 25 Std. pro Woche. Dazu kommen noch Aufwände für die Automatisierung der Webseiten-Prüfungen, initiale Aufwände für Konzeption und Umsetzung der Erfassungsmaske inkl. Publikationsverfahren, Datenbank, Portal-Front- und Backend sowie laufende Pflege und Regelbetrieb. Das DSGVO-Portal wurde gegründet, um Werbung für Produkte zu platzieren sowie anderen Anbietern von Security- und Datenschutzdiensten bzw. -produkten zu ermöglichen Werbung zu schalten. Die Idee entstand mit Inkrafttreten der DSGVO. Die Datenschutz-Community erwartete mit großer Spannung, wie die Verordnung in der Praxis von den Aufsichtsbehörden umgesetzt würde.

Die Datensätze basieren grundsätzlich auf zwei verschiedenen Erfassungsprinzipien. Beim Enforcement Tracker werden nur Strafen erfasst, die auf der DSGVO basieren und Datenschutz-Bußgelder sind. Das bedeutet, dass keine Bußgelder gegen UWG-Verstöße (Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb) oder Verstöße gegen das Telekommunikationsgesetz erfasst sind. Weiterhin werden nur Verstöße gegen nationales spezifisches Datenschutzrecht (bspw. LSSI/LTG in Spanien) in den Enforcement Tracker nur aufgenommen, wenn sie der Konkretisierung der DSGVO dienen. Der Datensatz von DSGVO Portal ist weiter gefasst und enthält teilweise auch oben genannte Strafen, die nicht direkt auf der DSGVO beruhen. Diese Unterschiede in der Ausrichtung der beiden Datenbanken erklären die großen Unterschiede zwischen den Ergebnissen bei der Analyse der beiden Datenbanken. Der Enforcement Tracker umfasst nur Strafen, die aufgrund der DSGVO verhängt wurden, während das DSGVO-Portal auch Strafen enthält, die aufgrund weiterer Gesetze, die Datenschutzbestimmun-

34 Die Informationen zum DSGVO Portal von Compliance Essentials stammen aus einem schriftlichen Interview, das Mitte Juni 2021 geführt wurde.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

gen enthalten, verhängt wurden. Zudem geht die Compliance Essentials GmbH derzeit schon aktiv mit Interviews auf die Datenschutzbehörden zu und komplettiert so das DSGVO-Portal. Diese Aktivität plant CMS für die Zukunft.

Die Qualitätssicherung erfolgt bei beiden Datensätzen durch nochmalige Prüfung der Fälle durch Mitarbeitende. Beim Enforcement Tracker besteht für Nutzerinnen und Nutzer die Möglichkeit, fehlerhafte Einträge zu melden.

Neben dem DSGVO Portal und dem Enforcement Tracker gibt es weitere ähnliche Datenbanken bzw. Sammlungen von Strafen, die aufgrund der DSGVO verhängt wurden. So publiziert beispielweise die internationale Kanzlei DLA Piper regelmäßig den „DLA Piper GDPR Fines and Data Breach Report[35]". Die „Datenschutzkanzlei" Herting Overbeck Rechtsanwälte betreibt einen Bußgeld-Radar[36] und das International Network of Privacy Law Professionals führt ebenfalls eine GDPR Fines Database[37].

4. Data Preparation

In dieser Phase wird aus den ursprünglichen Rohdaten der endgültige Datensatz für die spätere statistische Analyse in der darauffolgenden Modellierungsphase erstellt. Die hierfür notwendigen Datenaufbereitungsaufgaben werden meist mehrfach und nicht in einer bestimmten Reihenfolge durchgeführt und umfassen sowohl die Umwandlung als auch die Bereinigung von Daten für die Analyse und Modellierung.

Konkret wurden in diesem zentralen Schritt die Daten aus den Datenbanken mit Hilfe eigens entwickelter Software so aufbereitet, dass eine Auswertung möglich war. Hierzu gehörte das Auslesen des Jahres aus der Datumsangabe jeder Strafe und das Umwandeln von in Textform angegeben Strafhöhen in nummerische Werte. Weiterhin mussten kommagetrennte Angaben über die zugrundeliegenden Artikel der DSGVO pro Strafe

35 DLA Piper GDPR fines and data breach survey, https://www.dlapiper.com/en/us/insights/publications/2022/1/dla-piper-gdpr-fines-and-data-breach-survey-2022/ (abgerufen am 29.07.2022).

36 *Kaiser*, Ausgewählte DSGVO-Bußgelder aus Deutschland und Europa, in: Bußgeld-Radar, https://www.datenschutzkanzlei.de/bussgeld-radar/ (abgerufen am 29.07.2022).

37 GDPR Fines Database – List of Fines, in: INPLP, International Network of Privacy Law Professionals, https://gdpr-fines.inplp.com/ (abgerufen am 29.07.2022).

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

dummy-kodiert[38] als zusätzliche Spalten an die Datensätze angehängt werden, um sie analysieren zu können.

Als Analysezeitraum wurde der Zeitraum vom Inkrafttreten der DSGVO am 25. Mai 2018 bis zum 31. Dezember 2021 gewählt. Bei der Interpretation der Ergebnisse der Analysen ab Abschnitt 5 dieses Artikels ist zu berücksichtigen, dass damit für das Jahr 2018 nur von ca. sieben Monate Daten vorliegen, während für die Jahre 2019, 2020 und 2021 Daten von vollen zwölf Monaten vorliegen. Aus den Daten des DSGVO Portals wurde für die Auswertungen die Strafen, die in den USA aufgrund von Verstößen gegen amerikanische Datenschutzbestimmungen verhängt worden waren, eliminiert, da sich dieser Artikel auf Europa konzentriert.

5. Modeling

In der Modellierungsphase werden verschiedene Modellierungstechniken angewandt und ihre Parameter optimal eingestellt. Anschließend wird ein Modell ausgewählt.

Im konkreten Fall wurde kein präskriptives Modell entwickelt, sondern mithilfe von Methoden der deskriptiven Statistik entlang der detaillierten Forschungsfragen die Inhalte der beiden Datenbanken analysiert. Somit kamen für diesen Artikel nur Methoden der deskriptiven Statistik zum Einsatz.

a) Analysebereich „Entwicklung der Strafen"

Im Analysebereich „Entwicklung der Strafen" wird untersucht, wie sich die Anzahl und die Höhe der Strafen im Untersuchungszeitraum entwickelten.

Analyse 1: Entwicklung der Anzahl der Strafen im Untersuchungszeitraum

– Enforcement Tracker: Die Anzahl an Strafen, die aufgrund der DSGVO ausgesprochen wurden, sind von zwölf im Jahr 2018 auf 449 im Jahr

38 Mit „Dummy-kodieren" ist das Umwandeln einer kategorialen Variablen mit n Kategorien in n binäre Variablen, die jeweils die Ausprägung 0 oder 1 haben, gemeint. Diese werden dem Datensatz als zusätzliche Spalten angehängt, wodurch jeder Strafe ein oder mehrere Paragrafen der DSGVO zugeordnet werden können, die Anzahl der Spalten im Datensatz jedoch für jede Strafe gleich ist.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

2021 gestiegen. Insgesamt sind 1004 Strafen im Untersuchungszeitraum ausgesprochen worden.
– DSGVO Portal: Die Anzahl der Strafen, die aufgrund von Verstößen gegen Datenschutzbestimmungen ausgesprochen wurden, stiegen von 70 im Jahr 2018 auf 791 im Jahr 2021. Insgesamt wurden 1589 Strafen im Untersuchungszeitraum ausgesprochen.

Analyse 2: Entwicklung der Höhe der insgesamt ausgesprochenen Strafen im Untersuchungszeitraum

– Enforcement Tracker: Die Höhe der Strafen, die aufgrund der DSGVO ausgesprochen wurden, stiegen von ca. 0.5 Mio. EUR im Jahr 2018 auf ca. 1.3 Mrd. EUR im Jahr 2021. Im gesamten Untersuchungszeitraum wurden Strafen in Höhe von 1.56 Mrd. EUR ausgesprochen.
– DSGVO Portal: Die Höhe der Strafen, die aufgrund von Verstößen gegen Datenschutzbestimmungen ausgesprochen wurden, steigen von 5.3 Mio. EUR im Jahr 2018 auf 1.1 Mrd. EUR im Jahr 2021. Insgesamt wurden Strafen in Höhe von 1.58 Mrd. EUR ausgesprochen.

Analyse 3: Entwicklung der durchschnittlichen Höhe der Strafen im Untersuchungszeitraum

– Enforcement Tracker: Die durchschnittliche Höhe der Strafen stieg von 38.000 EUR im Jahr 2018 auf 2.95 Mio. EUR im Jahr 2021.
– DSGVO Portal: Die durchschnittliche Höhe der Strafen stieg von 75.000 EUR im Jahr 2018 auf 1.36 Mio. EUR im Jahr 2021.

Analyse 4: Verteilung der Höhe der Strafen entlang einer Lorenzkurve

– Enforcement Tracker: 1.5% aller Strafen, konkret 15 Strafen, machen ca. 91% der Strafsumme insgesamt aus. Die Top-10-Sanktionierten verantworten 1.412 Mrd. EUR an Strafzahlungen.
– DSGVO Portal: 1.5% aller Strafen, konkret 24 Strafen, machen ca. 93% der Strafsumme insgesamt aus. Die Top-10-Sanktionierten machen 1.352 Mrd. EUR an Strafzahlungen aus. Die Top-10-Sanktionierten, inklusive der großen Strafen an Facebook aus den USA, machen 6.379 Mrd. EUR aus.

Eine Analyse darüber, inwiefern die beiden Datensätze genau deckungsgleich sind, war leider mit den vorhandenen Ressourcen nicht möglich. Die Artikel der DSGVO, auf denen die Strafzahlungen beruhen, sind in unterschiedlicher Zitierweise und die restlichen Angaben teilweise in unter-

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

schiedlicher Sprache erfasst, sodass eine genaue Analyse der Schnittmenge einen hohen Aufwand bedeutet.

b) Analysebereich „Sanktionierte"

In diesem Analysebereich wird untersucht wer sanktioniert wurde, insbesondere welche Typen von Unternehmen und Privatpersonen bestraft wurden.

Analyse 5: Verhältnis von bestraften Unternehmen und Privatpersonen

- Enforcement Tracker: Der Anteil der Strafen für Privatpersonen ist von 18% im Jahr 2018 auf 9% im Jahr 2021 gefallen. Entsprechend stieg der Anteil Strafen für Unternehmen von 82% im Jahr 2018 auf 91% im Jahr 2021.
- DSGVO Portal: Der Anteil der Strafen für Privatpersonen ist von 1% im Jahr 2018 auf 13% im Jahr 2021 gestiegen. Entsprechend fiel der Anteil Strafen für Unternehmen von 99% im Jahr 2018 auf 87% im Jahr 2021.

Analyse 6: Analyse Top-10-Sanktionierte

- Enforcement Tracker: Die Top-10-Sanktionierten sind: Amazon Europe, WhatsApp Ireland Ltd, Google LLC, Google Ireland, Facebook Ireland, Google LLC, H&M Hennes & Mauritz Online-Shop, TIM (Telecommunications Operator), Enel Energia S.p.A. und British Airways.
- DSGVO Portal: Die Top-10-Sanktionierten (inkl. ausgewählten Strafzahlungen in den USA) sind: Facebook Inc., Amazon Europe, Equifax Inc., WhatApp Ireland Ltd, Marriott International, Capital One, Google LLC, Google Ireland, H&M Hennes&Mauritz Online Shop.

Analyse 7: Analyse Top-10-Gatekeeper

Untersucht wurden, welche Gatekeeper[39] gemäß Digital Markets Act bestraft wurden.

- Enforcement Tracker: 6 von 10 der Top-10-Sanktionierten gehören zu den Gatekeepern gemäss Digital Markets Act.

39 Bruegel berücksichtigt geschätzte Marktkapitalisierung, den Umsatz und die Anzahl der angebotenen Kernplattformdienste. Die Liste der Gatekeeper findet sich hier: *Mariniello/Martins*, https://www.bruegel.org/blog-post/which-platforms-will-be-caught-digital-markets-act-gatekeeper-dilemma (abgerufen am 29.07.2022).

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

– DSGVO Portal: 6 von 10 der Top-10-Sanktionieren gehören zu den Gatekeepern gemäß Digital Markets Act.

Analyse 8: Ausgewählte bestrafte börsennotierte Unternehmen in Deutschland, Italien und Spanien

Untersucht wurde, welche DAX[40] und MDAX[41] Unternehmen in Deutschland, FTSE MIB Unternehmen in Italien[42] und IBEX 35[43] Unternehmen in Spanien aufgrund von Verstößen gegen die DSGVO betraft wurden. Diese Auswertung wurde nicht computergestützt, sondern von Hand vorgenommen. Sie wurde nur im DSGVO Portal vorgenommen.

– DAX-Unternehmen: Im Zeitraum von Mai 2018 bis Ende 2021 wurden zwei Strafen verhängt. Die kumulierte Strafhöhe betrug ca. 225.000 EUR. Bestraft wurden Allianz und die Delivery Hero.
– MDAX-Unternehmen: Im Zeitraum von Mai 2018 bis Ende 2021 wurde nur eine Strafe verhängt. Die Strafhöhe betrug 14.5 Mio. EUR. Bestraft wurde Deutsche Wohnen.
– FTSE MIB: Im Zeitraum von Mai 2018 bis Ende 2021 wurden elf Strafen an vier Unternehmen verhängt. Die kumulierte Strafhöhe betrug ca. 42.2 Mio. EUR. Bestraft wurden u.a. Eni, TIM, Unicredit und Enel.
– IBEX 35: In den Jahren von Mai 2018 bis Ende 2021 wurden 99 Strafen an neun Unternehmen verhängt. Die kumulierte Strafhöhe betrug ca. 39 Mio. EUR. Bestraft wurden u.a. Vodafone España, Caixa Bank, Banko Bilbao und Telefonica.

40 Der DAX-Index umfasst die 40 wertvollsten Unternehmen an der Deutschen Börse. Die Unternehmen, die im Mai 2021 im DAX waren, finden sich unter: https://www.bloomberg.com/quote/DAX:IND/members (abgerufen am 29.07.2022).

41 Der MDAX umfasst die Entwicklung der 50 größten Unternehmen, die in Bezug auf Markt-kapitalisierung und Orderbuchumsatz auf die 40 Unternehmen des DAX folgen. Die Unternehmen, die im Mai 2022 im MDAX waren, finden sich unter: https://www.finanzen.ch/index/liste/mdax (abgerufen am 29.07.2022).

42 Der FTSE MIB Index umfasst die 40 führenden italienischen Aktiengesellschaften, die an der Borsa Italiana in Mailand gehandelt werden. Die Unternehmen, die im Mail 2022 im FTSE MIB waren, finden sich unter: https://www.borsaitaliana.it/borsa/azioni/ftse-mib/lista.html?lang=en (abgerufen am 29.07.2022).

43 Der IBEX 35 er IBEX 35 ist ein Aktienindex, der die 35 wichtigsten spanischen Unternehmen umfasst. Die Unternehmen, die im Mai 2022 im IBEX 35 waren, finden sich unter: https://www.finanzen.ch/index/ibex_35 (abgerufen am 29.07.2022).

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

Analyse 9: Bestrafte E-Commerce Unternehmen

Untersucht wurde, welche E-Commerce-Unternehmen[44] aus Deutschland aufgrund von Verstößen gegen die DSGVO bestraft wurden. Diese Auswertung wurde nicht computergestützt, sondern von Hand vorgenommen. Sie wurde nur mit dem Datensatz des DSGVO-Portals vorgenommen.

Im Zeitraum von Mai 2018 bis Ende 2021 wurden acht Strafen an fünf Unternehmen verhängt. Die Strafhöhe betrug kumuliert ca. 792 Mio. EUR. Darin enthalten ist die Strafe von 746 Mio. EUR an Amazon, verhängt durch die luxemburgische Datenschutzbehörde. Darüber hinaus wurden Hennes & Mauritz, Notebooksbillider.de und Ikea bestraft.

c) Analysebereich „Artikel der DSGVO"

Analyse 10: Anzahl der Strafen pro Artikel der DSGVO (ohne Absätze)

Enthält eine Strafe mehrere Artikel wird bei dieser Analyse die Strafe für jeden Artikel voll mitgezählt.

- Enforcement Tracker: Top-5-Artikel, aufgrund derer Strafen ausgesprochen wurden: Art. 5 (24.8%), Art. 6 (18.5%), Art. 32 (10.9%), Art. 13 (7.9%) und Art. 12 (3.9%). Die Top-5-Artikel stehen für 66.1 % der Artikel aufgrund derer Strafen verhängt wurden.
- DSGVO Portal: Top-5-Artikel, aufgrund derer Strafen ausgesprochen wurden: Art. 5 (19.2%), Art. 6 (16.4%), Art. 32 (7.8%), Art. 13 (6.7%) und Art. 12 (3.9%). Die Top-5-Artikel stehen für 54% der Artikel aufgrund derer Strafen verhängt wurden.

Analyse 11: Höhe der Strafen pro Artikel der DSGVO (ohne Absätze)

Enthält eine Strafe mehrere Artikel wird bei dieser Analyse die Strafe für jeden Artikel voll mitgezählt.

- Enforcement Tracker: Top-5-Artikel nach Strafsumme, aufgrund derer Strafen ausgesprochen wurden: Unbekannt (22.7%), Art 5 (15.1%), Art 13 (10.2%), Art 14 (8.6%) und Art 12 (8.6%). Die Summe der Strafen für Top-5-Artikel steht für 65.2% der berechneten Strafsumme insgesamt.
- DSGVO Portal: Top-5-Artikel nach Strafsumme, aufgrund derer Strafen ausgesprochen wurden: Unbekannt (24.2%), Art 5 (14.6%), Art 13

44 Auf Basis der Studie E-Commerce-Markt Deutschland 2021, in der die 1.000 umsatzstärksten Onlineshops untersucht wurden, entstand das Ranking der Top-100-Onlineshops. S. *Hofacker/Hübner*, Top 100 Onlineshops in Deutschland, https://www.ehi.org/news/top-100-onlineshops-in-deutschland/ (abgerufen am 29.07.2022).

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

(10.2%), Art 14 (9.3%) und Art 12 (8.7%). Die Summe der Strafen für Top-5-Artikel steht für 66.9% der berechneten Strafsumme insgesamt.

d) Analysebereich „Geographische Verteilung"

Analyse 12: Verteilung der Anzahl Strafen auf die Länder der EU

- Enforcement Tracker: Top-5-Länder nach Anzahl Strafen: Spanien (352 Strafen), Italien (113 Strafen), Rumänien (69 Strafen), Deutschland (61 Strafen), Ungarn (46 Strafen) und Norwegen (41 Strafen).
- DSGVO Portal: Top-5-Länder nach Anzahl Strafen: Spanien (460 Strafen), Deutschland (291 Strafen), Italien (176 Strafen), Rumänien (78 Strafen) und United Kingdom (77 Strafen).

Analyse 13: Verteilung der Höhe der Strafen auf die Länder der EU

- Enforcement Tracker: Top-5-Länder nach Höhe der insgesamt ausgesprochenen Strafen: Luxembourg (47.9%), Frankreich (17.2%), Irland (14.5%), Italien (7.5%) und Deutschland (3.2%). Die Top-5-Länder nach Höhe betragen 90% der insgesamt verhängten Strafen. Praktisch keine Strafen wurde (Last-5-Länder) in Liechtenstein, Malta, Isle of Man, Slowakei, und Island ausgesprochen.
- DSGVO Portal: Top-5-Länder nach Höhe der insgesamt ausgesprochenen Strafen: Luxembourg (47.1%), Irland (14.3%), Frankreich (12.3%), United Kingdom (10.4%) und Italien (6.2%). Die Top-5-Länder nach Höhe betragen 90.3% der insgesamt verhängten Strafen. Praktisch keine Strafen (Last-5-Länder) wurden in Kroatien, Liechtenstein, Isle of Man, Malta und Slowakei ausgesprochen.

Insgesamt ist vor allem bei den deutschen Strafen die Dunkelziffer hoch, da Strafen auf Basis der DSGVO nicht zwingend publiziert werden. Zudem entsteht eine Verzerrung bei der Höhe der Strafsummen, da die Behörden beispielsweise in Spanien einen Teil der Strafsumme zugesprochen bekommen und hierdurch einen Anreiz haben, mehr und höhere Strafen auszusprechen.

6. Evaluation

In der Evaluationsphase wird das gewählte Modell bewertet und die Schritte, die zur Erstellung des Modells durchgeführt wurden, überprüft. Hiermit

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

soll sichergestellt werden, dass die Geschäftsziele richtig erfüllt werden und es kein wichtiges Geschäftsproblem gibt, welches nicht ausreichend berücksichtigt wurde.

Die Ergebnisse des Schrittes „Modeling" wurden mit Experten diskutiert, eingeordnet und bewertet. Die Ergebnisse sind – wie bereits erwähnt – in zwei Richtungen zu evaluieren: (1) Was bedeuten die konkreten datenanalytisch gewonnenen Antworten für die Beantwortung der Forschungsfragen und (2) welche Unterschiede gibt es bei den Antworten auf die Forschungsfragen in den beiden Datensätzen.

7. Deployment

In der Deployment-Phase wird das gewonnene Wissen so organisiert und präsentiert, dass es für einen Kunden nutzbar ist. Dabei geht es oft um die Implementierung von „Live-Modellen" in die Entscheidungsfindungsprozesse von Unternehmen, um beispielsweise in Echtzeit Entscheidungen zu unterstützen.

Im Rahmen dieses datenanalytischen Experiments wurde der Schritt „Deployment" nicht durchlaufen, da eine Umsetzung in den operativen Betrieb, d.h. eine regelmäßige datenanalytische Analyse der Auswirkungen der DSGVO, wie sie „Deployment" vorsieht, im Moment nicht vorgesehen ist. Jedoch wurden die Ergebnisse grafisch aufbereitet und im Internet zur Verfügung gestellt, damit sie für Interessierte nutzbar sind. Insofern wurden alle Schritte des CRISP-DM durchlaufen. Die detaillierten Ergebnisse der statistischen Analysen der beiden Datenbanken bestehen aus zahlreichen Tabellen und Grafiken. An den Details interessierte Leserinnen und Lesern können eine E-Mail an barbara.brenner@unisg.ch schreiben. Sie erhalten einen Foliensatz mit Grafiken der detaillierten Ergebnisse unserer Analysen. Zusätzliche Auswertungen, die nicht im Artikel verwendet wurden, sind ebenfalls in diesem Foliensatz enthalten.

V. Diskussion und Konklusionen

Die datenanalytische Untersuchung der beiden Datenbanken liefert auf der einen Seite inhaltliche Erkenntnisse, um die übergeordnete Forschungsfrage „Ist die DSGVO ein wirkungsvolles Instrument um den Datenschutz in Europa zu stärken oder ein „zahnloser Tiger" und wie wird sie in Europa

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

umgesetzt?“ zu beantworten. Auf der anderen Seite zeigt die Untersuchung, dass datenanalytisches Arbeiten in den Rechtswissenschaften mit den gleichen Herausforderungen zu kämpfen hat, wie in anderen Einsatzbereichen der Datenanalytik. Ein erster Blick auf die methodischen Erkenntnisse hilft bei der Bewertung und Relativierung der inhaltlichen Erkenntnisse.

I. Methodische Erkenntnisse

Die Datenanalyse der beiden Datenbanken entlang der detaillierten Forschungsfragen liefert aus methodischer Sicht folgende Erkenntnisse:

- Die Inhalte der beiden Datenbanken sind aufgrund ihrer individuellen Ausrichtung sehr unterschiedlich. Trotz der großen inhaltlichen Unterschiede der beiden Datenbanken, lassen sich klare Tendenzen in der Anwendung und Wirkung der DSGVO erkennen. Eine Erklärung für diesen, vielleicht erstaunlichen Sachverhalt, liegt in der starken Konzentration der Strafen auf wenige Unternehmen als Sanktionierte, wenige Länder, in denen viel bestraft wird, und wenige Artikel, nach denen Strafen erteilt wurden.
- Viele wissenschaftliche Publikationen sowie wissenschaftliche Diskussionen konzentrieren sich auf den Schritt „Modeling“. Im Mittelpunkt stehen die Algorithmen, konkret die Frage, welche Algorithmen die besten Ergebnisse liefern. Im Sinne einer Weiterentwicklung der Datenanalytik beschäftigen sich immer mehr wissenschaftliche Arbeiten mit dem Einsatz von Algorithmen der Künstlichen Intelligenz, insbesondere dem Deep Learning. Es wird der Eindruck erweckt, dass die Wahl der richtigen Algorithmen, vor allem von Algorithmen der Künstlichen Intelligenz, der entscheidende Schritt bei der Datenanalytik sei. Spricht man hingegen mit erfahrenen Datenanalytikern aus der Praxis entsteht ein anderes Bild. Das Verstehen der Daten (Data Understanding), und dabei vor allem die Einschätzung der Qualität der Daten und deren Vorbereitung (Data Preparation) werden als entscheidende Schritte gesehen. Sie verursachen die größten Kosten. Immer wieder wird berichtet, dass 80% des Aufwandes in die Schritte „Data Understanding“ und „Data Preparation“ fließen. Es wird spannend sein, im Rahmen dieses datenanalytischen Experiments zu sehen, ob bei der Datenanalyse der beiden DSGVO-Datenbanken ähnliche Erfahrungen gemacht werden.
- Datenqualität ist in vielen Bereichen der Wissenschaft seit Jahren ein zentrales Thema, das durch den Trend zu immer datenanalytischerem

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

Vorgehen in der Wissenschaft an Bedeutung gewinnt. Ohne qualitativ hochwertige Daten sind keine validen, belastbaren Ergebnisse möglich, sondern nur tendenzielle Aussagen. Mangelnde Datenqualität kann nicht kompensiert werden, auch wenn Analysen auf der Grundlage mehrere Datenquellen mit mangelhafter Qualität grundsätzlich in die gleiche Richtung weisen. Bei der Datenanalyse ist die Qualität der zugrundeliegenden Daten von stärkerer Bedeutung als die zur Anwendung kommenden Algorithmen.

- Datenanalysen im juristischen Umfeld sind, wie auch in anderen Anwendungsbereichen, ein iterativer Prozess. Im Rahmen dieses Experiments wurden die Schritte „Data Understanding" und „Data Preparation" mehrfach durchlaufen, um Fehler zu beseitigen, zusätzliche Hypothesen zu überprüfen und die Aussagekraft der Ergebnisse zu erhöhen.
- Die vorliegende Datenanalyse der beiden juristischen Datenbanken zeigt, dass es aus methodischer Sicht keine grundsätzlichen Unterschiede zu anderen Disziplinen der Wissenschaft oder der Praxis bestehen, wenn juristische Daten analysiert werden. Datenanalytik ist eine Querschnittsaufgabe, die über Disziplinengrenzen hinweg einen gemeinsamen Kern aufweist.

2. Inhaltliche Erkenntnisse

Die inhaltlichen Erkenntnisse durch Auswertung der beiden Datenbanken, die Strafen aufgrund der DSGVO enthalten, im Rahmen der fünf Analysebereiche und 14 Einzelanalysen lassen sich in folgenden Punkten zusammenfassen:

- Analysebereich „Entwicklung der Strafen": Seitdem die DSGVO in Kraft ist, sind Strafen in einer Höhe von insgesamt mehr als 1.5 Mrd. EUR verhängt worden. Diese Strafsumme ist beachtlich und wurde auch in der Fachpresse und teilweise sogar in Tageszeitungen bemerkt. Die Strafen sind sehr konzentriert ergangen: 1.5% der Anzahl Strafen stehen für mehr als 90% der insgesamt verhängten Strafsumme. Zahlreiche Strafen haben eine Höhe von mehr als 5 Mio. EUR. Die umstrittene und im Vorfeld der Inkraftsetzung diskutierte Koppelung der Strafen an den Umsatz wird von den Datenschutzbehörden angewendet und die Strafen sind entsprechend hoch.
- Analysebereich „Sanktionierte": Hauptsächlich werden Unternehmen und nicht Privatpersonen bestraft. Unter den Top-10-Sanktionierten fin-

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

den sich in der Mehrzahl Gatekeeper gemäß der Definition. Damit scheinen die Unternehmen bestraft zu werden, die – wenn man den Berichten in den Medien glauben kann – im Fokus der Gesetzgebung standen.
- Analysebereich „Artikel DSGVO": Grundlage für Strafen nach DSGVO waren wenige Artikel: Die Top-5-Artikel (Art. 5, Art. 6, Art. 32 Art. 13 und Art. 12) stehen für ca. 60% der Strafen. Spannend ist, dass das Recht auf Löschung („Recht auf Vergessenwerden"), das in Art. 17 DSGVO verankert ist, noch zu sehr wenigen Strafen geführt hat.
- Analysebereich „Geographische Verteilung": Analysiert man die Strafen nach Ländern ergibt sich ebenfalls eine sehr hohe Konzentration: Vor allem in Spanien, Frankreich, Irland, Italien, Deutschland und United Kingdom kommt die DSGVO zur Anwendung. Das mit der DSGVO als europäisches Gesetz verbundene Ziel eines in Europa einheitlichen Vorgehens im Datenschutz ist bisher nicht erreicht worden.

Diese inhaltlichen Erkenntnisse sind über beide Datenbanken von der Tendenz her stabil. Über die beschriebenen detaillierten Erkenntnisse hinaus, gibt es grundsätzliche Erkenntnisse, die für die Weiterentwicklung der Rechtswissenschaften aus datenanalytischer Sicht, geteilt werden können:

- Die Analyse juristischer Sachverhalte mit quantitativen Methoden, beispielsweise im Sinne einer Impact-Analyse, macht Sinn und liefert, wenn die Datenqualität hoch ist, klare gemessene Ergebnisse. Die Aussage „Die Wahrheit liegt in den richtigen Daten" scheint auch für die Rechtswissenschaften von Bedeutung zu sein. Obwohl die beiden Datenbanken, die als Grundlage unserer Untersuchung verwendet wurden, unterschiedlich sind, lassen sich klare Trends, fast Erkenntnisse, über die Anwendungspraxis der DSGVO gewinnen. Es könnte spannend sein, mit Personen, die am Gesetzgebungsverfahren beteiligt waren, über die Wirkung der DSGVO zu sprechen. Die Frage an diese Personen wäre u.a.: „Sind das die Wirkungen, die Sie mit der DSGVO intendiert haben?".
- Von zentraler Bedeutung für die zukünftigen quantitativen Analysen juristischer Datenbanken sind verlässliche Quellen, deren Datenqualität gut ist. Ein „Single Point of Truth" für Strafen, die aufgrund der DSGVO verhängt wurden, wäre optimal. Die Digitalisierung möglichst vieler Dokumente des Rechtssystems ist unerlässlich im Zeitalter der Digitalisierung. Viele weitere Fragen könnten an die juristischen Daten gestellt werden. Aus gesellschaftlicher Sicht könnte es beispielsweise wünschenswert sein, die Personen, beispielsweise Richterinnen und Richter, die eine Strafe verhängt haben, zu publizieren, um beispielsweise zu messen,

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

wer welche Strafen verhängt hat und ob sich Zusammenhänge erkennen lassen. Die Zukunft wird zeigen, wie viel Transparenz hergestellt werden muss und wird.
– Der Fantasie bei der Auswertung werden in Zukunft kaum Grenzen gesetzt werden können. Es wurde bereits erwähnt, dass personenbezogene Auswertungen sinnvoll sein könnten. Ebenso wären Auswertungen bezüglich der „Bestrafungswahrscheinlichkeiten" in verschiedenen Ländern oder Auswertungen, auf welche Sachverhalte im Umgang mit personenbezogenen Daten keine Rücksicht genommen werden muss, weil die „Bestrafungswahrscheinlichkeit" statistisch eher gering ist, interessant.
– Das Erkennen von Zusammenhängen in Daten, insbesondere wenn auch Texte, wie beispielsweise Entscheidungsgründe, analysiert werden, kann auf der einen Seite Ungerechtigkeiten aufdecken und auf der anderen Seite Beiträge zur Weiterentwicklung des Rechtssystems liefern.

VI. Limitationen und zukünftiger Forschungs- und Handlungsbedarf

Das vorliegende datenanalytisches Experiment und damit auch diese Publikation weisen Limitationen auf, die bei der Beurteilung unseres Artikels Beachtung finden sollten:

- Die personellen und finanziellen Ressourcen, die für dieses Projekt zur Verfügung standen, waren begrenzt. Deshalb konnten nicht alle Analysen, die wünschenswert gewesen wären, durchgeführt werden. Zudem wurden keine Interviews mit Expertinnen und Experten geführt. Um zu validen Ergebnissen zu kommen, bräuchte es ein größeres interdisziplinäres Forschungsprojekt, das solide finanziert sein müsste.
- Aufgrund der limitierten Ressourcen wurden bewusst versucht, durch den Untertitel „Ein datenanalytisches Experiment" die Erwartungen an die Ergebnisse dieses Artikels abzuschwächen.
- Es wurde keine offizielle Datenbank gefunden, in der beispielsweise die EU alle Strafen nach der DSGVO sammelt. Dies wäre eine gute Grundlage für die geforderte Evaluation gemäß Art. 97 DSGVO. Zu erwarten wäre, dass eine offizielle Datenbank über die Strafen nach DSGVO, Grundlage vieler spannender Arbeiten in Wissenschaft und Praxis sein könnte.
- Es stellt eine Limitation dieses Artikels dar, dass keine auswertbaren Daten vorliegen, welche Strafen in welcher Höhe nach juristischer Anfechtung rechtkräftig wurden und gezahlt werden mussten.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

- Für eine entsprechende datenanalytische Analyse wäre interdisziplinäres Arbeiten notwendig: Zumindest Datenanalytiker, Informatiker und Juristen müssten zusammenarbeiten.

Grundsätzlich konnte der folgende Forschung- und Handlungsbedarf festgestellt werden:

– Die Limitationen des Artikels, die in Abschnitt sechs beschrieben wurden, können in umgekehrter Richtung als Grundlage für Forschungsarbeiten im Sinne der quantitativen Rechtsforschung verwendet werden. Die Limitationen des Artikels können als Diskussions- und Ausgangspunkt für weitere Forschung verwendet werden.
– Für uns als Autoren dieses Artikels ist klar, dass Datenanalytik in die Rechtswissenschaft Einzug erhalten wird. Die Frage ist nicht „ob", sondern „wann" und „wie". Die nächste Generation Studierender oder Absolventinnen und Absolventen der Rechtswissenschaften, die Digital Natives sind, werden statistische Analysen in der Rechtsanwendung verlangen und mit Unverständnis reagieren, wenn die entsprechenden Daten nicht verfügbar sind. Über kurz oder lang wird auch in den Rechtswissenschaften der Satz „Die Wahrheit liegt in den richtigen Daten" stark an Bedeutung gewinnen.
– Aus unserer Sicht sind quantitative Analysen ein wichtiges Arbeitsinstrument für Forscherinnen und Forscher in den Rechtswissenschaften und für Anwältinnen und Anwälten in der Praxis. Datenanalytik, insbesondere das CRISP-DM-Modell sollte integraler Bestandteil der juristischen Ausbildung sein.

VII. Zusammenfassung

Inhaltlich lassen sich die Ergebnisse des datenanalytischen Experiments mit der Beantwortung der Forschungsfrage: „Ist die Europäische Datenschutzgrundverordnung (DSGVO) ein wirkungsvolles Instrument um den Datenschutz in Europa zu stärken oder ein „zahnloser Tiger"?" entgegnen: Die DSGVO greift und entfaltet Wirkung oder wie Hoeren in einer Bilanz nach zwei Jahren DSVO zusammenfasst: „Unscheinbar, aber wirkungs-

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

voll“[45]. Allerdings sind die Wirkungen auf wenige Unternehmen, vor allem die Gatekeeper, wenige Länder konzentriert und nur wenige Artikel dienen als Grundlage der Strafen.

Methodisch lässt sich dieser Artikel folgendermaßen zusammenfassen: Datenanalytisches Vorgehen in der Rechtswissenschaft kann Sinn ergeben. Die kritische Frage ist aber nicht, welche Algorithmen und Methoden zur Auswertung verwendet werden, sondern, ob die Daten die als Grundlage der Analysen verwendet werden, die notwendige Qualität aufweisen.

VIII. Epilog

Am Ende unseres Artikels angekommen, hoffen wir, dass Gerhard Ring Freude daran hat, wenn er liest, wie Wirtschaftsinformatiker versuchen, einen Beitrag zur Weiterentwicklung der Rechtswissenschaften zu schreiben. Gerhard Ring hat immer Spaß an interdisziplinären wissenschaftlichen Arbeiten. Wir als Autorenteam wünschen Gerhard und seiner Familie alles Gute, vor allem Gesundheit, für die Zukunft. Wir hoffen, dass wir weiterhin eng mit ihm verbunden bleiben.

45 *Tegeler*, „Unscheinbar, aber wirkungsvoll“, https://www.myscience.de/de/news/wire/unscheinbar_aber_wirkungsvoll_zwei_jahre_datenschutz_grundverordnung-2020-uni-muenster (abgerufen am 28.07.2022).

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

Umgang der Arbeitnehmer mit sozialen Netzwerken im schweizerischen Recht

Thomas Geiser

I. Ausgangslage

1. Definition und Fragestellung

Soziale Netzwerke sind Onlinedienste, welche dem Informationsaustauch und der Beziehungspflege dienen. Eine dadurch gebildete Online-Community kommuniziert und interagiert digital. Der Online-Dienst bietet in der Regel Vorkehren an, um das jeweilige Netzwerk ab- und einzugrenzen.

Die einzelnen sozialen Netzwerke unterscheiden sich bezüglich ihrer inhaltlichen Orientierung und damit ihres Kundenkreises stark. Die einen sind auf den privaten Bereich ausgerichtet (z.B. Facebook, Instagram, Tik Tok, Twitter), andere richten sich an geschäftliche Nutzer (z.B. Xing, LinkedIn). Allerdings lässt sich häufig keine klare Grenze ziehen. Die gleichen Personen benutzen sowohl die geschäftlichen wie auch die auf das Privatleben ausgerichteten Netzwerke. Auch inhaltlich findet häufig eine Vermengung statt. Die Unterscheidung hat aber im vorliegenden Zusammenhang durchaus Bedeutung.

Es fragt sich, wie diese Netzwerke im Arbeitsalltag genutzt werden können. Dabei geht es einerseits darum, ob die Arbeitgeberin ihren Arbeitnehmenden vorschreiben kann, aktiv in diesen Netzwerken zu Gunsten des Unternehmens zu erscheinen. Andererseits fragt sich auch, ob die Arbeitgeberin ihren Arbeitnehmenden Vorschriften bezüglich der persönlichen Nutzung dieser Netzwerke machen darf. Schließlich bleibt auch noch der Problemkreis, ob die Arbeitgeberin die Nutzung dieser Netzwerke durch ihre Mitarbeitenden kontrollieren darf.

2. Anwendbare Rechtsnormen

Datenschutz und die Nutzung sozialer Netzwerke im Besondern sind relativ neue Erscheinungen. Entsprechend ist auch ihre dogmatische Aufarbei-

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

tung und gesetzgeberische Regelung fragmentiert und uneinheitlich. Es stehen im vorliegenden Zusammenhang insbesondere drei- Rechtsgebiete im Vordergrund: Der allgemeine Persönlichkeitsschutz, das Arbeitsrecht und der Datenschutz.

a) Allgemeiner Persönlichkeitsschutz

Bereits 1881 kannte das Schweizerische Obligationenrecht eine Bestimmung, welche den Schutz der Persönlichkeit in allgemeiner Weise vorsah.[1] Es war der Einfluss aus Frankreich, welches schon länger einen allgemeinen Persönlichkeitsschutz kannte.[2] Diese Bestimmung erwies sich für Lehre und Rechtsprechung als äußerst fruchtbar.[3] Mit Erlass des Zivilgesetzbuches von 1907 (ZGB) wurde der Persönlichkeitsschutz dann noch einmal allgemeiner Erfasst und insbesondere wurden die Rechtsbehelfe ausgebaut.[4].

Die Entwicklung der Medien machte in den 70er Jahren des letzten Jahrhunderts eine grundlegende Revision notwendig. Die Durchsetzbarkeit der Schutzansprüche erwies sich insbesondere gegenüber den Medien als zu schwerfällig und zeitraubend. Gleichzeitig waren mit der Digitalisierung neue Gefahren entstanden. Die persönlichen Daten hatten eine neue Bedeutung gewonnen. Ein Ausbau des Persönlichkeitsschutzes erwies sich als zwingend notwendig. Die Regelung im ZGB wurde konkretisiert und mit Verfahrensbestimmungen zur besseren Durchsetzung der Ansprüche angereichert. Zudem wurde ein Gegendarstellungsrecht eingeführt. Stoßrichtung der Revision war ein Schutz der Privatsphäre gegen Verletzungen durch die Medien. Gleichzeitig wurde aber bewusst auf eine besondere Regelung des Datenschutzes verzichtet. Vielmehr wurde dafür ein besonderes Gesetz geplant, weil sich eine Regelung nicht nur auf das Privatrecht

1 Art. 55 des Bundesgesetzes über das Obligationenrecht vom 14. Brachmonat 1881 lautete: «Ist Jemand durch andere unerlaubte Handlungen in seinen persönlichen Verhältnissen ernstlich verletzt worden, so kann der Richter auch ohne Nachweis eines Vermögensschadens auf eine angemessene Geldsumme erkennen.» (BBl., 33. Jahrgang. III. Nr. 26. 18. Juni 1881, S. 109 ff.

2 *Tercier,* Le nouveau droit de la personnalité, Zürich 1984, Rz. 15.

3 Vgl. *Geiser*, Die Persönlichkeitsverletzung insbesondere durch Kunstwerke, Basel 1990, Rz. 1.2.

4 Art. 27 f. Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 ZGB [SR 210].

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

beschränken könne, sondern auch das Verwaltungs- und das Strafrecht einbeziehen müsse.[5]

Das Gesetz hält in sehr allgemeiner Weise fest, dass «wer in seiner Persönlichkeit verletzt wird, zu seinem Schutz gegen jeden, der an der Verletzung mitwirkt, das Gericht anrufen» kann.[6] Jede Verletzung ist widerrechtlich, die nicht durch Einwilligung des Verletzten, durch ein überwiegendes privates oder öffentliches Interesse oder durch Gesetz gerechtfertigt ist.[7] Die betroffene Person kann insbesondere die Persönlichkeitsverletzung verbieten lassen oder deren Beseitigung verlangen. Nicht vorgesehen ist demgegenüber ein Auskunftsrecht darüber, welche Daten jemand über die betroffene Person führt.

b) Datenschutz

Wie anlässlich der Revision des Persönlichkeitsschutzes angekündigt, erließ das Parlament 1992 ein umfassendes Datenschutzgesetz.[8] Mit Blick auf die DSGVO, die allerdings in der Schweiz als nicht EU-Mitglied nicht anwendbar ist, erfolgte in der Schweiz sodann eine Totalrevision des DSG. Das neue DSG vom 25. September 2020[9] ist allerdings noch nicht in Kraft getreten.

Anknüpfend am allgemeinen Persönlichkeitsschutz hält Art. 30 rev. DSG fest, dass wer Personendaten bearbeitet, die Persönlichkeit der betroffenen Personen nicht widerrechtlich verletzen darf. Dabei gilt grundsätzlich jede Bearbeitung von Personendaten als widerrechtliche Persönlichkeitsverletzung, es sei denn, es liege ein Rechtfertigungsgrund vor. Diese Rechtfertigungsgründe sind wie beim allgemeinen Persönlichkeitsschutz die Einwilligung der betroffenen Person, ein überwiegendes privates oder öffentliches Interesse oder eine besondere Gesetzesvorschrift. Das Gesetz erläutert sodann detailliert aber nicht abschließend, wann ein überwiegende privates oder öffentliches Interesse vorliegt.[10] Allerdings liegt in der Regel keine

5 Botschaft des Bundesrates über die Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Persönlichkeitsschutz: Art. 28 ZGB und 49 OR) vom 5. Mai 1982, Bundesblatt, BBl. 1982 II S. 636 ff., S. 653.

6 Art. 28 Abs. 1 ZGB.

7 Art. 28 Abs. 2 ZGB.

8 Bundesgesetz über den Datenschutz (DSG) vom 19. Januar 1992 [SR 235.1].

9 Bundesgesetz über den Datenschutz (Datenschutzgesetz, DSG) vom 25. September 2020 (im Folgenden rev. DSG).

10 Art. 31 rev. DSG.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

Persönlichkeitsverletzung vor, wenn die betroffene Person die Personendaten allgemein zugänglich gemacht und eine Bearbeitung nicht ausdrücklich untersagt hat.[11]

Bezüglich der allgemeinen Grundsätze ist insbesondere wesentlich, dass eine Bearbeitung nach Treu und Glauben erfolgen und verhältnismäßig sein muss. Wer Personendaten bearbeitet, muss sich über deren Richtigkeit vergewissern. Zudem dürfen die Daten immer nur zu einem bestimmten und für die betroffene Person erkennbaren Zweck beschafft werden und die Bearbeitung ist dann auch nur zu diesem Zweck zulässig. Sobald sie nicht mehr zu diesem Zweck gebraucht werden, müssen die Daten vernichtet werden.[12] Im vorliegenden Zusammenhang ist zudem von Bedeutung, dass das DSG schließlich im Gegensatz zum allgemeinen Persönlichkeitsschutz einen Anspruch auf Bekanntgabe vorsieht, ob Daten über eine Person bearbeitet werden und gegebenenfalls welche.[13] Zudem kann die betroffene Person auch unter gewissen Voraussetzungen die unentgeltliche Herausgabe ihrer Personendaten in einem gängigen elektronischen Format verlangen.[14] Damit will der Gesetzgeber das informationelle Selbstbestimmungsrecht, das in der Verfassung verankert ist, sicherstellen.[15] Anders als die DSGVO erlaubt das schweizerische Recht automatisierte Einzelentscheidungen; die betroffene Person hat, wenn mit dieser eine für sie negative Rechtsfolge verbunden ist, Anspruch auf Information und kann eine Überprüfung der Entscheidung durch eine natürliche Person verlangen.[16]

c) Arbeitsrecht

Im vorliegenden Zusammenhang sind zwei Bestimmungen des Arbeitsrechts von Bedeutung. Art. 26 ArGV3[17] verbietet den Einsatz von Überwachungs- und Kontrollsystemen, welche bloß der Erfassung des Verhaltens der Arbeitnehmer am Arbeitsplatz dienen.[18] Die zweite Bestimmung fin-

11 Art. 30 Abs. 3 rev. DSG.
12 Art. 6 rev. DSG.
13 Art. 25 ff. rev. DSG, welche auch die Beschränkungen dieses Anspruchs regeln.
14 Art. 28 rev. DSG.
15 Art. 13 Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 [SR 101].
16 Art. 21 rev. DSG.
17 Verordnung 3 zum Arbeitsgesetz (Gesundheitsvorsorge, ArGV 3) vom 18. August 1993 [SR 822.113].
18 Vgl. im Einzelnen: *Wyler/Heinzer*, Droit du travail, Bern 2019, S. 414 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

det sich im Arbeitsvertragsrecht. Gemäß Art. 328b OR darf die Arbeitgeberin «Daten über den Arbeitnehmer nur bearbeiten, soweit sie dessen Eignung für das Arbeitsverhältnis betreffen oder zur Durchführung des Arbeitsvertrages erforderlich sind.» Zusätzlich hält das Gesetz fest, dass «im Übrigen» die Bestimmungen des DSG gelten. Die Bestimmung ist einseitig zwingend,[19] d.h. die Vertragsparteien dürfen nur zu Gunsten des Arbeitnehmers von ihr abweichen.

Die Bedeutung dieser Bestimmung ist umstritten. Der zweite Satz von Art. 328b OR, nämlich dass das DSG auch im Arbeitsverhältnis anwendbar ist, hat keinen Norminhalt, weil sich das von selber versteht. Das DSG gilt generell für die Bearbeitung von Daten natürlicher Personen durch Private.[20] Normgehalt kann folglich nur dem ersten Satz zukommen. Soll dieser einseitig zwingend sein, kann das nur bedeuten, dass grundsätzlich keine weiteren Rechtfertigungsgründe möglich sind. Namentlich kann die Einwilligung des Arbeitnehmers keine Rechtfertigung darstellen, soweit die Datenbearbeitung nicht im Interesse des Arbeitnehmers erfolgt, weil dies dem einseitig zwingenden Charakter widerspricht. Andererseits heißt das aber auch, dass eine Einwilligung sehr wohl rechtfertigend sein kann, wenn die Datenbearbeitung im Interesse des Arbeitnehmers ist. Diese Schlussfolgerung hat ein Teil der Lehre nun auch gezogen.[21] Allerdings gibt es auch Gegenmeinungen, welche in Art. 328b OR nur eine Konkretisierung des Rechtfertigungsgrundes des überwiegenden Interessens sehen wollen.[22] Das Bundesgericht hat sich nun allerdings nur in einer für den Entscheid nicht relevanten Erwägung und ohne sich mit der Argumentation der Lehre auseinanderzusetzen letzterer Auffassung angeschlossen.[23]

19 Art. 362 Abs. 1 OR.

20 Art. 2 Abs. 1 Bst. a DSG.

21 Statt vieler: *Streiff/Von Kaenel/Rudolph*, Arbeitsvertrag Praxiskommentar, Zürich 2012, Art. 328b N. 24; *Portmann/Rudolph*, in: Widmer Lüchinger/Oser (Hrsg.), Basler Kommentar, 2020, Art. 328b N. 26; *Dunand/Lempen/Perdaems*, Droit du travail, Bâle/Neuchâtel 2020, Rz. 356; *Gordon/Neuenschwander/Schmid*, in: Etter/Facincani/Sutter (Hrsg.), Arbeitsvertrag, Bern 2021, Art. 328b N. 22; zu eng: *Pärli*, in: Bäriswyl/Pärli (Hrsg.), Datenschutzgesetz (DSG); Bern 2015, Art. 328b OR N. 20.

22 Art. 13 Abs. 2 Bst. a DSG.

23 Schweizerisches Bundesgericht BGer 4A_518/2020 vom 25. August 2021 E. 4; vgl. auch BGer 4A_528/2020 vom 1. Dezember 2020.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

II. Bei der Stellenbewerbung

Es ist unumgänglich, dass sich die Arbeitgeberin bei der Auswahl eines neuen Mitarbeitenden über dessen Person kundig macht. Neben den allgemeinen Bewerbungsunterlagen und Referenzauskünften stehen heute viele Informationen auch im Internet, insbesondere auf Social-Media-Plattformen (Facebook, Twitter etc.) zur Verfügung. Das wirft die Frage auf, wieweit der Einbezug entsprechender Informationen im Bewerbungsverfahren zulässig ist.[24]

Die Tatsache, dass es sich dabei um öffentliche Daten handelt, entbindet die Arbeitgeberin nicht von der Pflicht zur Beschränkung auf die Bearbeitung von persönlichen Informationen, die für die Fragen der Eignung und für die Durchführbarkeit eines Arbeitsverhältnisses relevant sind.[25] Insofern schränkt Art. 328b OR die Datenbearbeitung stärker ein als das Datenschutzgesetz.[26] Recherchen zum Kandidaten auf entsprechenden Internetportalen können deshalb rechtlich problematisch sein. Uneinigkeit besteht in der Lehre darin, welche Plattformen von der potenziellen Arbeitgeberin für die Recherche benutzt werden dürfen. Die Verwendung berufsbezogener Suchmaschinen und für den Zweck der beruflichen Karrierepflege betriebener Plattformen wie Xing oder Linkedin ist wohl erlaubt. Heikler ist die (überaus oft vorgenommene) allgemeine Recherche auf gewöhnlichen Suchmaschinen wie Google. Meines Erachtens muss in diesem Fall der Bewerber zumindest mit den Ergebnissen der Recherche konfrontiert werden und Gelegenheit zur Stellungnahme bekommen.[27] Von daher sollten nur über jene Personen Daten im Internet abgefragt werden, die auch zu einem Vorstellungsgespräch eingeladen werden. Sie können Stellungnehmen, was insbesondere entscheidend ist, wenn die Informationen gar nicht sie, sondern eine andere Person gleichen Namens betreffen.

24 Umgekehrt kann die Bewertung der Arbeitgeberin im Internet nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses ebenfalls zu Problemen führen; dazu ausführlich *Meier*, Bewertung des Arbeitgebers im Internet, Zürich/St. Gallen 2018, S. 45 ff.

25 Art. 328b OR.

26 Vgl. Art. 12 Abs. 3 DSG. Zur Referenzpflicht beim Personalverleih vgl. *Sokoll*, Referenzen im Arbeitsrecht, Zürich/St. Gallen 2016, S. 16 f.

27 *Geiser/Müller/Pärli*, Arbeitsrecht in der Schweiz, Bern 2019, Rz. 242a.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

III. Während des Arbeitsverhältnisses

1. Private Nutzung der sozialen Medien

Gemäß Art. 321*d* OR kann die Arbeitgeberin über die Ausführung der Arbeit und das Verhalten der Arbeitnehmer im Betrieb allgemeine Anordnungen erlassen und den Arbeitnehmern besondere Weisungen erteilen. Die Arbeitnehmer haben diese nach Treu und Glauben zu befolgen. Gemäß dem diesbezüglich klaren Gesetzestext dürfen sich die Verhaltensanweisungen allerdings nur auf das «Verhalten der Arbeitnehmer im Betrieb» beziehen. Diese Formulierung ist allerdings zu eng. Zweifellos zutreffend ist, dass die Arbeitgeberin grundsätzlich keine Weisungen bezüglich des Privatlebens geben darf. Sie sollten sich nicht auf die außerdienstliche Sphäre beziehen.[28] In Ausnahmefällen kann dies aber doch eine zulässige Konkretisierung der Treuepflicht gegenüber der Arbeitgeberin sein;[29] insbesondere in Tendenzbetrieben (Betriebe mit religiöser oder ideologischer Ausrichtung).[30] Weisungen können auch den ausbetrieblichen Bereich betreffen, wenn gewisse Verhaltensweisen in der Freizeit notwendig sind, um die Tätigkeit überhaupt ausüben zu können. So kann es Berufsfahrern und Piloten verboten werden, während einer gewissen Zeit vor ihrem Einsatz Alkohol mehr zu trinken oder einer Opernsängerin, während der Saison einem gefährlichen Sport nachzugehen. Gewisse Einschränkungen des privaten Verhaltens können sich auch aus der Stellung eines Arbeitnehmers im Unternehmen ergeben, wenn die Öffentlichkeit ihn auf Grund seiner Stellung mit dem Unternehmen identifiziert und damit sein Verhalten sich direkt auf das Erscheinungsbild des Unternehmens auswirkt.

Entsprechend darf die Arbeitgeberin ihren Mitarbeitenden grundsätzlich keine Vorschriften machen, wie sie sich privat in den sozialen Netzwerken zu verhalten haben. Die Treuepflicht[31] kann es aber sehr wohl erfordern, dass der Arbeitnehmer in der Öffentlichkeit gewisse Auftritte unterlässt, die dem Ansehen der Arbeitgeberin schaden. Hier ist allerdings Große Zurückhaltung am Platz. Zur Bestimmung, wie weit die Treuepflicht des

28 *Streiff/Von Kaenel/Rudolph*, (Fn. 21), Art. 321d OR, N. 3.
29 *Vischer/Müller*, Der Arbeitsvertrag, Basel 2014, S. 175 f., S. 199 f.
30 *Geiser/Müller/Pärli*, (Fn. 27), Rz. 336.
31 Art. 321a OR.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

Arbeitnehmers geht, sind seine Persönlichkeitsinteressen gegen jene der Arbeitgeberin im Einzelfall abzuwägen.[32]

Wenn allerdings ein Mitarbeiter auf seinen privaten Medienauftritten widerrechtliche Inhalte publiziert, kann das sehr wohl eine gravierende Verletzung der Treuepflicht darstellen, die eine fristlose Entlassung rechtfertigt. Das Bundesgericht schützte eine fristlose Kündigung, die ausgesprochen wurde, weil eine Mitarbeiterin kinderpornographische Videos in einer Whatsapp-Gruppe aufschaltete, an der mehrere Arbeitskolleginnen beteiligt waren und mit der Bemerkung versah, "faites attentions à vos maris".[33]

Bezüglich der Annahme eines Grundes für eine fristlose Entlassung wegen außerberuflichem Verhalten ist allerdings große Zurückhaltung geboten, namentlich wenn das Verhalten in keiner Weise strafrechtlich relevant ist und überdies die Meinungsäußerungsfreiheit beziehungsweise die Kunstfreiheit betrifft.[34] Dies hielt auch das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich in einem Fall fest, in dem ein Polizist wegen seiner Mitwirkung am Drehbuch zu einem Film fristlos entlassen wurde und hob diese Entlassung auf.[35] Der Polizist hatte in seiner Freizeit als Coautor an einem Filmprojekt mitgewirkt. Als seine Vorgesetzten vom Projekt erfuhren und den Trailer des noch nicht fertiggestellten Films sahen, verboten sie ihm jede weitere Arbeit an diesem Projekt. Nachdem er die Zulässigkeit dieser Weisung bestritten und angeboten hatte, nur unter einem Pseudonym im Abspann des Films erwähnt zu werden, kam es zur fristlosen Entlassung. Sie wurde damit begründet, er habe eine Weisung nicht befolgt und die Rechtmäßigkeit der Weisung sei gegeben, weil eine Nebentätigkeit nur zulässig sei, «wenn sie die amtliche Aufgabenerfüllung nicht beeinträchtige und mit der dienstlichen Stellung vereinbar sei. Der im Internet veröffentlichte Trailer zeige, dass in diesem Film Gewalt explizit dargestellt werden solle. Auch wenn der Film selbst noch nicht bestehe, sondern erst aufgrund des vom Beschwerdeführer zu schreibenden Drehbuchs "erstellt" werden solle, sei dennoch vorgegeben, welcher Art dieser Film sein werde.[36] Explizit auf die Darstellung von Gewalt ausgerichtete Filme und damit auch die persönliche Bereitschaft eines Mitarbeitenden der Kantonspolizei, das Drehbuch

32 *Streiff/Von Kaenel/Rudolph*, (Fn. 21), Art. 321a OR, N. 5.
33 Schweizerisches Bundesgericht BGer 4A_319/2020 vom 5.8.2020.
34 Art. 16 und Art. 21 BV.
35 Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich, 4. Kammer, vom 13. Februar 2020 (VB.2019.00597).
36 Es ging um den inzwischen in den Kinos aufgeführten Film MAD HEIDI von Johannes Hartmann und Sandro Klopfstein.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

für einen solchen Film zu schreiben, seien mit der gesetzlichen Aufgabe der Kantonspolizei im Allgemeinen und mit der Aufgabe als "Sicherheitsbeauftragter Flughafenpolizei" im Speziellen nicht vereinbar. Vielmehr sei die Mitwirkung eines Angestellten der Kantonspolizei an einem solchen Film geeignet, dem Ansehen der Kantonspolizei als Garant für die Sicherheit im Kanton Zürich und als Strafverfolgungsbehörde zu schaden. Selbst eine Mitwirkung unter einem Pseudonym stelle keine Garantie dar, dass kein Bezug zwischen diesem Film und der Kantonspolizei Zürich hergestellt werden könne.»[37]Das war für das Verwaltungsgericht alles andere als überzeugend. Der Arbeitnehmer rügte zu Recht eine grobe Verletzung seiner verfassungsmäßigen Rechte. Der Entscheid hat für öffentlich-rechtliche Arbeitsverhältnisse die zudem wesentliche Aussage, dass auch dann ein Anspruch auf Weiterführung des Arbeitsverhältnisses bestehen könne, wenn das Personalrecht als Sanktion bei einer missbräuchlichen Kündigung nur eine Entschädigung vorsehe. Das Verwaltungsgericht hielt die Kündigung für derart unhaltbar, dass es die Kündigungsverfügung aufhob, womit das Arbeitsverhältnis weiter andauerte. Das Bundesgericht hat das Urteil allerdings in diesem Punkt inzwischen aufgehoben und dem Arbeitnehmer nur eine Entschädigung zugesprochen.[38]

Eine gesetzliche Verpflichtung des Arbeitnehmers im Dienst der Arbeitgeberin privat in den sozialen Medien aufzutreten und gewisse Inhalte zu kommunizieren, gibt es nicht. Mit Blick auf den dispositiven Charakter der Norm, können allerdings weitergehende Verpflichtungen vereinbart werden. Sie dürfen allerdings keine übermäßige Bindung im Sinne von Art. 27 ZGB darstellen. Solche Verpflichtungen kommen bei leitenden Arbeitnehmern insbesondere im künstlerischen und politischen Bereich ohne weiteres vor.

2. Berufliche Nutzung der sozialen Medien

Viele Unternehmen haben ihren eigenen Auftritt in den sozialen Medien. Dabei werden auch persönliche Daten von Mitarbeitenden aufgeschaltet. Sei es, dass das Team mit Foto und persönlichen Angaben vorgestellt wird

37 Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich, 4. Kammer, vom 13. Februar 2020 (VB.2019.00597), S. 9 E. 3.7.

38 Schweizerisches Bundesgericht BGer 8C_242/2020 vom 9. September 2020, vgl. auch: BGer 8C_7/2020, vom 3. November 2020.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

oder gar von diesen persönliche Statements zu einzelnen Fragen verlangt wird. Eine gesetzliche Verpflichtung dazu gibt es nicht. Es handelt sich in jedem Fall um eine Persönlichkeitsverletzung, die der Rechtfertigung bedarf, um nicht widerrechtlich zu sein.[39] Es handelt sich um eine Datenbearbeitung, so dass die Regelungen des Datenschutzgesetzes mit der dargelegten Konkretisierung bzw. Einschränkung gemäß Art. 328b OR zu beachten ist. Die Aufschaltung solcher Daten ist regelmäßig weder für die Beurteilung der Eignung des Arbeitnehmers für das Arbeitsverhältnis noch für die Durchführung des Arbeitsvertrages erforderlich. Je nach Stellung im Unternehmen, kann der professionelle Auftritt allerdings zur vereinbarten Tätigkeit gehören. Dann liegt ein Rechtfertigungsgrund vor. Ist dies nicht der Fall, bleibt die Frage, ob die Einwilligung hier die Bearbeitung rechtfertigen kann. Auch ohne der dargelegten Auffassung des Bundesgerichts zu folgen, lässt sich die Gültigkeit der Einwilligung vertreten. Von Art. 328b OR darf nur zuungunsten des Arbeitnehmers nicht abgewichen werden. Das Aufführen eines Arbeitnehmers in den sozialen Medien ist aber nicht in jedem Fall zu seinen Ungunsten. Vielmehr kann das sehr wohl für ihn ein Vorteil darstellen. Dann ist aber die Einwilligung zweifellos möglich. Diese kann grundsätzlich im Arbeitsvertrag festgehalten werden. Allerdings muss die Einwilligung genügend konkret sein. Der Einwilligende muss erkennen können, was mit den Daten geschehen wird. Die Einwilligung in einen unbestimmten Eingriff ist nicht rechtfertigend.[40] Zu beachten ist auch, dass die Einwilligung jederzeit widerrufen werden kann.[41]

Häufig befindet sich der Server, auf dem die Daten im sozialen Netz gespeichert werden, nicht in der Schweiz. Dann ist zu beachten, dass Personendaten nur dann ins Ausland bekanntgegeben werden dürfen, wenn die Gesetzgebung des betreffenden Staates einen angemessenen Schutz gewährleistet. Der Bundesrat führt eine diesbezüglich verbindliche Liste.[42] Allerdings kann die betroffene Person in die Bekanntgabe in ein Land zustimmen, das nicht auf dieser Liste ist. Die Zustimmung muss jedoch ausdrücklich sein.[43] Das gilt selbst dann, wenn die Bekanntgabe ins Ausland für die Durchführung des Arbeitsverhältnisses notwendig ist. Das Erfordernis der ausdrücklichen Zustimmung ist ein zusätzliches Erfordernis.

39 Art. 28 Abs. 2 ZGB.
40 *Wermelinger*, in: Bäriswyl/Pärli (Hrsg.), Datenschutzgesetz (DSG); Bern 2015, Art. 13 DSG N. 6.
41 *Wermelinger*, (FN 40), Art. 13 DSG N. 6.
42 Art. 16 Abs. 1 rev. DSG.
43 Art. 17 Abs. 1 Bst. a rev. DSG.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

Fraglich ist nun aber andererseits, ob die Einwilligung auch genügt, d.h. ob sie den Datentransfair ins Ausland auch rechtfertigt, wenn dieser für die Durchführung des Arbeitsverhältnisses nicht notwendig ist. Das wird regelmäßig abzulehnen sein, weil der Datenexport nicht im Interesse des Arbeitnehmers, sondern jenem der Arbeitgeberin ist. Der Umstand, dass die Arbeitgeberin die Daten des Unternehmens im Ausland lagert, schafft keinen genügenden Zusammenhang mit dem konkreten Arbeitsverhältnis, um die Auslagerung zu rechtfertigen.

IV. Nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses

Im Zusammenhang mit der Beendigung des Arbeitsverhältnisses bestehen noch gewisse administrative Abwicklungspflichten. Namentlich im Zusammenhang mit den Sozialversicherungen und den Steuern handelt es sich um Vorgänge, die erst nach der eigentlichen Beendigung des Arbeitsverhältnisses erfolgen können. Unter Umständen ist auch anschließend noch ein Arbeitszeugnis auszustellen. Es ist auch möglich, dass noch Ansprüche offen sind, die auch noch streitig sein können. In diesem Umfang sind nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses zwingend Daten zu bearbeiten. Das trifft auf Daten im Zusammenhang mit den Sozialen Medien nur insoweit zu, als unter Umständen Zugangsberechtigungen usw. beseitigt werden müssen. Diese Bearbeitungen sind ohne weiteres zulässig.

1. Wem gehören die Inhalte?

Hat der Arbeitnehmer im Rahmen seiner Tätigkeit für die Arbeitgeberin auf den sozialen Netzwerken Inhalte geschaffen, fragt sich, wem diese gehören. Dabei ist zwischen der jeweiligen Domain bzw. des jeweiligen Kontos einerseits und dessen Inhalt andererseits zu unterscheiden.

Bezüglich der Domain bzw. des entsprechenden Kontos ist die Frage einfach: Die Auflösung des Arbeitsverhältnisses hat keinen direkten Einfluss auf die Berechtigung. Diese bleibt bei der Person, der sie schon vorher zustand. In aller Regel werden die beruflichen Konten auf die Arbeitgeberin lauten. Lauten diese ausnahmsweise auf den Arbeitnehmer, bleibt er auch nach Auflösung des Arbeitsverhältnisses daran berechtigt. Er ist aber verpflichtet der Arbeitgeberin bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

alles herauszugeben, was er in Ausübung seiner vertraglichen Tätigkeit hervorgebracht oder von Dritten empfangen hat.[44] Er muss folglich die entsprechenden Berechtigungen auf die Arbeitgeberin übertragen.

Damit ist allerdings noch nichts bezüglich der Inhalte geklärt. Die absoluten Rechte am stofflichen Arbeitsergebnis stehen der Arbeitgeberin unabhängig vom Wertverhältnis Stoff und Arbeit zu, weil sie die Arbeitsleistung auf ihr Risiko veranlasst hat.[45] Die Arbeitgeberin erwirbt das Eigentum originär. Bei den Erfindungen[46] ist zwischen Aufgabenerfindungen, Gelegenheitserfindungen und sogenannten freien Erfindungen zu unterscheiden. Aufgabenerfindungen[47] sind Erfindungen, die in Ausübung einer dienstlichen Tätigkeit und in Erfüllung der vertraglichen Pflichten erfolgen.[48] Die Arbeitgeberin erwirbt die Rechte originär.[49] Gelegenheitserfindungen[50] stehen im Zusammenhang mit der dienstlichen Tätigkeit, entstehen aber nicht in Erfüllung einer vertraglichen Verpflichtung. Die Rechte an der Erfindung entstehen in der Person des Arbeitnehmers. Die Parteien können aber schriftlich vereinbaren, dass die Arbeitgeberin diese Rechte gegen eine zusätzliche Entschädigung erwerben kann.[51] Die Rechte an freien Erfindungen, die in keinem Zusammenhang mit der dienstlichen Tätigkeit stehen, entstehen in der Person des Arbeitnehmers. Es besteht auch keine Verpflichtung, diese der Arbeitgeberin anzubieten.[52] Bezüglich des Rechts an Designs gelten diese Regeln analog.[53]

Demgegenüber ist die Frage bezüglich Urheberrechte nicht gesetzlich geregelt. Es ist aber aus diesem gesetzgeberischen Schweigen wohl zu schließen, dass jedenfalls bezüglich der Verwertungsrechte beim Urheberrecht die gleichen Regeln gelten, wie bei den Erfindungen.[54] Ausgehend vom Schöpferprinzip als fundamentalem Prinzip des Urheberrechts ist allerdings ein originärer Rechtserwerb der Arbeitgeberin unmöglich. Sie

44 Art. 321b OR.
45 *Rehbinder*, Schweizerisches Arbeitsrecht. 15. Aufl., Bern 2002, Rz. 279.
46 Zum Begriff vgl. Schweizerisches Bundesgericht BGE 85 II 138.
47 Art. 332 Abs. 1 OR.
48 Z.B. alles, was im Blick auf Forschungsziele erfunden wird (*Streiff/von Kaenel/Rudolph*, (Fn. 21), Art. 332 OR, N. 7).
49 Art. 3 Abs. 1 Bundesgesetz über die Erfindungspatente (Patentgesetz, PatG) vom 25. Juni 1954 [SR 232.14].
50 Art. 332 Abs. 2 bis 4 OR.
51 Sog. Erfinderklausel gem. Art. 332 Abs. 2 OR.
52 *Streiff/von Kaenel/Rudolph*, (Fn. 21), Art. 332 OR, N. 18.
53 Art. 332 OR.
54 *Geiser/Müller/Pärli*, (Fn. 27), Rz. 119 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

hat nur die Möglichkeit, die Rechte aufgrund einer Verfügung des Arbeitnehmers zu erlangen. Nach der hier vertretenen Meinung ist bei den im Rahmen der Arbeitstätigkeit geschaffenen Werken für die Beurteilung, wem das Urheberrecht zusteht, danach zu unterscheiden, ob eine individuelle schöpferische Leistung seitens des Arbeitnehmers vorliegt oder ob dieser nur die Vorgaben der Arbeitgeberin umgesetzt hat. Im ersten Fall steht das Urheberrecht dem Arbeitnehmer zu, im zweiten hingegen der Arbeitgeberin.[55] Eine besondere Regelung findet sich allerdings für die Rechte an Computerprogrammen.[56] Die Arbeitgeberin wird nach dieser Sonderbestimmung an Dienstwerken originär berechtigt. Bei im Rahmen der arbeitsrechtlichen Verpflichtungen geschaffenen Urheberrechten stehen die Verwertungsrechte unabhängig der genauen rechtlichen Konstruktion der Arbeitgeberin zu. Bei Gelegenheitswerken und frei geschaffenen Werken gelten die gleichen Regeln wie bei Erfindungen.

Bezüglich der sozialen Medien wird die Regelung des Patentrechts kaum Bedeutung haben. Demgegenüber ist es sehr wohl möglich, dass ein Arbeitnehmer auf den sozialen Medien im Rahmen seiner dienstlichen Pflichten geschütztes Design schafft. Ist Inhaber der Domain oder des Kontos die Arbeitgeberin, kann sie das Design weiterhin nutzen. Bestand demgegenüber keine vertragliche Verpflichtung des Arbeitnehmers, dieses Design zu schaffen, so ist eine weitere Nutzung durch die Arbeitgeberin nur möglich, wenn sie die entsprechenden Rechte erworben hat. Andernfalls kann der Arbeitnehmer die Beseitigung auf dem Sozialen Netzwerk verlangen und gegebenenfalls das Design künftig selber nutzen. Umgekehrt kann die Arbeitgeberin bei einem Aufgabendesign verlangen, dass der Arbeitnehmer dieses auf seiner eigenen Domain oder auf seinem eigenen Konto löscht und sie kann es selber nutzen.

Das gilt mutatis mutandis auch bei urheberrechtlich geschützten Werken auf dem Netz. Hier kommt aber das zusätzliche Problem hinzu, dass der Urheber das ausschließliche Recht hat zu bestimmen, ob wann und wie das Werk geändert werden darf.[57] Dieses Recht verbleibt dem Urheber auch bei einem Aufgabenwerk. Allerdings ist es möglich, im Arbeitsvertrag das Änderungsrecht der Arbeitgeberin zu übertragen. Dann kann sie Änderungen und Anpassungen auch gegen den Willen der Urheber vornehmen,

55 *Geiser/Müller/Pärli*, (Fn. 27), Rz. 119 ff.

56 Art. 17 Bundesgesetz über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte (Urheberrechtsgesetz, URG) vom 9. Oktober 1992 [SR 231.1].

57 Art. 11 Abs. 1 Bst. a URG.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

solange die Änderung den Urheber nicht in seiner Persönlichkeit verletzt.[58] Die Einwilligung zu solchen Veränderungen, bzw. die Übertragung dieses Rechts auf die Arbeitgeberin kann sich auch stillschweigend aus dem Zweck des Arbeitsvertrages ergeben.[59]

2. Herausgabeanspruch?

Die entsprechenden Webseiten werden regelmäßig persönliche Daten des Arbeitnehmers enthalten. Das revidierte Datenschutzgesetz sieht – ähnlich der DSGVO[60] – einen Anspruch auf Datenherausgabe oder -übertragung vor. Gemäß Art. 28 rev. DSG kann jede Person vom Verantwortlichen die Herausgabe ihrer Personendaten in einem gängigen elektronischen Format verlangen, wenn diese in elektronischer Form bearbeitet werden. Es kann auch verlangt werden, dass diese Daten einem Dritten übertragen werden. Das bedeutet auch, dass die betroffene Person die Datensammlung selber verwerten kann.

Bezüglich der im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses erstellten Daten auf einem sozialen Netzwerk stellt sich dann allerdings sofort die Frage, in welchem Umfang die Urheber- und Designrechte einer solchen weiteren Verwertung entgegenstehen. Der Herausgabeanspruch geht m.E. allen diesen Rechten vor. Demgegenüber ist eine weitere Verwertung der entsprechenden Dateien nur unter Wahrung der Urheber- und Designrechte anderer zulässig.

a) Aufbewahrungsrecht und -pflicht

Die Arbeitgeberin kann ein Interesse daran haben, dass Stellungnahmen und Berichte von Arbeitnehmenden in den sozialen Netzwerken oder der eigenen Homepage zugänglich bleiben, auch wenn die Betroffenen das Unternehmen verlassen haben. Bei diesen Texten und Bilddarstellungen handelt es sich dann aber regelmäßig um persönliche Daten und es fragt sich, ob ein solches Aufbewahren zulässig ist.

58 Art. 11 Abs. 2 URG.
59 *Rehbinder/Haas/Uhlig*, URG Urheberrechtsgesetz mit weiteren Erlassen und internationalen Abkommen, Zürich 2022, Art. 11 URG, N. 2.
60 Art. 20 DSGVO.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

Das Datenschutzrecht bezeichnet das Hosten von Daten als eine Form der Datenbearbeitung.[61] Die Bearbeitung bedarf aber immer eines Rechtfertigungsgrundes. Dieser Bestand während des Arbeitsverhältnisses in dessen Durchführung. Mit der Beendigung des Arbeitsverhältnisses entfällt dieser Grund. Folglich sind diese Daten grundsätzlich zu löschen. Sie sind zu vernichtet oder zu anonymisieren, sobald sie zum ursprünglichen Zweck der Bearbeitung nicht mehr erforderlich sind.[62] Ein Rechtfertigungsgrund für das weitere Aufbewahren kann allerdings durch eine Einwilligung des betroffenen ehemaligen Arbeitnehmers gegeben sein. Der zwingende Charakter von Art. 328b OR[63] bzw. der Verzicht auf entsprechende Ansprüche entfällt einen Monat nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses.[64] Einen Monat nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses kann der ehemalige Arbeitnehmer folglich ohne Zweifel in die weitere Bearbeitung seiner Daten und damit auch auf das Belassen dieser auf dem Netz zustimmen.

Allerdings ist zu beachten, dass diese Einwilligung jederzeit zurückgezogen werden kann, so dass der ehemalige Arbeitnehmer jederzeit die Löschung verlangen kann. Dem stehen grundsätzlich auch keine immaterialgüterrechtlichen Ansprüche der ehemaligen Arbeitgeberin entgegen. Die Einwilligung ist frei widerruflich.[65] Allerdings kann die Arbeitgeberin dann unter Umständen noch immer überwiegende eigene Interessen als Rechtfertigungsgrund geltend machen. Zudem anerkennt das Bundesgericht einen Anspruch auf Entschädigung, wenn der Widerruf zur Unzeit erfolgt.[66]

Umgekehrt fragt sich auch, ob der ehemalige Arbeitnehmer einen Anspruch darauf hat, dass seine persönlichen Daten – Kommentare, Berichte etc. – nach seinem Ausscheiden weiterhin auf dem Netz erhalten bleiben. Weder der Datenschutz noch der Persönlichkeitsschutz bieten dafür eine Rechtsgrundlage. Letzterer kann nur Abänderungen entgegenstehen, sofern dafür nicht die Einwilligung vorliegt. Handelt es sich um urheberrechtlich geschützte Werke, hat der Urheber ein ausschließliches Recht über Ände-

61 Art. 4 Abs. 2 Bst. d rev. DSG.
62 Art. 6 Abs. 4 rev. DSG.
63 Vgl. vorn unter I/2/c.
64 Art. 341 OR.
65 *Hausheer/Aebi-Müller*, Das Personenrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, Bern 2020, S. 176 f.; *Geiser*, (Fn. 3), Rz. 9.2.; *Meili,* in: Geiser/Fountoulakis (Hrsg.), Basler Kommentar, ZGB Bd. I, 2022, Art. 28 ZGB N. 48; a.A. *Uhlig*, Persönlichkeitsrecht im Film, AJP 2013, S. 327 ff, S. 334 f.
66 Schweizerisches Bundesgericht BGE 136 III 401.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

rungen zu befinden.[67] Der Urheber hat Anspruch auf die Werkintegrität. Selbst wenn die ehemalige Arbeitgeberin auf Grund des Arbeitsvertrages befugt ist, das Werk zu ändern, kann sich der Urheber jeder Entstellung des Werks widersetzen, die ihn in der Persönlichkeit verletzt. Der Anspruch auf Werkintegrität bietet aber nur einen sehr beschränkten Schutz vor Zerstörung des Werkes.[68] Nur wenn es sich um ein Originalwerk handelt, zu dem keine weiteren Werkexemplare bestehen und der Eigentümer ein berechtigtes Interesse des Urhebers an der Werkerhaltung annehmen muss, darf er das Werk nicht zerstören, ohne dem Urheber vorher die Rücknahme angeboten zu haben. Der Eigentümer darf vom Urheber für die Rücknahme den Materialwert verlangen.[69] Wenn die Rücknahme nicht möglich ist, muss dem Urheber die Nachbildung des Originalexemplars in angemessener Weise ermöglicht werden.[70]

Im vorliegenden Zusammenhang bedeutet dies, dass die Arbeitgeberin sehr wohl den entsprechenden Eintrag auf dem Netz löschen darf. Hat der Arbeitnehmer keine Kopie und handelt es sich um ein urheberrechtlich geschütztes Werk, kann er vor der Abschaltung auf Grund des Urheberrechts eine Kopie anfertigen. Überdies kann er sich Veränderungen des Eintrags im Netz widersetzen. Letzteres ist selbst möglich, wenn er der Arbeitgeberin das Änderungsrecht im Arbeitsvertrag zugestanden hat, die Änderung aber sein Persönlichkeitsrecht verletzt, was ein reichlich unbestimmtes Kriterium ist.

V. Folgerungen

Der Umgang der Arbeitnehmer mit sozialen Netzwerken findet Regelungen in verschiedenen Rechtsgebieten. Neben dem Arbeitsrecht sind das Persönlichkeitsrecht und der Datenschutz sowie eventuell das Urheberrecht und das Designrecht zu beachten. Die verschiedenen Fragestellungen sind zwar nicht grundsätzlich neu, so dass sehr wohl die bestehenden Rechtsnormen einen genügenden Regelungsrahmen bieten. Die moderne Technologie verlangt aber neue Interpretationen der bestehenden Gesetze.

Die gesetzliche Regelung arbeitet mit verschiedenen sehr unbestimmten Rechtsbegriffen. Das bietet der Rechtsanwendung eine hohe Flexibilität,

67 Art. 11 Abs. 1 Bst. a URG.
68 *Rehbinder/Haas/Uhlig*, (Fn. 59), Art. 15 URG N. 1.
69 Art. 15 Abs. 1 URG.
70 Art. 15 Abs. 2 URG.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

aber auch eine große Unsicherheit. Entsprechend empfiehlt es sich, in den Arbeitsverträgen konkret zu regeln, wie die Arbeitnehmer mit den sozialen Netzwerken umgehen sollen. Bezüglich der beruflich gebotenen Nutzung sollte im Arbeitsvertrag geregelt werden, wie mit den entsprechenden Werken umzugehen ist, namentlich wem die Nutzung zusteht und ob das Nutzungsrecht der Arbeitgeberin das Arbeitsverhältnis überdauern soll oder nicht. Geregelt werden sollte in jedem Fall auch das Abänderungsrecht der Arbeitgeberin.

Bezüglich der privaten Verwendung der sozialen Netzwerke, kann die Arbeitgeberin grundsätzlich keine Vorschriften machen. Der Arbeitnehmer hat selbstverständlich bei seinen Auftritten im Netz – wie in anderen Medien – die Treuepflicht gegenüber der Arbeitgeberin zu respektieren. Diese im Arbeitsvertrag auch bezüglich des Auftritts in sozialen Netzwerken zu konkretisieren, empfiehlt sich aber in jedem Fall.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

Die Legalisierung von Cannabis – aktuelle gesellschaftliche Entwicklungen

Alexander Geißler

Die Legalisierung von Cannabis wird nicht erst diskutiert, seit die Koalitionsparteien der 20. Legislaturperiode des Bundestags eine Öffnung des Umgangs mit cannabishaltigen Produkten im Koalitionsvertrag festgeschrieben haben.[1] Einige Versuche wurden in der Vergangenheit bereits unternommen, eine Änderung des rechtlichen status quo im Umgang mit Cannabis herbeizuführen. Mit dem Cannabiskontrollgesetz[2] liegt inzwischen ein ausgearbeiteter Gesetzesentwurf vor. Noch immer ist die Debatte um das Für und Wider einer Legalisierung allerdings mannigfaltig. Die Bundesrechtsanwaltskammer sieht bspw. Sinn und Zweck einer partiellen Legalisierung des Konsums von Cannabis in der Entlastung der Strafverfolgungsbehörden, was der bisherigen Ver(straf-)rechtlichung aller Lebensbereiche entgegenwirke.[3] Im Mittelpunkt des Strafrechts stehe heutzutage nicht mehr der Schutz konkreter Rechtsgüter, sondern eine problematische Entwicklung hin zu einem Gefährdungs- und Erziehungsrecht mit präventiven und symbolischen Funktionen, was die Überlastung der Strafverfolgungsbehörden begünstigt.[4] Deshalb plädiert sie für eine Beschränkung des Strafrechts auf die Kernaufgabe des Rechtsgüterschutzes i. S. des Ultima Ratio-Grundsatzes.[5] Andere Stimmen sehen in Cannabis nach wie vor eine Einstiegsdroge und eine große Gefahr für die Gesellschaft, allen voran in Hinblick auf den Gesundheitsschutz der Bevölkerung und halten so an der Strafbarkeit fest. Der Staat habe die Pflicht, die Gesellschaft vor Gefahren zu schützen.[6] Der Beitrag will die rechtswissenschaftlichen Stimmen zur Thematik auswerten und versucht zu ergründen, inwieweit eine Änderung der strafbewehrten Praxis im Umgang mit Cannabis überhaupt an objek-

1 Kontrollierte Abgabe von Cannabis an Erwachsene zu Genusszwecken in lizenzierten Geschäften; Koalitionsvertrag 2021-2025: „Mehr Fortschritt wagen", S. 68.
2 Siehe BTDrs. 18/4204.
3 Stellungnahme Nr. 57 September 2021, Bundesrechtsanwaltskammer, II., S. 3.
4 ebd.
5 *Hamm/Gerhardt*, Strafrecht als ultima ratio, ZRP 2016, 59.
6 so *Patzak*, Marcus, Goldhausen, NStZ 2006, 259.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

tiven Quellen festzumachen ist und wie eine Änderung der rechtlichen Situation gestaltet werden könnte.

I. Aktuelle Rechtslage August 2022

1. Begriffe

Cannabis (*Marihuana*, Pflanzen und Pflanzenteile der zur Gattung Cannabis gehörenden Pflanzen – Cannabiskraut/-blüten[7]) und Cannabisharz (*Haschisch*, das abgesonderte Harz der zur Gattung Cannabis gehörenden Pflanzen)[8] sowie gesondert aufgeführt der darin enthaltene Wirkstoff Tetrahydrocannabinol/THC)[9] werden nach § 1 Abs. 1 BtMG iVm. Anlage I als nicht verkehrsfähige Betäubungsmittel eingestuft. Δ9-THC ist das psychoaktive Cannabinoid der Cannabispflanze.[10] Nicht verkehrsfähig bedeutet, dass es verboten ist, diese Betäubungsmittel anzubauen, zu verkaufen, anderweitig abzugeben oder sich zu verschaffen – auch nicht auf Rezept oder zu medizinischen Zwecken.[11] Eine Erlaubnis zum Verkehr in Form der in § 2 Abs. 1 Nr. 2 BtMG genannten Handlungsweisen ist damit absolut ausgeschlossen.

Anlage I: Dabei gibt es für das in Anlage I genannte *Marihuana* einige Ausnahmen. So werden grundsätzlich Cannabis-Samen (als Pflanzteil), sofern sie nicht zum unerlaubten Anbau genutzt werden, ausgenommen und nicht als Betäubungsmittel angesehen (a). Außerdem Cannabis, das aus dem Anbau in Ländern der Europäischen Union mit näher umschriebenem zertifiziertem[12] Saatgut stammt oder dessen Gehalt an Tetrahydrocannabi-

7 *Patzak/Dahlenburg,* NStZ 2022, 146.
8 Cannabis, Positionspapier der DGP, S. 89.
9 auch unter dem internationalen Freinamen Dronabinol (INN) bekannt.
10 *Köbler*, PharmR 2021, 325.
11 BeckOK BtMG/*Exner* BtMG § 1 Rn. 19.
12 Saatgut aufgeführt im „gemeinsamen Sortenkatalog für landwirtschaftliche Pflanzenarten": Seit 1972 gibt es einen *Gemeinsamen Sortenkatalog* der EU-Mitgliedstaaten über landwirtschaftliche Pflanzenarten und Gemüsearten; er enthält mehr als 10.000 Gemüsesorten und mehr als 5.000 landwirtschaftliche Pflanzenarten und besteht aus Sorten der nationalen Sortenlisten der Mitgliedstaaten. Verschiedene Fachgremien der EU beschließen, welche Sorten in den gemeinsamen Katalog aufgenommen werden. Eine Sorte, die in diesen *EU-Sortenkatalog* aufgenommen wurde, genießt „Verkehrsfreiheit" in den Mitgliedstaaten. Betreut wird der Katalog vom Community

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

nol (THC) 0,2 Prozent nicht übersteigt[13] und der Verkehr mit ihnen (ausgenommen der Anbau) ausschließlich gewerblichen oder wissenschaftlichen Zwecken dient, die einen Missbrauch zu Rauschzwecken ausschließen[14] (b). Weiterhin ausgenommen ist Cannabis, das als Schutzstreifen bei der Rübenzüchtung gepflanzt wird und vor der Blüte vernichtet wird (c) und Cannabis aus einem Anbau im Inland durch ein Unternehmen der Landwirtschaft nach § 1 Abs. 4 ALG (Landwirtschaftsalterssicherungsgesetz – mit Ausnahme von Unternehmen der Forstwirtschaft, des Garten- und Weinbaus, der Fischzucht, der Teichwirtschaft, der Imkerei, der Binnenfischerei und der Wanderschäferei) oder einem Unternehmen der Landwirtschaft, dass für eine Beihilfegewährung nach VO (EU) 1307/2013 in Frage kommt aus ebendiesem zertifiziertem[15] Saatgut (Nutzhanf) (d). Der Anbau von Nutzhanf ist nach § 24a BtMG bei der Bundesanstalt für Landwirtschaft und Ernährung anzuzeigen. Ausgenommen ist zudem *Marihuana* zu den in Anlage III genannten Zwecken (e).

Haschisch und alle anderen synthetischen Produkte, die *THC* enthalten, sind vorbehaltlich der gezeigten Rückausnahmen zu *Marihuana* in Anlage I, nicht verkehrsfähige Betäubungsmittel.[16]

Die Anlage I nennt die Pflanze und ihre Bestandteile als Betäubungsmittel, als auch gesondert den darin enthaltenen (und extrahierbaren) Wirkstoff THC. Bei Nennung von Pflanze und des Wirkstoffs geht die

---

Plant Variety Office (CVPO). Aktuelle Fassung: 7. Ergänzung zur 31. Gesamtausgabe von 2013 zur RL 2002/53/EG.

13 Schwellenwert in Art. 32 Abs. 6 der VO (EU) 1307/2013; OLG Hamm (4. Strafsenat), Urteil vom 21.06.2016 – 4 RVs 51/16: Der THC-Gehalt im Naturprodukt Hanf kann variieren. Vor diesem Hintergrund wird jährlich durch das Bundesministerium für Landwirtschaft und Ernährung (BLE) eine Sortenliste THC-armer Hanfsorten herausgegeben. D.h., dass gelegentlich der THC in für den Anbau verifizierten Sorten auch geringfügig höher sein kann.

14 OLG Hamm (4. Strafsenat), Urteil vom 21.06.2016 – 4 RVs 51/16: Nutzer dürfen auf die Liste THC-armer Hanfsorten vertrauen und müssen ohne objektive Veranlassung nicht aktiv Missbrauch (durch eigene Untersuchungen) vorbeugen. Aber „für nicht gewerbliche Zwecke wird eine Weiterverarbeitung zu unbedenklichen Stoffen erfolgen. Die Ausnahmebestimmung soll das Marktpotenzial des Rohstoffes Hanf und seine Verwendungsmöglichkeiten zur industriellen und möglicherweise energetischen Verwendung erschließen und nicht die Bevölkerung mit THC-schwachen Zubereitungen zu persönlichen Konsumzwecken versorgen und demgegenüber nicht das generelle Cannabisverbot aufweichen (vgl. OLG Zweibrücken, Urteil vom 25.05.2010, Az. 1 Ss 13/10; Bayerisches Oberstes Landesgericht NStZ 2003, 270; Weber, BtMG, 4. Auflage, § 1 BtMG Rn. 288.

15 ebd.

16 *Köbler*, PharmR, 2021, 325, 326.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

Aufnahme der Pflanze als Betäubungsmittel vor.[17] Die Position „Cannabis" ist lex specialis zur Position „THC".[18]

Anlage III: Als verkehrsfähiges und verschreibungspflichtiges Betäubungsmittel zählt Cannabis in Anlage III (also *Marihuana*, dass nicht bereits im gemeinsamen Sortenkatalog als Nutzhanf aufgeführt ist, mithin einen höheren THC Wert als 0,2 % hat), das aus einem Anbau stammt, der zu medizinischen Zwecken unter staatlicher Kontrolle gemäß den Artikeln 23 und 28 Absatz 1 des Einheits-Übereinkommens von 1961 über Suchtstoffe (EinhÜB) erfolgt, sowie in Zubereitungen, die als Fertigarzneimittel zugelassen sind (Medizinalhanf).[19] Aus dem gestatteten Anbau der Cannabispflanze nach §§ 23, 28 EinhÜB darf nur *Marihuana* als verkehrsfähiges und verschreibungspflichtiges Betäubungsmittel entstehen. *Haschisch* bleibt damit gänzlich verkehrsunfähig nach Anlage I. Die beschriebene Regelung zum Anbau von spezifischem Cannabis[20] wurde neben den zugelassenen Fertigarzneimitteln später eingefügt und soll die Verkehrs- und Verschreibungsfähigkeit von weiteren Cannabisarzneimitteln neben den bereits in Anlage III benannten Zubereitungen, die als Fertigarzneimitteln zugelassen sind, herstellen, wie z.B. von getrockneten Cannabisblüten und Cannabisextrakten in standardisierter Qualität, damit es Patienten mit schwerwiegenden Erkrankungen nach entsprechender Indikationsstellung und bei fehlenden Therapiealternativen ermöglicht wird, diese Arzneimittel zu therapeutischen Zwecken in standardisierter Qualität durch Abgabe in Apotheken zu erhalten.[21] Diese Ausnahmeregelung ist in rechtlicher Hinsicht erforderlich, da es sich bei Cannabisblüten nach der betäubungsmittelrechtlichen Begriffsbestimmung um einen „Stoff" gemäß § 2 Abs. 1 Nr. 1 1b) BtMG und nicht um eine „Zubereitung" nach § 2 Nr. 2 und 3 BtMG handelt und sie deshalb nicht unter die Ausnahme in Anlage III fällt.[22] Eine Verschreibung erfolgt nach § 13 BtMG, wenn der Arzt aufgrund eigener

17 BGH, Urt. v. 24.3.2021 – 6 StR 240/20 (LG Braunschweig) - NStZ 2021, 549, Rn. 11 – Hanftee; *Oğlakcıoğlu*, MüKo BtMG, 3. Auflage, § 29 Rn. 30 ff.

18 *Etzold* KriPoZ 2020, 217, 218.

19 Gestattung des Anbaus von Cannabis und Cannabisharz nach Art. 28 EinhÜB möglich. Dann Einhaltung des Kontrollsystems nach § 23 Abs. 1 EinhÜB: Errichten von staatlichen Stellen und Einhalten der Regelungen aus § 23 Abs. 2 EinhÜB.

20 Gesetz zur Änderung betäubungsmittelrechtlicher und anderer Vorschriften vom 6. März 2017.

21 *Spickhoff/Malek*, 3. Aufl. 2018, Medizinrecht BtMG § 1 Rn. 7.

22 BT-Drs. 18/8965, 13.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

Prüfung zu der Überzeugung gelangt, dass nach den anerkannten Regeln der medizinischen Wissenschaft die Anwendung zulässig und geboten ist.[23]

Verkehrsfähig bedeutet, dass nach § 3 Abs. 1 BtMG eine Erlaubnis vom Bundesinstitut für Arzneimittel und Medizinprodukte erteilt werden kann, um Betäubungsmittel aus Anlage II und III anzubauen oder herzustellen oder mit ihnen Handel zu treiben; aber auch ohne mit ihnen Handel zu treiben, sie einzuführen, auszuführen, abzugeben, zu veräußern, sonst in den Verkehr zu bringen, zu erwerben oder ausgenommene Zubereitungen (§ 2 Abs. 1 Nr. 3 BtMG) herstellen will. Für Betäubungsmittel aus Anlage I kann nur ausnahmsweise eine Erlaubnis erteilt werden zu wissenschaftlichen oder anderen im öffentlichen Interesse liegenden Zwecken, § 3 Abs. 2 BtMG. Für die Einfuhr oder Ausfuhr wird zusätzlich eine weitere Genehmigung des Bundesinstituts für Arzneimittel und Medizinprodukte nach § 11 Abs. 1 BtMG benötigt.

Mit Wirkung zum 1. Januar 2023 wird die VO (EU) 1307/2013 nach Art. 154 VO (EU) 2021/2115 (GAP-Strategiepläne VO) aufgehoben. Damit wird eine Neufassung der Ausnahmeregelungen in Anlage I notwendig, ohne dass sich damit an der grundsätzlichen Illegalität vom Verkehr mit Cannabis etwas ändern wird.

2. Strafbarkeit nach §§ 29 ff. BtMG und „geringe" und „nicht geringe" Mengen

Damit ist grundsätzlich jedweder Verkehr mit Cannabis-Produkten mit einem THC-Wirkungsgehalt von mehr als 0,2 % nach §§ 29 ff. BtMG strafbar. Der als Vergehen mit einer Freiheitsstrafe von bis zu fünf Jahren oder Geldstrafe androhende § 29 Abs. 1 Nr. 1 bis 14 BtMG nennt alle unter Strafe stehende Verhaltensweisen. Alle weiteren Straftatbestände mit § 29a (Freiheitsstrafe nicht unter einem Jahr), § 30 (Freiheitsstrafe nicht unter 2 Jahren), § 30a und § 30b BtMG sind als Verbrechen einzustufen. Dabei ist der Besitz von Cannabis in „nicht geringen Mengen" als Verbrechen und als eigenständiger Qualifikationstatbestand nach § 29 Abs. 1 Nr. 2 BtMG zu werten mit der Begründung, dass ein Besitz zugleich die Gefährlichkeit der Weitergabe in sich trägt und diese bei „nicht geringen Mengen" wahrscheinlicher ist.[24] Der bloße Konsum fehlt in der Aufzählung unter § 29

23 BT-Drs. 18/8965, 13.

24 BeckOK BtMG/*Wettley* BtMG § 29 Rn. 474.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

Abs. 1 Nr. 1 bis 14 BtMG. Das deutsche Strafrecht kennt die eigenverantwortliche Entscheidung an, sich selbst zu schädigen, weshalb der Konsum straffrei ist.[25] Gleichwohl wird ein „Recht auf Rausch" abgelehnt.[26]

Zugleich kann nach § 31a BtMG von einer Verfolgung durch die Staatsanwaltschaft oder nach § 29 Abs. 5 BtMG von Strafe durch das Gericht bei geringer Schuld und fehlendem öffentlichen Interesse abgesehen werden, wenn lediglich der Verkehr mit Betäubungsmitteln in „geringer Menge" zum Eigenverbrauch im Raum steht. Sofern die übrigen Tatbestandsvoraussetzungen vorliegen, hat sich das Gericht dann immer mit einem möglichen Absehen von Strafe nach § 29 Abs. 5 BtMG auseinanderzusetzen und zu beurteilen, ob eine „geringe Menge" im Einzelfall tatsächlich vorliegt. Auf die Erwägungen des § 46 Abs. 1 StGB ist zurückzugreifen.[27]

Es handelt sich bei dem Begriff der „geringen Menge" um ein Indizmerkmal, das für oder wider einer potenziellen Eigenverbrauchsabsicht spricht.[28] Die Rechtsprechung versteht unter einer geringen Menge den Augenblicks- oder Tagesbedarf eines nicht abhängigen Konsumenten, der sich auf zwei bis drei Konsumeinheiten des Wirkstoffs beläuft. Auszugehen ist von einer Konsumeinheit, d.h. derjenigen Menge, die erforderlich ist, um einen Rauschzustand herbeizuführen. Zur Ermittlung der Konsumeinheit ist die für das jeweilige Betäubungsmittel übliche Konsumform zugrunde zu legen.[29] Das führt dazu, dass die „geringe Menge" vom Wirkungsgehalt, der auf dem illegalen Markt befindlichen Cannabis-Produkten abhängig ist, damit Schwankungen unterliegt und eine einheitliche Rechtsprechung erschwert.

Die 89. Justizministerkonferenz am 6/ 7.6. 2018 hat festgestellt, dass die Richtlinien der Länder zu „geringen Mengen" nach § 31a BtMG uneinheitlich sind und sprechen sich für eine gemeinsame Obergrenze von 6 g *Haschisch* aus. Zu anderen Cannabisprodukten werden keine Angaben gemacht.

Die „geringe Menge" in §§ 29 Abs. 5, 31a BtMG ist dabei nicht gleichzusetzen mit einer „nicht geringen Menge" in § 29a Abs. 1 Nr. 2 BtMG. Eine „nicht geringe Menge" bezieht sich allein auf den Wirkstoff und nicht

25 BeckOK BtMG/*Wettley* BtMG § 29 Rn. 477.
26 BVerfG, Beschluss vom 09. 03. 1994 - 2 BvL 43/ - NJW 1994, 1577, Leitsatz 1.
27 BeckOK BtMG/*Wettley* BtMG § 29 Rn. 937.
28 *Oğlakcıoğlu,* MüKo StGB; Vorb. § 29 BtMG, Rn. 154.
29 *Oğlakcıoğlu*, MüKo StGB; Vorb. § 29 BtMG, Rn. 157.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

auf die Brutto-Menge der jeweiligen Darreichungsform.[30] Der Grenzwert für eine „nicht geringe Menge" von Cannabis-Produkten liegt bei 7,5 g THC, was bei einer festgelegten Konsumeinheit von 15 mg, insgesamt 500 Konsumeinheiten entspricht.[31] Davon ausgegangen, dass 15 mg THC einer Konsumeinheit *Haschisch* von 2 g entspräche, läge die „geringe Menge", die zur möglichen Straffreiheit führt bei 6 g *Haschisch*, die „nicht geringe Menge" bei deren Überschreitung eine Verurteilung als Verbrechen nach § 29a BtMG und damit eine Freiheitsstrafe von mindestens einem Jahr droht, bei 1 kg *Haschisch*.

3. Das Haschich-Urteil des BVerfG von 1994

Bereits 1994 hatte sich das Bundesverfassungsgericht eingehend mit der Strafbarkeit des Umgangs mit Cannabis beschäftigt. Die Strafvorschriften des Betäubungsmittelgesetzes, die den unerlaubten Umgang mit Cannabisprodukten mit Strafe bedrohen, sind danach im strafbewehrten Verbot am Maßstab des Art. Abs. 2 S. 1 GG, in der angedrohten Freiheitsentziehung an Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG zu messen.[32]

Der persönlichen Freiheit und damit dem Konflikt zwischen straffreier Selbstgefährdung und strafbewährter Fremdschädigung wird durch die Regelungen zum möglichen Absehen von Strafe Rechnung getragen. Die unterschiedlichen Grenzwerte der Bundesländer lassen allerdings Zweifel an der Gleichbehandlung und hinreichenden Bestimmtheit der Strafnorm aufkommen.[33]

Vor allem bei dem strafbaren Besitz von Betäubungsmitteln, ohne zugleich im Besitz einer schriftlichen Erlaubnis für den Erwerb zu sein, § 29 Abs. 1 Nr. 3 BtMG handelt es sich zwar auch um ein Tätigkeitsdelikt, aber im Hinblick auf das Schutzgut des Betäubungsmittelstrafrechts – der Volksgesundheit – ist es als abstraktes Gefährdungsdelikt einzustufen.[34]

---

30 *Patzak/Volkmer/Fabricius/Patzak* BtMG § 29a Rn. 48; *Oğlakcıoğlu*, MüKo StGB; § 29 BtMG, Rn. 181.

31 BGH 18.7.1984 – 3 StR 183/84, BGHSt 33, 8 = NStZ 1984, 556 mAnm *Endriß* StV 1984, 466; bestätigt durch BGH 20.12.1995 – 3 StR 245/95, BGHSt 42, 1 = NJW 1996, 794.

32 BVerfG, NJW 1994, 1577, Leitsatz 2.

33 Abzurufen unter: https://hanfverband.de/inhalte/bundesland-vergleich-der-richtlinien-zur-anwendung-des-ss-31a-btmg.

34 BeckOK BtMG/*Wettley* BtMG § 29 Rn. 473, 477.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

Bei einer Gesamtabwägung zwischen der Schwere des Eingriffs in die persönliche Freiheit aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG und dem Gewicht sowie der Dringlichkeit, der ihn rechtfertigenden Gründe muss die Grenze der Zumutbarkeit für die Adressaten des Verbots gewahrt werden (Übermaßverbot oder Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne). Die Prüfung an diesem Maßstab kann dazu führen, dass ein an sich geeignetes und erforderliches Mittel des Rechtsgüterschutzes nicht angewandt werden darf, weil die davon ausgehenden Beeinträchtigungen der Grundrechte des Betroffenen den Zuwachs an Rechtsgüterschutz deutlich überwiegen, so dass der Einsatz des Schutzmittels als unangemessen erscheint.[35] Soweit die Strafvorschriften des Betäubungsmittelgesetzes Verhaltensweisen mit Strafe bedrohen, die ausschließlich den gelegentlichen Eigenverbrauch geringer Mengen von Cannabisprodukten vorbereiten und nicht mit einer Fremdgefährdung verbunden sind, verstoßen sie deshalb nicht gegen das Übermaßverbot, weil der Gesetzgeber es den Strafverfolgungsorganen ermöglicht, durch das Absehen von Strafe (vgl. § 29 Abs. 5 BtMG) oder Strafverfolgung (vgl. §§ 153 ff. StPO, § 31a BtMG) einem geringen individuellen Unrechts- und Schuldgehalt der Tat Rechnung zu tragen. In diesen Fällen werden die Strafverfolgungsorgane nach dem Übermaßverbot von der Verfolgung der in § 31a BtMG bezeichneten Straftaten grundsätzlich abzusehen haben.[36] Der Gleichheitssatz gebietet nicht, alle potenziell gleich schädlichen Drogen gleichermaßen zu verbieten oder zuzulassen. Der Gesetzgeber konnte ohne Verfassungsverstoß daher den Umgang mit Cannabisprodukten einerseits, mit Alkohol oder Nikotin andererseits unterschiedlich regeln.[37] Denn Art. 2 Abs. 1 GG schützt zwar jede Form menschlichen Handelns ohne Rücksicht darauf, welches Gewicht der Betätigung für die Persönlichkeitsentfaltung zukommt.[38] Absolut geschützt und damit der Einwirkung der öffentlichen Gewalt entzogen ist allerdings nur ein Kernbereich privater Lebensgestaltung.[39] Dazu könne der Umgang mit Drogen, insbesondere auch das Sich Berauschen, aufgrund seiner vielfältigen sozialen Aus- und Wechselwirkungen nicht gerechnet werden.[40] Ob das Gericht 18 Jahre nach seinem Haschisch-Urteil die getroffene Abwägung ebenso anstellen würde

35 BVerfG, NJW 1994, 1577, Leitsatz 2b).
36 BVerfG, NJW 1994, 1577, Leitsatz 3.
37 BVerfG, NJW 1994, 1577, Leitsatz 4.
38 BVerfGE 80, 137 (152) = NJW 1989, 2525.
39 BVerfGE 6, 32 (41) = NJW 1957, 297; BVerfGE 54, 143 (146) = NJW 1980, 2572; BVerfGE 80, 137 (153) = NJW 1989, 2525.
40 BVerfG, NJW 1994, 1577, 1578.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

und die Strafbarkeit jedweder Tätigkeit im Zusammenhang mit einem gelegentlichen Eigenverbrauch geringer Mengen von Cannabisprodukten ohne Fremdgefährdung ebenso als Verhältnismäßigkeit ansehen würde, bleibt dahingestellt. Zeigen sich doch dynamische Liberalisierungstendenzen in der Gesellschaft mit einem Fokus auf mehr Eigenverantwortung des Individuums. Jedenfalls ist es dem Gesetzgeber auch bereits mit dem Haschisch-Urteil nicht unbenommen, gerade für den Bereich des Eigenverbrauchs eine Legalisierung zu gestalten. Nichts anderes hatten die bisherigen Initiativen verschiedener Bundestagsfraktionen aus den vergangenen Legislaturen zum Ziel.[41]

4. THC – Wirkstoffgehalte

Da aber nach wie vor kein legaler Markt für den Cannabis-Konsum zu Genusszwecken existiert und daher kein reglementierter und lückenlos nachvollziehbarer Anbau von Pflanzen mit einem Wirkstoffgehalt größer als 0,2 % stattfindet, wird für den davon unberührten Schwarzmarkt auf Cannabis aus nicht bekannten Quellen zurückgegriffen. Von der Höhe des Wirkstoffgehalts ist die individuelle Schuld abhängig.[42] Es bedarf so zur Festlegung des Strafmaßes einer Betäubungsmittelstraftat[43] entweder einer forensisch-toxikologischen Untersuchung in akkreditierten Laboren mit entsprechend geeigneten Analysemethoden – sollte Untersuchungs- oder Beweismaterial vorliegen, was nicht immer der Fall ist – oder der Tatrichter muss den Wirkstoffgrad mittels einer Schätzung, die sich an im Einzelfall bekannten Parametern[44] wie Herkunft, Preis, Handelsstufe, Beurteilung durch die Tatbeteiligten durch Vernehmung oder Begutachtungen in Parallelverfahren orientiert, festlegen, in dem er zunächst die Parameter auswertet, um dann die Qualität (schlecht, durchschnittlich, hoch oder weitere Zwischenstufen) zu kategorisieren und anhand dieser Qualitätseinstufung mittels statistischer Daten einen Wirkstoffgehalt zuzuordnen.[45] Der

41 BT-Drs. 18/4204; BT-Drs. 19/27807; BT-Drs. 20/2579.
42 BGH, Beschluss vom 7. 12. 2011 - 4 StR 517/11 (LG Essen) - NStZ 2012, 339.
43 BGH, Beschluss vom 9. 11. 2011 – 4 StR 390/11, Rn. 5; Beschluss vom 9. 11. 2010 – 4 StR 521/10, NStZ-RR 2011, 90; und vom 29. 6. 2000 – 4 StR 202/00, StV 2000, 613; Urteil vom 24. 2. 1994 – 4 StR 708/93, NJW 1994, 1885, 1886.
44 *Oğlakcıoğlu*, MüKo StGB, Vorb. Zu § 29 BtMG, Rn. 170.
45 *Patzak/Dahlenburg*, NStZ 2022, 146.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

Wirkstoffgehalt sollte in Gewichtsprozenten oder – mengen angegeben werden, um hinreichend bestimmt zu sein für eine Strafzumessung.[46]

2019 lagen die durchschnittlichen THC-Gehalte der marktüblichen Cannabis-Produkte wie *Marihuana*-Kraut bei 2,7 %; von Cannabis-Blüten bei 13,7 %; von *Haschisch* bei 22,5 % und in Cannabiskonzentrat bei 49,3 %.[47] Seit 2010 ist ein stetiger Anstieg des Wirkstoffgehalts festzustellen.[48] Der größte Anstieg ist bei *Haschisch* zu verzeichnen. Dort lag der durchschnittliche Wirkstoffgehalt im Jahr 2010 bei lediglich 6,8 % und 2019 bei 22,5 %. Dieser statistische Anstieg ist zurückzuführen auf die steigende Häufigkeit von untersuchten und sicher gestellten *Haschisch*proben mit hohem Wirkstoffanteil.[49] Den überwiegenden Anteil der untersuchten Cannabisprodukte machen zudem Proben von Blütenständen aus.[50]

Diese Entwicklungen zeigen, dass sich der Anbau von Cannabis ohne staatliche Kontrolle im stetigen Wandel befindet und vermutlich die Konzentration des THC-Gehalts durch verbesserte Anbau- und Produktionsmethoden sowie Weiterentwicklungen, wie einer hybride Mehrstammpflanze, gezielt erhöht wird.[51] Das setzt einen strukturierten und effizient geführten Anbaumarkt voraus. Besorgniserregend ist auch, dass im Jahr 2021 mehr Länder Cannabisprodukte, die mit gefährlichen synthetischen Cannabinoiden gestreckt wurden und für die Konsumierenden ein gesteigertes Gesundheitsrisiko darstellen, meldeten.[52] Drug-Checking-Dienste erhalten zudem mehr Cannabisprodukte für Tests, was die Produktvielfalt und die Verunsicherung der Konsumierenden widerspiegeln.[53]

Der stetige Anstieg des Wirkungsgehalts aller Cannabis-Produkte ändert auch dynamisch die Richtwerte der Qualitätsstufen und schafft Rechtsunsicherheiten.[54] So ist es bei tatrichterlich festgestellter durchschnittlicher

46 BGH, Beschluss vom 7. 12. 2011 - 4 StR 517/11 (LG Essen) - NStZ 2012, 339.
47 Tabelle 1 in Patzak/Dahlenburg, NStZ 2022, 146, 147.
48 *Oğlakcıoğlu*, MüKo StGB, Vorb. Zu § 29 BtMG, Rn. 190.
49 *Patzak/Dahlenburg*, NStZ 2022, 146, 148.
50 *Patzak/Dahlenburg*, NStZ 2022, 146, 147.
51 So auch Stellungnahme *Prof. Hermann* Universität Heidelberg, S. 1 zur öffentlichen Anhörung am 21. Juni 2021 zum Antrag der FDP-Bundestagsfraktion Drs. 19/27807., mehr zur hybriden Mehrstammpflanze unter: https://www.royalqueenseeds.de/blog-was-sind-hybride-cannabissorten-wie-werden-sie-geschaffen-n752.
52 So der Europäische Drogenbericht 2022, S. 26; abzurufen unter https://www.emcdda.europa.eu/system/files/publications/14644/20222419_TDAT22001DEN_PDF.pdf.
53 Europäische Drogenbericht 2022, S. 26.
54 Unsicherheiten bei der Feststellung der Wirkstoffmenge: Oğlakcıoğlu, MüKo StGB, Vorb. Zu § 29 BtMG, Rn. 197.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

Qualität nicht rechtsfehlerhaft, wenn Tatgerichte die örtlichen Gegebenheiten auch bei der Schätzung von Wirkstoffmengen berücksichtigen. Voraussetzung ist, dass die Gerichte ihre entsprechenden Erfahrungen im eigenen Bezirk in einer für das Revisionsgericht nachvollziehbaren Weise in den Urteilsgründen darlegen.[55]

5. Erwägungen zur zukünftigen Strafbarkeit des Umgangs mit Cannabis

Cannabis ist die in Deutschland am weitesten verbreitete illegale Droge. Schätzungsweise 600.000 erwachsene Personen weisen einen missbräuchlichen oder abhängigen Cannabiskonsum auf. Der Cannabiskonsum in der Gruppe der 12- bis 17- jährigen Jugendlichen erhöhte sich von 2011 bis 2014 von 2,8 auf 6,4 %, die Verbreitung des regelmäßigen Konsums von 0,2 auf 1,5 %.[56]

Einer Legalisierung ablehnend gegenüber stehen Patzak, Marcus und Goldhausen und stellen auf medizinische Studien ab, die erhebliche Gesundheitsgefahren von Cannabis wie Psychosen (Schizophrenie, Angstzustände oder Depressionen) im Vergleich zu Alkohol verdeutlichen sollen.[57] Zunächst machen sie dafür die nachgewiesenen steigenden THC-Gehalte in den Cannabisprodukten verantwortlich.[58] Weiter wird gezeigt, dass gerade bei Jugendlichen ein regelmäßiger Konsum schädlichere Auswirkungen als Alkoholkonsum habe, wobei eingeräumt wird, dass die vorhandenen wissenschaftlichen Studien methodische Mängel aufweisen und einheitliche und damit vergleichbare Auswertungen bisher nicht stattfinden.[59] Es zeige sich u.a, dass regelmäßiger Cannabiskonsum mit höherer Wahrscheinlichkeit zu einer ungünstigeren Schullaufbahn führe oder die

55 BGH, Beschluss vom 27.11.2014 – 2 StR 311/14 (LG Wiesbaden), *Leitsatz 4.*

56 Cannabis, Positionspapier der DGP, S. 87 f.: In der deutschen Allgemeinbevölkerung erfüllt 1 % der Erwachsenen die DSM-IV-Kriterien (diagnostisches und statistisches Manual psychischer Störungen) eines Cannabismissbrauchs (0,5 %) oder einer Cannabisabhängigkeit (0,5 %). Im Vergleich dazu liegen höhere Prävalenzraten für Alkoholmissbrauch und -abhängigkeit (3,1 % beziehungsweise 3,4 %) und Nikotinabhängigkeit (10,8 %) vor. Die Abhängigkeit von anderen illegalen Substanzen, zum Beispiel von Amphetamin oder Kokain (0,2 % und 0,3 %), kommt seltener vor.

57 *Patzak, Marcus, Goldhausen*, NStZ 2006, 259.

58 *Patzak, Marcus, Goldhausen*, NStZ 2006, 259, 261 f.

59 *Patzak, Marcus, Goldhausen*, NStZ 2006, 259, 261; so auch in Cannabis, Positionspapier der DGP, S. 90.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

psychischen Beeinträchtigungen häufig bleibender Natur sind.[60] Letztlich plädieren die Autoren dafür, der zwar doch zugestandenen geringeren Gefährlichkeit von Cannabis im Vergleich zu Heroin oder Kokain – die aber, zwar nicht genannt, von den Autoren anhand der zahlreichen Beispiele zugleich höher als bei Alkohol eingestuft wird – weiterhin durch eine entsprechende Strafzumessung zu begegnen.[61] Verkannt wird dabei, dass die Schwelle der Strafbarkeit einer Handlung ebenso gesellschaftliche Funktion hat und vom Gesetzgeber mit Bedacht gewählt werden muss. Die Beschaffung von Kokain oder Heroin wird leichter fallen, wenn Konsumierende bereits für Cannabis die Schwelle zur Strafbarkeit überschreiten müssen, obwohl eine unterschiedliche Gefährlichkeit der Drogen und dagegen eine Nähe von Cannabis zu den Drogen Alkohol oder Tabak außer Frage steht.

Einer Legalisierung gegenüber aufgeschlossener ist Krumdiek und differenziert zwischen akuten Auswirkungen, wie Psychosen oder Panikattacken je nach Stimmungslage, und chronischen physischen Auswirkungen des Cannabiskonsums, wie Beeinträchtigungen des Lungen-Bronchialsystems durch Einnahme in Kombination mit Tabakprodukten[62] oder psychischen Auswirkungen, wie andauernden Psychosen.[63] Letztlich läge auch die Vermutung nahe, dass regelmäßiger Cannabiskonsum bei vulnerablen Gruppen mit höherer Wahrscheinlichkeit zu schizophrenen Psychosen führen kann.[64] Dabei ist nicht geklärt, inwieweit bestehende Vorerkrankungen bzw. soziale und psychische Probleme am Eintritt der Psychose beteiligt waren und wie hoch daraus resultierend der Beitrag des Cannabiskonsums

60 Verweis auf zahlreiche US-amerikanische Studien in NStZ 2006, 263 ff.; In einer umfangreichen neuseeländischen Untersuchung zeigte sich, bezogen auf Einzelpersonen, dass sich durch Konsum von Cannabis das Risiko, später an einer Schizophrenie zu erkranken, um das Zweifache erhöht. Bezieht man dieses Risiko auf die Gesamtbevölkerung, so würde hypothetisch beim Wegfallen von Cannabis die Neuerkrankungsrate um 8% sinken.

61 *Patzak, Marcus, Goldhausen*, NStZ 2006, 259, 266.

62 Gesichert kann die Induktion von chronischer Bronchitis gelten. Andere feste Aussagen lassen sich durch die überlappenden Effekte von Tabak- und Cannabiskonsum nicht feststellen, so im Positionspapier der DGP, S. 88, 90; Aber auch S. 91: Präklinische Daten zeigen, dass im Hauptstrom des Cannabisrauchs höhere Konzentrationen von Ammonium, Hydrogen Zyaniden, NO usw. als im Zigarettenrauch vorhanden sind [35], was eine höhere Toxizität des Cannabisrauchs vermuten lässt. Evidenzen dafür konnten bereits gezeigt werden, indem Cannabisrauch vermehrt oxidativen Stress, Apoptose und toxisch bedingte Entzündungsreaktionen im Vergleich mit Zigarettenrauch auslösen kann [58].

63 *Krumdiek*, NStZ 2008, 437, 438.

64 *Krumdiek*, NStZ 2008, 437, 440.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

tatsächlich ist.[65] Hinsichtlich jugendlicher Konsumenten bis 16 Jahre bestehe darüber hinaus ein breiter wissenschaftlicher Konsens, dass die meisten Teenager, die psychische Probleme sowie Verhaltensstörungen aufweisen und zu starkem Cannabiskonsum neigen, schon vor dem Gebrauch von Cannabis sowohl seelische und emotionale Schwierigkeiten, als auch Abweichungen im Verhalten aufwiesen. Auch seien andauernde Änderungen von Gehirnaktivitäten bisher nicht durch Studien nachweisbar, aber auch nicht auszuschließen.[66]

Zu beobachten ist ein erhöhter Konsum unter Asthmatikern, was auf positive Effekte und auf ein beschwerdefreieres Atmen durch den Konsum hindeutet, der aber bisher wissenschaftlich ebenfalls nicht eindeutig belegt werden kann.[67] Positive Effekte werden u.a. vermutet für Glaukome, bei Übelkeit und Erbrechen, AIDS, chronischen Schmerzen, entzündlichen Erkrankungen, Multiple Sklerose oder Epilepsie.[68] Unter Leistungssportlern bei Mannschaftssportarten, die Risikofreudigkeit und Aggressivität in Kampf- und begünstigen, wird bei richtiger Dosierung Cannabis zur Bewältigung eines anstrengenden Trainings- oder Wettkampftages unterstützend angewandt.[69]

Umstritten ist weiterhin die Frage, ob zwischen dem Konsum von Cannabis (als „weicher Droge") und der Einnahme anderer illegaler Drogen („harte Drogen") ein kausaler Zusammenhang besteht, Cannabis also als „Einstiegsdroge" verwendet wird.[70] Papendiek lehnt das unter Verweis auf

---

65 *Petersen/Thomasius*, Auswirkungen von Cannabiskonsum und -missbrauch, 2007, S. 70 ff.

66 *Krumdiek*, NStZ 2008, 437, 440.

67 Cannabis, Positionspapier DGP, S. 91 f.: Dabei zeigt sich […] kein erhöhtes Risiko für die Entwicklung eines Asthmas [39], sondern vielmehr ein bronchodilatatorischer Effekt sowohl bei Asthmatikern als auch bei Lungengesunden [61], was jedoch nicht von allen Autoren bestätigt wird [62]. Translationale Studien konnten belegen, dass dieser Effekt wahrscheinlich durch die Aktivierung bestimmter Rezeptoren durch Cannabinoide vermittelt wird, was eine Inhibition der Kontraktion der glatten Atemwegsmuskulatur bewirkt [63]. Anekdotisch wurde wohl Cannabisrauchen bereits im 19. Jahrhundert zur Therapie des Asthmas empfohlen [64]. Allerdings mehren sich in den letzten Jahren Berichte über allergische Reaktionen gegenüber Cannabis einschließlich Asthma [65–67].

68 Cannabis, Positionspapier DGP, S. 94, Tab. 3. Aber S.94: […] prospektive, randomisierte, Placebo-kontrollierte doppeltblinde Studien [zur Untermauerung der Effekte] liegen aber kaum vor.

69 Stoffe, in Patzak, Volkmer, Fabricius, BtMG, 10. Auflage 2022, Rn. 668.

70 Cannabis, Positionspapier DGP, S. 93: […] die deutsche Suchthilfestatistik zeigt, dass Cannabis der häufigste Grund für eine erstmalige Drogenbehandlung ist und nach

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

die Studien von Petersen/Thomasius von 2007 und Kleiber/Kovar von 1997 ab.[71] Eine vom Bundesgesundheitsministerium in Auftrag gegebene Studie kommt 1998 ebenfalls zu einem den Zusammenhang ablehnenden Ergebnis.[72] Autoren wie Patzak, Marcus und Goldhausen leiten diesen Zusammenhang allerdings aus den zitierten US-amerikanischen Studien her.[73] Letztlich ist festzuhalten, dass sich aus der Sichtung der vorzufindenden Literatur und den dort zitierten Studien bis auf die Begünstigung von chronischer Bronchitis und einer vermuteten erhöhten Toxizität[74] von Cannabisrauch im Vergleich zu Tabakrauch keine weiteren wissenschaftlichen Aussagen über die Gefährlichkeit von Cannabis ableiten lassen und sowohl in die eine als auch die andere Richtung erheblicher Interpretationsspielraum je nach Präferenz der Leserschaft verbleibt. Erkenntnisse, die die eine Seite als Beleg für gewisse Auswirkungen des Konsums oder für den Konsum an sich heranziehen, werden von anderer Seite als Begleiterscheinungen anderer körperlicher oder sozialer Ursachen interpretiert. Zurückzuführen ist das auf die oftmals nicht zu beweisende ausschließliche Kasuistik. Die Frage nach Ursache und Wirkung von psychischen und physischen Beeinträchtigungen kann wissenschaftlich nicht abschließend beantwortet werden, weshalb die Frage nach der Legalisierung des Umgangs mit Cannabis

Alkohol der zweithäufigste Anlass für eine wiederholte Suchttherapie [87] Aber auch: Verschiedene Studien belegen einen Zusammenhang zwischen frühem, regelmäßigem Cannabisgebrauch und einem weiterführenden Konsum von anderen illegalen Drogen oder Alkohol. Dass Cannabis als Zugangssubstanz für den Gebrauch weiterer Substanzen fungiert („Gateway-Hypothese") ist jedoch empirisch nicht belegt.

71 *Krumdiek*, NStZ 2008, 437, 441; aus Kleiber/Kovar, Auswirkungen des Cannabiskonsums, 1997 Wissenschaftliche Verlagsgesellschaft mbH, Stuttgart: Was die Auswirkungen von Cannabis auf die psychische Gesundheit anbelangt, muss aufgrund der vorliegenden Ergebnisse die Annahme, dass der Konsum von Cannabis eine Verschlechterung der psychischen Gesundheit nach sich zieht, zurückgewiesen werden. Bezüglich des Abhängigkeitspotenzials der Droge fassen wir zusammen: Der Konsum von Cannabis führt keineswegs zwangsläufig zu einer psychischen Abhängigkeit, es kann jedoch zu einer Abhängigkeitsentwicklung kommen. Eine solche Abhängigkeit vom Cannabistyp kann jedoch nicht primär aus den pharmakologischen Wirkungen der Droge, sondern vielmehr aus vorab bestehenden psychischen Stimmungen und Problemen erklärt werden. Die Abhängigkeit von Cannabis sollte als Symptom solcher Probleme gesehen werden.

72 *Kleiber/Soellner*, Cannabiskonsum, Entwicklungstendenzen, Konsummuster und Risiken, 1998, Juventa-Verlag, Weinheim.

73 *Patzak, Marcus, Goldhausen*, NStZ 2006, 259, 266.

74 Cannabisrauch wäre karzigoner als Tabakrauch – so der Deutsche Städtetag in seiner Stellungnahme zur öffentlichen Anhörung am 21. Juni 2021 zum Antrag der FDP-Bundestagsfraktion.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

nicht auf objektive Erkenntnisse gestützt werden kann, genauso wenig wie eine zukünftige Strafbarkeit im Rahmen des BtMG allein aus medizinischer Sicht zu erklären wäre, sondern vielmehr aus traditioneller und kultureller Natur zu verstehen ist. Damit bleibt es bei einer politischen Entscheidung.

Der Autor gibt weiter zu bedenken, dass gerade die Illegalität der Droge den Konsum in einem Umfeld begünstigt, der durch negative Begleitumstände der Gesundheit der Konsumenten nicht zuträglich ist. Das Prädikat „Einstiegsdroge" kann Cannabis auch deshalb vermeintlich zugeschrieben werden, weil aufgrund der bisherigen Strafbarkeit mit dem Konsum und der damit notwendigerweise zuvor stattgefundenen Beschaffung der Weg in die Illegalität bereits beschritten wurde und die Hemmschwelle für die Beschaffung anderer Drogen nunmehr geringer ist. Hinzukommt, dass zur Verfügung stehende Substanzen häufig mit Schimmelpilzen[75] und anderen pathogenen gram-negativen Keimen kontaminiert sind[76] und keine Kontrolle des Anbaus und der Ernte erfolgt, weshalb die erhöhte Toxizität von Cannabisrauch auch auf andere im Rauch enthaltene Elemente zurückzuführen sein kann.[77] Eine Legalisierung könnte zudem mit einer umfassenden Forschungstätigkeit verbunden werden, wie sie bei Alkohol und Tabak existiert, und aussagekräftige wissenschaftliche Ergebnisse liefern. Die ebenfalls mit sich erhöhenden THC-Anteilen erklärte steigende Gefährlichkeit von Cannabisprodukten kann durch eine Reglementierung des Anbaus und Festsetzen von Grenzwerten unter staatlicher Kontrolle begegnet werden.

II. Inverkehrbringen von Cannabisprodukten aus betäubungsmittelrechtlicher Sicht nach aktueller Gesetzeslage

Auch ohne eine umfassende Legalisierung existiert bereits ein (legaler) Markt für Cannabis-Produkte. Die dafür verantwortliche Ausnahme zur Betäubungsmitteleigenschaft von Cannabis in Anlage I b) wird dabei überwiegend restriktiv ausgelegt, was bedeutet, dass der „gewerbliche Zweck" beim Verkäufer und auch beim Endabnehmer vorliegen müsse, wie es in

75 Aspergillus fumigatus.
76 Cannabis, Positionspapier der DGP, S. 91.
77 Etwas gegenteiliges wird in der gesichteten Literatur jedenfalls nicht erwähnt.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

zahlreichen Revisionen durch Oberlandesgerichte bestätigt wurde.[78] Die Ausnahme diene nicht dazu, Konsumzwecke zu ermöglichen, weshalb ein zulässiger „gewerblicher Zweck" lediglich bei der Verarbeitung zu einem unbedenklichen Produkt, wie z. B. Papier, Seide oder Textilien vorliegt.[79] Die Ausnahmeregelung verfolgt das Ziel, das Marktpotential der Cannabispflanze (als Nutzhanf) im industriellen und energetischen Bereich zu erschließen.[80]

Neuerdings nimmt der BGH von dieser restriktiven Haltung allerdings mit der Begründung Abstand, dass der Wortlaut in Anlage I einer solchen Interpretation keinen Raum gäbe.[81] Durch die Änderungen der Siebten Betäubungsmittelrechts-Änderungsverordnung wurde neben dem „gewerblichen Zweck" die Formulierung „die einen Missbrauch zu Rauschzwecken ausschließen" ergänzt, woraus der BGH liest, dass ein gewerblicher Zweck beim Endabnehmer nicht mehr vorliegen müsse, weil sonst der genannte Textzusatz überflüssig wäre, wenn ein gewerblicher Zweck auch beim Endabnehmer gegeben sein müsste und somit ein Konsum von vornherein sowieso auch ohne den Textzusatz immer ausgeschlossen wäre.[82] Die enge Auslegung verkenne, dass mit dem Ausschluss jeder Art nichtgewerblichen Konsums für den erlaubten Verkehr mit cannabishaltigen Produkten kaum Anwendungsbereiche verblieben, und vereitele damit den vom Verordnungsgeber verfolgten Zweck, eine umfassende wirtschaftliche Verwertung der Hanfpflanze zu ermöglichen.[83]

Dagegen steht allerdings klar in der Beschlussvorlage der Siebten Betäubungsmittelrechts-Änderungsverordnung, dass „[…] durch das Wort „ausschließlich" verdeutlicht werden soll, dass die persönliche Verwendung der Pflanzen und Pflanzteile, insbesondere zu Rauschzwecken, verboten bleibt

78 OLG Hamm, Urt. v. 21. 06. 2016 – 4 RVs 51/16, vgl. auch OLG Zweibrücken, Urt. v. 25. 05. 2010 – 1 Ss 13/10; OLG München, Urt. v. 25. 09. 2002 – 4 St RR 80/2002, NStZ 2003, 270, 271.

79 *Köbler*, PharmR 2021, 325, 327; BayObLG, Urteil vom 25. 9. 2002 - 4 St RR 80/2002 – NStZ 2003, 270.

80 BR-Drs. 899/95, S. 3, Begründung.

81 BGH, Urt. v. 24.3.2021 – 6 StR 240/20 (LG Braunschweig) - NStZ 2021, 549, Rn. 16 – Hanftee.

82 BGH, Urt. v. 24.3.2021 – 6 StR 240/20 (LG Braunschweig) - NStZ 2021, 550, Rn. 19 – Hanftee.

83 BGH, Urt. v. 24.3.2021 – 6 StR 240/20 (LG Braunschweig) - NStZ 2021, 551, Rn. 20 – Hanftee.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

[…] " und damit nicht in die Hände privater Nutzer gelangen soll."[84] Diesem Zweck folgt der BGH erkennbar nicht, kommt aber in der gegenständlichen Entscheidung trotzdem zu einer strafbewährten Betäubungsmitteleigenschaft des Hanf-Tees, da nicht ausgeschlossen werden kann, dass dieser in anderer Verwendung, wie der Untermischung in Brownies, berauschende Wirkung haben könne, was die Angeklagten in fahrlässiger Weise nicht erkannt hätten.[85]

Der BGH lässt erkennen, dass er mit seinem Urteil den gesellschaftlichen Prozessen und Dynamiken, die sich für eine Legalisierung des Verkehrs mit Cannabis aussprechen, entgegenkommt. Die angestrebte weite Auslegung der aktuellen Gesetzeslage erscheint dafür jedoch wenig zielführend, schafft sie doch Rechtsunsicherheit. Nicht zu erkennen ist, wann „Rauschzwecke" bei Cannabinoid-haltigen Lebensmitteln tatsächlich ausgeschlossen sein können, zumal diese Produkte sicher keinen Absatzmarkt fänden, wenn sie wirkungslos wären. Die Frage, ob eine bspw. beruhigende Wirkung eines Hanf-Tees schon als „Rausch" bezeichnet werden kann, mag der Autor nicht zu beantworten. Der Gesetzgeber hat allerdings klar zu erkennen gegeben, dass „Rauchzwecke ausgeschlossen" sein sollen, weshalb jede Verwässerung dieses Zwecks nicht der damaligen Intensionen entsprechen wird.

Diskutiert wird in diesem Zusammenhang die Frage, ob es im Sinne des „Ultima Ratio"-Gedankens des Strafrechts dann auch geboten sein müsste, zu ermitteln, ab welchem THC-Gehalt ein Produkt wissenschaftlich hinreichend gesichert dazu geeignet ist, missbräuchlich zu Rauschzwecken eingesetzt zu werden.[86] Anhaltspunkte dafür könnten die Grenzwerte des Bundesinstituts für gesundheitlichen Verbraucherschutz und Veterinärmedizin (BgVV) – jetzt Bundesinstitut für Risikobewertung (BfR) sein, die das Bundesinstitut für Arzneimittel und Medizinprodukte (BfArM) für die gesundheitliche Beurteilung der Verkehrsfähigkeit von THC-haltigen Le-

84 BR-Drs. 899/95, Anlage, S. 2; so auch *Patzak und Keuth*, NStZ 2021, 552 f.: Dies entspricht auch den Vorgaben des dem BtMG zugrunde liegenden Einheits-Übereinkommens der Vereinten Nationen über Suchtstoffe von 1961 ua in Art. 28 Abs. 3, wo es heißt, dass die Vertragsparteien die erforderlichen Maßnahmen zu treffen haben, um den unerlaubten Verkehr mit den Blättern der Cannabispflanze zu verhindern.

85 BGH NStZ 2021, 552, Rn. 25.

86 *Lachenmeier/Walch*, LMuR 2020, 379, 382 mit Lösungsansätzen für THC-Grenzwerte.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

bensmitteln heranzieht.[87] Das BfArM leitet aus dem „gewerblichen Zweck" ab, dass Zubereitungen mit verarbeitetem Nutzhanf, nicht jedoch Produkte aus unbearbeiteten oder lediglich bearbeiteten (zerkleinerten oder getrockneten) Pflanzenteilen, verkehrsfähig sind, sofern sie nicht zu Rauchzwecken geeignet sind, sprich im Rahmen der Grenzwerte liegen.[88]

Diese Grenzwerte sind allerdings nicht rechtsverbindlich in Bezug auf die Betäubungsmitteleigenschaft[89] und wären auch gar nicht vonnöten, wenn man unabhängig vom tatsächlichen THC-Gehalt eines Cannabisprodukts aus nach Anlage I Ausnahme b) angebauten Pflanzen – egal ob als Extrakt verarbeitet oder nicht – weiterhin auf die fehlende gewerbliche Nutzung des Endverbrauchers abstellt und somit zur Betäubungsmitteleigenschaft der Produkte gelangt. Freilich steht Gerichten diese Entscheidung mit der aktuellen Gesetzeslage weiterhin frei.

Aufgrund der pragmatischen Handhabung von Lebensmittelbehörden[90] konnte sich jedoch bereits eine breite Produktpalette für Konsumenten etablieren, die von Cannabis-Öl oder E-Zigaretten-Zusätzen über Müsli-Beimischungen bis zu Hanf-Tees reicht.[91] Allen Produkten ist gemein, dass sie aus einem verifizierten Anbau[92] i.S. der Ausnahme b) in Anlage I stammen und einen geringen THC-Gehalt und einen hohen Anteil an Cannabidiol

87 *Köbler*, PharmR 2021, 325, 331: Dabei ist nicht Prüfungsgegenstand die Betäubungsmittel-Eigenschaft, sondern ob es sich nach Art. 14 EU-Lebensmittel-VO um ein „sicheres" Lebensmittel handelt. *Köbler*, PharmR 2021, 325, 326; Grenzwerte abzurufen unter: https://www.bfr.bund.de/de/presseinformation/2000/07/bgvv_empfiehlt_richtwerte_fuer_thc__tetrahydrocannabinol__in_hanfhaltigen_lebensmitteln-884.html.

88 Damit sind nach Auffassung des BfArM Produkte wie Tee, Tabakersatz oder Duftkissen aus lediglich getrockneten und zerkleinerten Nutzhanfpflanzen Betäubungsmittel, Produkte mit Cannabisextrakten allerdings nicht. Abzurufen unter: https://www.bfarm.de/DE/Bundesopiumstelle/_FAQ/Cannabis/faq-liste.html?cms_fid=566334.

89 *Köbler*, PharmR 2021, 325, 331.

90 Es handelt sich dabei nicht um die Frage nach der Qualität des Produkts als Betäubungsmittel, sondern um ein Inverkehrbringen als Lebensmittel (*Köbler*, PharmR 2021, 325, 331.: Ist die Arzneimitteleigenschaft [Medizinalhanf Ausnahme aus Anlage III] ausgeschlossen, handelt es sich bei verzehrbaren Produkten in den überwiegenden Fällen um Lebensmittel nach § 2 Abs. 2 LFGB i. V. m. Art. 2 der Lebensmittel-VO. Auch Nahrungsergänzungsmittel gehören nach § 1 Abs. 1 NEMV zu den Lebensmitteln. Sofern die Produkte zum Verzehr geeignet und bestimmt sind und keine medizinischen Wirkweisen erreichen bzw. bezwecken sollen, liegt die Einstufung als Lebensmittel nahe.), was grundsätzlich keiner Zulassung bedarf, aber unter Beachtung bestimmter rechtlicher Anforderungen wie der Novel-Food-Richtlinie zu erfolgen hat.

91 *Lachenmeier/Walch*, LMuR 2020, 379, 381.

92 zumeist aus der Hanfsorte Cannabis sativa.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

und Cannabinoid (CBD) enthalten. CBD werden nicht als Substanzen in den Anlagen des BtMG aufgeführt und gleichen die Wirkungen des THC aus. CBD verfügen über keine psychoaktiven Wirkungen.[93] Im Ergebnis werden aber viele solcher zuvor lebensmittelrechtlich in Verkehr gebrachten, als „CBD-Lebensmittel" bezeichneten, Produkte in gerichtlichen Entscheidungen nachträglich als Betäubungsmittel eingestuft und sind damit nicht verkehrsfähig.[94] Zukünftig könnte sich auch hier eine liberalere Handhabung etablieren, nach dem Cannabidiol-Öl die Suchtmitteleigenschaft nach dem Einheitsübereinkommen von 1962 abgesprochen wurde und somit auch eine Einstufung als Betäubungsmittel nicht zu erwarten ist,[95] was aber freilich wiederum nicht für Produkte gilt, die neben Cannabidiol weitere Substanzen wie THC enthalten. Diese Entwicklung erzeugt für Produzenten und Gewerbetreibende erhebliche Rechtsunsicherheiten und ist mit dem bewussten Entstehen eines Graubereichs verbunden. Dass es trotz dieser Unsicherheiten viele Produkte gibt und diese regen Absatz finden, lässt auf eine hohe Wirtschaftlichkeit und einen ungenutzten Markt schließen.

Die Angeklagten in solchen betäubungsmittelrechtlichen Fallgestaltungen versuchen sich zumeist mittels eines unvermeidbaren Verbotsirrtums - also einem Rechtsirrtum über das Verkennen von strafbewährten Normen[96] – nach § 17 StGB vor einer Strafbarkeit zu schützen. Ohne fehlendes Unrechtsbewusstsein kann dem Angeklagten keine Schuld vorgeworfen werden und letztlich keine Bestrafung stattfinden.[97] Vermeidbar i.S. von § 17 S. 2 StGB ist ein Verbotsirrtum, wenn dem Täter mittels Ge-

93 *Köbler, PharmR* 2021, 325; CBD, was aus der Cannabispflanze gewonnen wird, wird im Rahmen des Europäischen Einheitsübereinkommens von 1962, das die Grundlage für das deutsche BtMG ist, nicht als Suchtstoff klassifiziert; EuGH, Urt. v. 19. 11. 2020 – C-663/18 - LMuR 2021, 21, 24 – Rn. 70, 72, 75, 76.

94 *Dettling/Jacobus* PharmR 2021, 418, 422; Lachenmeier/Walch, LMuR 2020, 379, 382, Tab. 1: LG Braunschweig 28. 1. 2020 – 4 KLs 5/19 (Hanftee); OLG Hamm 21. 6. 2016 – 4 RVs 51/16 (Industriehanf als Duftkissen); OLG Zweibrücken 25.5.2010 – 1 Ss13/10 (Duftkissen mit Hanfblüten); OLG Nürnberg 17. 1. 2006 – 2 St OLG Ss 243/05 (Hanftee in verschiedenen Geschmacksrichtungen); AG Horb 13. 4. 2004 – 2 Ds 13 Js 14362/02 (Teemischungen); BayObLGH 25. 9. 2002 – 4 St RR 80/02 (Knasterhanf als Tabakersatz); BayObLGH 21. 2. 2002 – 4 St RR 7/2002 (Hanftee-Aufgussbeutel); AG Obernburg 27. 3. 1998 – 112 Js 12 019/96 (Faserhanf als Pflanzenmaterial); LG Ravensburg 15. 9. 1997 – 4 Ns 161/97 (Hanftopfpflanzen der Sorte Futura).

95 EuGH, Urt. v. 19. 11. 2020 – C-663/18- LMuR 2021, 21 ff.

96 BeckOK StGB/*Heuchemer* StGB § 17 Rn. 5.

97 MüKoStGB/*Joecks/Kulhanek* StGB § 17 Rn. 2.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

wissensanspannung zum Zeitpunkt der Tathandlung sein Vorhaben unter Berücksichtigung seiner Fähigkeiten und Kenntnisse hätte Anlass geben müssen, über dessen mögliche Rechtswidrigkeit nachzudenken oder sich zu erkundigen und er auf diesem Wege zur Unrechtseinsicht gekommen wäre.[98] Der Tatverdächtige muss sich bemühen existierende Zweifel an der Rechtmäßigkeit seines Handelns zu klären, ihn trifft eine Erkundigungspflicht.[99] Gleichwohl darf das Risiko einer unklaren Rechtslage, wenn sie durch den Gesetzgeber geschaffen worden ist, nicht einseitig dem Normadressaten aufgebürdet werden.[100]

So werden erstinstanzlich zumeist unvermeidbare Verbotsirrtümer aufgrund heterogener Rechtsprechung und Literaturmeinungen in Hinblick auf das kumulative Vorliegen der Voraussetzungen in Anlage I Ausnahme b) zu gewerblichen Zwecken bei dem Endverbraucher, die einen Missbrauch zu Rauschzwecken ausschließen, angenommen, die aber einer Revision nicht standhalten, weil die Angeklagten sich bewusst im „Dunstkreis des Betäubungsmittelhandels" bewegten und in Hinblick auf ihr Tun somit gesteigerten Erkundigungspflichten unterliegen, denen sie nicht genügen.[101] Ein Verbotsirrtum wäre nur dann nicht vermeidbar, wenn der Angeklagte alle seine geistigen Erkenntniskräfte eingesetzt und etwa aufkommende Zweifel durch Nachdenken oder erforderlichenfalls durch Einholung verlässlichen und sachkundigen Rechtsrats beseitigt hat. [102] Durch die Kurs-

98 *Fischer*, StGB, § 17 StGB, Rn. 7; BGHSt 2, 194, 201.

99 *Fischer*, StGB, § 17 StGB, Rn. 9.

100 OLG Stuttgart NJW 2006, 2422.

101 So genügt es nicht, wenn der Produzent von Räuchermischungen, die Verkehrsfähigkeit zusichert (OLG Zweibrücken Urteil vom 25.05.2010 - 1 Ss 13/10) oder wenn zwar Rechtsrat bei einer Behörde eingeholt wird, eine Antwort aber nicht abgewartet wird (LG Hamm (4. Strafsenat), Urteil vom 21.06.2016 - 4 RVs 51/16, Rn. 37.).

102 BGH, Beschluss vom 27. 1. 1966 - KRB 2/65 (KG) – BGHSt 21, 18, 20 - NJW 1966, 842;
OLG Zweibrücken, Urteil vom 25.05.2010 - 1 Ss 13/10 - BeckRS 2010, 13810, II, 3: Eine Auskunft ist in diesem Sinne nur dann verlässlich, wenn sie objektiv sorgfältig, verantwortungsbewusst und insbesondere nach pflichtgemäßer Prüfung der Sach– und Rechtslage erteilt worden ist (vgl. Vogel in LK 12. Aufl. § 17 Rdnrn. 78, 85). Bei einer Auskunftsperson ist dies der Fall, wenn sie Gewähr für eine diesen Anforderungen entsprechende Auskunftserteilung bietet (vgl. BGHSt 40, 257, 264). Der Täter darf dabei auch nicht vorschnell auf die Richtigkeit eines ihm günstigen Standpunkts vertrauen und die Augen nicht vor gegenteiligen Ansichten und Entscheidungen verschließen. Dabei kommt es jeweils auf die konkreten Umstände, sowie auf die Verhältnisse und die Persönlichkeit des Täters an (vgl. Fischer StGB 57. Aufl. § 17 Rdnr. 8). Auskünfte, die lediglich eine „Feigenblattfunktion" erfüllen sollen, können den Täter ebenfalls nicht entlasten (vgl. BGH NStZ 2000, 307, 309).

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

korrektur des BGH[103] wird es auf einen unvermeidbaren Verbotsirrtum in Zukunft weniger ankommen, sollte er dabei bleiben, dass eine Gewerblichkeit beim Endverbraucher nicht mehr verlangt wird. Möglich bleibt allerdings die Berufung auf einen unvermeidbaren Verbotsirrtum in Hinblick auf das Merkmal „zu Rauchzwecken ausgeschlossen", dass im Einzelfall betrachtet werden muss und pauschale, rechtssichernde Aussagen nicht zulässt.

Eine Neuregelung der Verkehrsfähigkeit von cannabishaltigen Produkten ist also auch aufgrund der gezeigten Rechtsunsicherheiten und des geschaffenen Graubereichs mit existierendem Absatzmarkt für schwach wirkende Produkte dringend geboten.

III. Antrag der FDP-Bundestagsfraktion BDrs. 19/27807

In der 19. Legislaturperiode stellten Abgeordnete der FDP-Bundestagsfraktion einen Antrag unter dem Titel „Cannabis zu Genusszwecken kontrolliert an Erwachsene abgeben – Gesundheits- und Jugendschutz stärken" mit dem die Bundesregierung aufgefordert wurde, einen entsprechenden Gesetzesentwurf zu erarbeiten.[104] Die FDP stützt ihren Vorschlag auf eine Auswertung des wissenschaftlichen Dienstes, wonach nach Liberalisierungen in verschiedenen Ländern festgestellt wurde, dass die zuvor repressive Drogenpolitik wenig, bis keinen Einfluss auf das Konsumverhalten hatte.[105] Der Gesetzesentwurf soll sich an neun Parametern orientieren. „Genusscannabis" – als neue Klassifizierung im Vergleich zu Medizinalhanf und Nutzhanf – soll für Erwachsene nur in Apotheken und lizensierten Geschäften verkäuflich sein, um fachlich geschultes Personal zu gewährleisten und den Jugendschutz kontrollieren zu können; der THC-Gehalt und weitere Inhaltsstoffe werden für Produkte auf wissenschaftlicher Basis festgesetzt und Light-Produkte oder Produkte mit Geschmacksrichtungen bleiben verboten, um Gesundheitsgefahren, die auf dem Schwarzmarkt durch steigende THC-Gehalte, synthetische Cannabinoide oder Verunreinigungen durch den Anbau existieren, zu minimieren;[106] eine maximale Cannabisbesitzmenge wird bei 15 g festgesetzt, um i.S. des Kinder- und Jugendschutzes die Gefahr zu minimieren, dass Cannabis nicht nur für

103 Siehe oben.
104 BT-Drs. 19/27807.
105 Wissenschaftlicher Dienst WD 9 – 3000 – 072/19.
106 So auch Stellungnahme des Deutschen Städtetags, S. 2.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

den Eigenverbrauch beschafft, sondern auch weitergegeben wird; eine Besteuerung soll erfolgen, die 10 Euro pro 100 mg enthaltenem THC entspricht, um staatliche Einnahmen von jährlich ca. 1 Milliarde Euro zu generieren, diese dem Schwarzmarkt zu entziehen und Investitionen in den Jugendschutz zu intensivieren; ein Anbau von „Genusscannabis" und gentechnisch veränderter Pflanzen soll in speziell gesicherten Gewächshäusern zugelassen werden; für synthetische Cannabis-Produkte sollen die gleichen Regelungen wie für pflanzliche Produkte gelten, um Regelungslücken, wie es sie bei synthetischen Nikotin-Zusätzen bei E-Zigaretten gab, zu vermeiden; durch die Steuereinnahmen soll die Präventionsarbeit verbessert werden, deren Zielvorgaben und Umsetzung regelmäßig evaluiert wird; freiwerdende Ressourcen bei den Strafverfolgungsbehörden sollen für einen stärkeren Fokus auf die Bekämpfung von organisierter Drogen-Kriminalität eingesetzt werden und die Bundesregierung soll jährlich zum 31. März einen Drogen- und Suchtbericht erstellen, um den Drogen- und Suchtmittelkonsum, die Evaluationsergebnisse und die finanzierten Präventionsprojekte wissenschaftlich zu begleiten.

In der 177. Sitzung des Ausschusses für Gesundheit am 21. Juni 2021 war der Antrag auf der Tagesordnung und wurde von den Sachverständigen weitestgehend unterstützt.[107] Es wird ebenfalls ein Verbot von essbaren Fertigprodukten mit psychoaktivem Cannabis („edibles") empfohlen, um ein Umgehen des Werbeverbots und eine Ausweitung von Zielgruppen zu vermeiden, genauso wie ein komplettes Werbeverbot, was sämtliche Formen der Verkaufsförderung abdeckt, einschließlich des Verpackungsdesigns, des Sponsorings, der Produktplatzierung, Rabattaktionen, Platzierung an Verkaufspunkten. [108] Vorgeschlagen wird weiter eine Verknüpfung

107 Protokoll der 177. Sitzung des Ausschusses für Gesundheit, abzurufen unter: https://www.bundestag.de/resource/blob/847748/2303e58bb13d59a641a329b321ddaaf2/177_21-06-2021_Tagesordnung_Cannabis-data.pdf. Für eine Legalisierung: Deutsche Hauptstelle für Suchtfragen e.V.; Deutscher Städtetag, jedoch auch mit gegen die Legalisierung sprechenden Argumenten ohne ein einheitliches Meinungsbild; Stellungnahme Prof. Haucap der Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät der Heinrich Heine Universität Düsseldorf; Stellungnahme *Prof. Stöver* des Instituts für Suchtforschung Frankfurt a.M. (ISFF): „Eine Regulierung durch eine offizielle Abgabe von Cannabis ist alternativlos."; Stellungnahme *Prof. Hermann* Universität Heidelberg: „Das Verbot von Cannabis erhöht die gesundheitlichen Risiken von Cannabiskonsum"; Stellungnahme des Deutschen Hanfverbands.

108 Stellungnahme der Deutsche Hauptstelle für Suchtfragen e.V., S. 2.; Forderung nach Regelung eines Werbeverbots, ohne einen Inhalt zu benennen: Stellungnahme Prof. Stöver ISFF, S. 5.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

der zulässigen Cannabis-Menge an den THC-Gehalt und eine Möglichkeit, Cannabis zum Eigenbedarf selbst anzubauen.[109] Die Ausgabe in lizensierten Geschäften sollte restriktiv gehandhabt werden, damit nicht jede Tankstelle und andere Geschäfte durch spezifisch geschultes Personal die Möglichkeit erhalten, Cannabis-Produkte zu verkaufen, gleichwohl wird die Ausgabe in Apotheken nicht empfohlen, da es sich um ein Genussmittel wie Alkohol und Tabak handele und eine Apotheke ausschließlich medizinischen Zwecken entsprechen sollte.[110] Auch wird eine Regelung vermisst, wie mit Importen von „Genusscannabis" umzugehen ist.[111]

Die vorgeschlagene Steuer von 10 Euro pro 100 mg THC wird als zu hoch angesehen.[112] Es soll eine Gratwanderung gemeistert werden, um einerseits die Konsummenge über die Preisgestaltung zu verringern[113] und andererseits nicht prohibitiv zu wirken sondern den legalen Markt für Konsumenten lukrativer als den Schwarzmarkt zu gestalten.[114] Vorgeschlagen wird eine Steuer von 2,00 Euro pro Gramm Cannabis bzw. *Haschisch* plus 1,50 Euro pro 100 mg THC[115], der sich die FDP-Fraktion mit einer Änderung ihres Antrags annäherte und eine Steuer von 1,00 Euro pro Gramm Genusscannabis und 1,50 Euro pro 100 mg THC festsetze.[116] Es wird ein Interessenkonflikt zwischen dem privatwirtschaftlichen Interesse an einer Erhöhung der Konsumentenzahl und dem gesundheitspolitischen Interesse an der Verringerung der Konsumentenzahl gesehen, den eine Legalisierung abbilden sollte.[117]

109 Stellungnahme *Prof. Stöver* ISFF, S. 4; Stellungnahme *Prof. Haucap* der Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät der Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf; S. 3, Punkt 11 ii; Stellungnahme des Deutschen Hanfverbands, S. 5.

110 Stellungnahme des Deutschen Hanfverbands, S. 2.

111 Stellungnahme des Deutschen Hanfverbands, S. 5.

112 Stellungnahme *Prof. Haucap* der Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät der Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf; S. 2; Stellungnahme des Deutschen Hanfverbands, S. 4.

113 Stellungnahme *Prof. Haucap* der Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät der Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf; S. 2.

114 Stellungnahme der Deutsche Hauptstelle für Suchtfragen e.V., S. 2; Stellungnahme *Prof. Hermann* Universität Heidelberg, S. 10.

115 Stellungnahme *Prof. Hauc*ap der Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät der Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf; S. 4, Punkt 10.

116 Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Gesundheit (14. Ausschuss), Drs. 19/31067, S. 5.

117 Stellungnahme der Deutsche Hauptstelle für Suchtfragen e.V., S. 3.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

Vorgeschlagen wird weiter ein Verbot von synthetischem THC[118] und die Möglichkeit Sondergenehmigungen zu Studienzwecken über das BfArM zu erteilen. Die Verwendung als Medikament muss den Zulassungsbedingungen für Arzneimittel nach dem AMG und der EMA unterliegen.[119] Der deutsche Hanfverband hält eine THC-Obergrenze nicht für zielführend, genauso wenig wie ein Verbot von „Light"-Produkten, seien das doch solche sich bereits jetzt im Umlauf befindliche Produkte aus verifiziertem Nutzhanf (der Ausnahme b) in Anlage I) mit einem niedrigen THC-Gehalt, oder eine Besitz-Obergrenze, die kein Schutz für Kinder und Jugendliche bedeute.[120]

Neben den im Antrag genannten „Projekten" im Kinder- und Jugendschutz wird eine nachhaltige und verlässliche Finanzierung der Strukturen der Suchtprävention, Suchthilfe und Sucht-Selbsthilfe verlangt, insbesondere durch Ausgestaltung der „Suchtberatung" als kommunale Pflichtaufgabe, um eine unsichere Finanzierungslage zu vermeiden.[121] Auch wird eine Evaluierung des Gesetzes und seiner Auswirkungen selbst vorgeschlagen und nicht nur der „Projekte" zur Prävention.[122]

Der Antrag wurde mit Stimmen der Fraktionen der CDU/CSU, SPD und AfD gegen die Stimmen der Fraktionen FDP und BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN bei Stimmenthaltung der Fraktion DIE LINKE abgelehnt.[123]

118 Stellungnahme des Deutschen Hanfverbands, S. 3.
119 Stellungnahme der Deutsche Hauptstelle für Suchtfragen e.V., S. 3.
120 Stellungnahme deutschen Hanfverbands, S. 3.
121 Stellungnahme der Deutsche Hauptstelle für Suchtfragen e.V., S. 4, weiterhin werden handlungsleitende Ziele der Suchtpolitik vorgeschlagen: Die DHS schlägt vor, zunächst die folgenden handlungsleitenden Ziele der Suchtpolitik festzulegen und neue politische Maßnahmen grundsätzlich an diesen Zielen auszurichten: 1. Weniger Menschen konsumieren Suchtmittel. Alle Menschen, die nicht konsumieren, werden in ihrer Entscheidung bestärkt, keine Suchtmittel zu sich zu nehmen. 2. Menschen, die Suchtmittel konsumieren, beginnen den Konsum möglichst spät, weisen möglichst risikoarme Konsummuster auf und konsumieren nur in Situationen und unter Bedingungen, in denen Risiken nicht zusätzlich erhöht werden. 3. Konsumierende, deren Suchtmittelkonsum zu Problemen führt, erhalten möglichst früh effektive Hilfen zur Reduzierung der mit dem Konsum verbundenen Risiken und Schäden. 4. Konsumierende, die ihren Konsum reduzieren oder beenden möchten, erhalten uneingeschränkten Zugang zu Beratung, Behandlung und Rehabilitation nach den jeweils aktuellen wissenschaftlichen Standards.
122 Stellungnahme der Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät der Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf; S. 4, Punkt. 1Iiv.
123 Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Gesundheit, Drs. 19/31067.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

IV. Antrag der LINKE-Bundestagsfraktion Drs. 20/2579

Konkreter wird die DIE LINKE-Bundestagsfraktion mit einem „Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Betäubungsmittelgesetzes – Entkriminalisierung von Cannabis".[124] Der Gesetzesentwurf hat die Einführung eines § 29b BtMG-E zum Gegenstand, der einen erlaubten Erwerb und Besitz von 30 g Cannabis oder Cannabisharz regelt, § 29b Abs. 1 BtMG-E, sowie einen Eigenanbau von bis zu drei weiblichen Cannabispflanzen für den persönlichen oder gemeinschaftlichen Eigenbedarf im befriedeten Besitztum des oder der Anbauenden erlaubt, § 29b Abs. 2 BtMG – auch wenn die Gesamtmenge der Ernte 30 g übersteigt.[125] Anbau und Aufbewahrung müssen für Kinder und Jugendliche unzugänglich erfolgen, Abs. 3. Das Bundesgesundheitsministerium wird ermächtigt durch Rechtsverordnung nähere Anforderungen an das befriedete Besitztum festzulegen und weitere Vorgaben für den Anbau und die Aufbewahrung von Cannabis zu machen, Abs. 4. Der Entwurf enthält in Abs. 5 einen Ordnungswidrigkeitstatbestand, wonach mit bis zu 25.000 € geahndet werden kann, wer mehr als 30 g, aber höchstens 180 g Cannabis besitzt und mehr als drei weibliche Pflanzen, aber höchstens 18 aufbewahrt oder anbaut. Der Antrag hat eine sofortige Entkriminalisierung zum Ziel, die aufgrund von Differenzen innerhalb der Koalition und mit der Opposition sonst noch eine Zeit auf sich warten ließe.[126] Die LINKE versteht ihren Entwurf der Entkriminalisierung deshalb als Übergangslösung bis ein komplettes ausgearbeitetes Gesetz zur Legalisierung beschlossen werden kann.[127] Eine Ablehnung des Entwurfs ist wahrscheinlich.[128]

V. Entwurf Cannabiskontrollgesetz (CannKG-E) und weitere Entwicklungen

Die Bundesrechtsanwaltskammer spricht sich auch für eine Entkriminalisierung des Konsums und des Besitzes von Cannabis aus und hält den Entwurf eines Cannabiskontrollgesetzes der Fraktion Bündnis 90/DIE

124 Drs. 20/2579.
125 Drs. 20/2579, S. 6 – Besonderer Teil.
126 Drs. 20/2579, S. 5.
127 Rede von *Ater Gürpinar*, DIE LINKE, zu ersten Lesung, 8. Juli 2021; die SPD sieht darin einen unnötigen Bremsklotz, Dirk Heidenblut in der Aussprache.
128 Bisher fand am 8. Juli die erste Lesung des Gesetzesentwurfs im Deutschen Bundestag statt.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

GRÜNEN[129] aus dem Jahr 2015 für eine geeignete Diskussionsgrundlage mit der vorgeschlagenen Legalisierung ausschließlich für Volljährige, verbunden mit umfassendem Jugendschutz und intensiver staatlicher Kontrolle und Überwachung von Handel und Umgang.[130] Der in Rede stehende Entwurf eines Cannabiskontrollgesetzes (CannKG-E) umfasst 45 Paragraphen. Das Gesetz will Cannabis aus den strafrechtlichen Regelungen des BtMG herausnehmen[131] und einen kontrollierten legalen Markt schaffen, da erst in einem solchen das Verbot, Cannabis an Minderjährige zu verkaufen, wirksam überwacht werden kann; der Jugendschutz soll gestärkt und die Risiken möglichst stark reduziert werden.[132] Dafür muss die gesamte Handelskette für Cannabis zu Konsumzwecken (§ 3 CannKG-E)[133] nach § 2 CannKG-E reguliert werden.[134] Der Jugendschutz soll gewährleistet werden durch eine Altersgrenze bei 18 Jahren, durch den alleinigen Verkauf in Cannabisfachgeschäften,[135] Mindestabständen von solchen Cannabisfachgeschäften zu Schulen und Jugendeinrichtungen,[136] durch ein Werbeverbot[137] und mittels Zugangskontrollen mit Altersnachweis.[138] Im Fokus steht zudem der Verbraucher- und Gesundheitsschutz durch Angabe von Inhaltsstoffen, der Konzentration von Wirkstoffen, Warnhinweisen, Qualitätsstandards und der Bereitstellung umfangreicher Beipackzettel.[139]

129 Drs 18/4204.
130 Stellungnahme Nr. 57 September 2021, Bundesrechtsanwaltskammer, III, 4 c., S. 11.
131 Drs. 18/4204, S. 37 – Artikel 3 Änderung des Betäubungsmittelgesetzes.
132 Drs. 18/4204, S. 2, 40.
133 Cannabis zu Konsumzwecken ist alles, was nicht bereits als Nutzhanf unter die Ausnahmen in Anlage I oder unter Medizinalhanf in Anlage III fällt. Das Gesetz regelt zudem die Sicherung des Anbaus von Nutzhanf vor Missbrauch, § 2 Abs. 2 CannKG-E, in den §§ 36 ff. CannKG-E.
134 Drs. 18/4204; S. 42.
135 Geregelt in § 11 CannKG-E, insbesondere ist der Versandhandel an Privatpersonen nicht erlaubt, § 11 Abs. 2 CannKG-E.
136 Die Länder sollen Mindestabstände festlegen könne, § 21 Abs. 2 CannKG-E.
137 Werbeverbot in § 16 CannKG-E geregelt, mit Ausnahme der Veröffentlichung von Fachzeitschriften für Interessierte, die Cannabisfachgeschäfte betreiben.
138 Drs. 18/4204, S. 42.
139 Umfassend geregelt in §§ 9 ff. CannKG-E, insbesondere sollen auch Tabakmischungen verboten sein, § 10 Abs. 1 Nr. 3 CannKG-E.; Auflagen und Meldungen und Sicherungsmaßnahmen für Cannabisfachgeschäfte in §§ 13 ff. CannKG-E; Genehmigungspflichtige Tatbestände für den gewerblichen Umgang mit Cannabis in §§ 17 ff. CannKG-E; Anforderungen für den Betrieb eines Cannabisfachgeschäfts in §§ 22 ff. CannKG-E., Behördliche Überwachung nach §§ 31 ff. CannKG-E.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

Ein Grenzwert für Cannabis im Straßenverkehr[140] ist ebenso vorgesehen, wie eine Cannabissteuer als neue Verbrauchersteuer im Sinne der Abgabenordnung, der neben der Erzielung von Einnahmen Lenkungswirkung zukommen soll und die Zielsetzung des CannKG-E, insbesondere in Hinblick auf Jugendschutz und Suchtprävention unterstützt.[141] Die Steuer wird im Cannabissteuergesetz (CannStG-E) dargestellt und für *Marihuana* auf 4 €, für *Haschisch* auf 5 € und für extrahierte Öle auf 6 € je Gramm des Endprodukts festgesetzt, § 2 Abs. 1 CannStG-E. Damit wurde anders als im FDP-Antrag als Bezugsobjekt das Konsumprodukt und nicht der THC-Gehalt gewählt.

Das CannKG-E sieht wie der Entwurf der LINKE einen erlaubten Besitz von maximal 30 g Cannabis und den Eigenanbau von maximal drei weiblichen Pflanzen vor in § 5 Abs. 1 und Abs. 2 CannKG-E und lässt in Abs. 4 den Besitz oberhalb dieser Grenze nur im Rahmen von Ausnahmeregelungen des CannKG-E zu. Ebenso wird mit den Begriffen „befriedetes Besitztum" für den Eigenanbau gearbeitet (§ 3 Abs. 8 CannKG-E) deren nähere Ausgestaltung dem Bundesministerium für Gesundheit überlassen wird, § 5 Abs. 5 CannKG-E. Ein Umgang mit gentechnisch verändertem Hanf wird verboten, § 8 CannKG-E. Letztlich runden Strafvorschriften in § 42 CannKG-E und Bußgeldtatbestände in § 43 CannKG-E den Entwurf ab.[142] Nach § 45 CannKG-E soll das Gesetz nach 4 Jahren erstmalig evaluiert werden.

Der Gesetzesentwurf wurde unter den Vorzeichen der regierenden Großen Koalition aus CDU/CSU und SPD mit den Stimmen der Fraktionen der CDU/CSU und SPD gegen die Stimmen der Fraktionen DIE LINKE und BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN abgelehnt.[143] Es zeigt sich in den Stellungnahmen der Fraktionen der politische Richtungsstreit.[144]

---

140 DRs. 18/4204, S. 38 – Artikel 4 Änderung des Straßenverkehrsgesetzes: § 24a Abs. 1 S. 2 StVG-E: „Ordnungswidrig handelt auch, wer im Straßenverkehr ein Kraftfahrzeug führt, obwohl im Blutserum eine Konzentration von 5,0 ng/ml oder mehr aktives Delta-9-Tetrahydrocannabinol (aktives THC) gemessen wurde."

141 Drs. 18/4204 S.25 – Artikel 2 Cannabissteuergesetz (CannStG); Drs. 18/4204, S. 58.

142 Dabei ist das CannKG-E schärfer als der Entwurf der LINKE und ordnet bspw. den Besitz von mehr als 30g Cannabis oder die Aufbewahrung einer Jahresernte von mehr als drei weiblichen Pflanzen aufbewahrt oder dessen Anbau als Straftatbestand ein, § 2 Abs. 1 Nr. 2, 3 CannKG-E. Auch können wir Ordnungswidrigkeiten Bußgelder bis zu 100.000 € und höher verhängt werden, § 43 Abs. 2 CannKG-E.

143 Drs. 18/12476.

144 Drs. 18/12476; S. 3.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

VI. Fazit

Eine Bezugnahme der aktuellen Regierung auf den Gesetzesentwurf zum CannKG-E ist bisher noch nicht zu vernehmen. Der Koalitionsvertrag der Ampel-Regierung sieht pauschal vor, das Strafrecht auf Handhabbarkeit, Berechtigung und Wertungswidersprüche zu überprüfen und will dabei einen Fokus auf historisch überholte Straftatbestände, die Modernisierung des Strafrechts und eine schnelle Entlastung der Justiz legen.[145] Ebenso ist die Einführung einer kontrollierten Abgabe von Cannabis an Erwachsene zu Genusszwecken in lizenzierten Geschäften vereinbart.[146] Auf weitere Details haben sich die Koalitionäre nicht verständigt.

Zu beachten ist, dass eine Umgestaltung der völkerrechtlichen Verpflichtungen der Bundesrepublik bis Inkrafttreten einer Legalisierung stattfinden muss, da sowohl das Einheits- Übereinkommen vom 30. März 1961 als auch andere Verträge wie das Übereinkommen vom 21. Februar 1971 über psychotrope Stoffe oder das Übereinkommen der Vereinten Nationen vom 20. Dezember 1988 gegen den unerlaubten Verkehr mit Suchtstoffen und psychotropen Stoffen (Suchtstoffübereinkommen) einer Legalisierung entgegenstehen.[147] Vorgeschlagen wird hierfür ein temporärer Austritt (Kündigung) und ein erneuter Eintritt unter Vorbehalt für Cannabis.[148]

Viele Ideen und Vorschläge existieren, die für eine Gesetzesänderung – oder -neuregelung aufgegriffen werden können. Der Autor vermutet, dass dabei die genaue Ausgestaltung und Nuancen weniger tatsächliche Auswirkungen haben werden, sondern vielmehr politische Interessen der Fraktionen widerspiegeln, die es zu berücksichtigen gilt. Vor dem Hintergrund der Ausarbeitung eines Gesetzesentwurfes durch eine sich selbst als nachhaltig, sozial (Gerechtigkeit) und liberal (Freiheit) bezeichnende Koalition[149] wird sicher von Interesse sein, inwieweit Cannabis zu Genusszwecken als Wirtschaftsgut betrachtet wird und in welcher Intensität (Menge

145 Koalitionsvertrag 2021-2025: „Mehr Fortschritt wagen", S. 84.

146 Koalitionsvertrag 2021-2025: „Mehr Fortschritt wagen", S. 68: „[…] Dadurch wird die Qualität kontrolliert, die Weitergabe verunreinigter Substanzen verhindert und der Jugendschutz gewährleistet. Das Gesetz evaluieren wir nach vier Jahren auf gesellschaftliche Auswirkungen. Modelle zum Drugchecking und Maßnahmen der Schadensminderung ermöglichen und bauen wir aus."

147 Drs. 18/4204, S. 44 f.

148 Drs. 18/4204, S. 44 f.

149 Koalitionsvertrag: „Mehr Fortschritt wagen" – Bündnis für Freiheit, Gerechtigkeit und Nachhaltigkeit.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

des Besitzes zum Eigenverbrauch oder Eigenbau) auf die Eigenverantwortlichkeit gesetzt wird. Zu erwarten ist eine sehr weitreichende Legalisierung mit starkem Fokus auf den Kinder- und Jugendschutz und Suchtprävention. Gesetzt scheint ein umfassendes grundsätzliches Werbeverbot ohne Ausnahmen. Inwieweit dieses strikt neben den bestehenden Regelungen zum Werbeverbot für Tabakwaren und den umfassenden Einschränkungen zur Werbung für alkoholische Getränke[150] umgesetzt werden kann, bleibt abzuwarten.

150 Wissenschaftlicher Dienst WD 10 – 3000 – 030/21.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

Akzessorische Werbung mit sozialem Engagement

Horst-Peter Götting

I. Prolog

Wenn man einem hochverehrten, sehr geschätzten Kollegen, wie dem Jubilar, einen Festschriftbeitrag zum 65. Geburtstag widmet, dann ist nicht zu übersehen, dass die Emeritierung in Sichtweite ist. Der Verfasser dieser Zeilen hat den ambivalenten Status eines Emeritus bereits erreicht. Es ist Zeit, Bilanz zu ziehen und nicht ohne eine gewisse Nostalgie blickt er auf die Anfänge seiner wissenschaftlichen Laufbahn, nämlich die 1985 erschienene Dissertation mit dem Titel „Die neuere Entwicklung des Zugaberechts in Deutschland, Belgien, Frankreich und Schweden" zurück. Das Buch wurde in den hintersten Winkel der Bibliothek verbannt und beim Durchblättern lösen sich einzelne vergilbte Seiten. Das Thema erscheint obsolet, denn die deutsche Zugabeverordnung wurde abgeschafft. Aber vielleicht besteht doch Hoffnung, dass einige Einsichten und Argumente für die Beurteilung einer neuen, modernen Form der Wertreklame auch heute noch von Bedeutung sein könnten.

II. Einleitung

1. Problemstellung

Unter dem Einfluss der Diskussion über Wirtschaftsethik, Unternehmensethik und Corperate Social Responsibility (CSR) hat auch in Deutschland die in den USA verbreitete Praxis, in Abhängigkeit vom Kauf eines Produktes oder der Inanspruchnahme einer Dienstleistung soziale Organisationen oder Projekte mit einer Geldzuwendung zu unterstützen, an Bedeutung gewonnen. Kennzeichnend für diese akzessorischen Werbeapelle ist, dass die wohltätige finanzielle Förderung nur unter der Bedingung des Kaufes geleistet wird. Emblematisch und wie später zu zeigen sein wird für die jüngere Entwicklung der Rechtsprechung paradigmatisch sind die „Regen-

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

waldprojekt-Entscheidungen“ des BGH.[1] Dabei ging es um eine Aktion von Krombacher, wonach der Kauf eines Kasten Bieres mit dem Versprechen verknüpft wurde, „1 m² Regenwald nachhaltig zu retten“. Beispielhaft sind weitere Fälle zu nennen,[2] wie die gemeinsame Aktion von Arla und dem Naturschutzbund Deutschland e.V. (NABU), bei der ein Cent pro Aktionspackung für das Projekt „Kinder entdecken die Natur“ gespendet werden sollten, das Projekt „Acqua for life“ von Giorgio Armani und UNICEF seit 2010, bei dem in der Aktionszeit März 2012 pro verkauftem Flakon des Parfüms Acqua Di Gioia ein Euro für die Beschaffung von sauberen Trinkwasser für bedürftige Kinder in Afrika gespendet werden sollten und die Aktion des Unternehmens Peek & Cloppenburg 2007, das 10 Prozent des Umsatzes eines bestimmten Aktionskleidungsstücks an die Düsseldorfer Kindertafel oder die Arche verteilte. Gegenwärtig wirbt die Einzelhandelskette REWE unter dem Slogan „Gemeinsam für die Rettung der Moore“ mit der Unterstützung des NABU-Klimafonds mit mindestens 25 Millionen Euro. Im Internet heißt es dazu „Auch REWE-Kund:innen können mithelfen, gemeinsam mit dem NABU und REWE das Klima zu schützen: Denn mit jedem Kauf von REWE-Bioprodukten wächst der NABU-Klimafonds. So trägt jeder Einkauf zum Klimaschutz bei. Der NABU-Klimafond wird dabei als Label auf den Produkten sichtbar sein.“[3]

2. Begriffliche Einordnung und wirtschaftlicher Hintergrund

Abstrahierend von den Einzelfällen besteht das Charakteristikum der Werbemethode darin, dass ein Wirtschaftsunternehmen ein Produkt oder eine Dienstleistung anbietet, bei dessen Kauf bzw. Inanspruchnahme eine bestimmte oder unbestimmte Spende an eine Non-Profit-Organisation oder ein soziales Projekt versprochen wird.[4] Hinsichtlich der Terminologie zei-

1 BGH GRUR 2007, 247 – Regenwaldprojekt I; BGH GRUR 2007, 251 – Regenwaldprojekt II.

2 Siehe *Schümann*, Informationspflichten bei Spendenaufrufen mittels akzessorischer Kaufappelle, 2017, 19; siehe auch die Überblicke über die von der Rechtsprechung entschiedenen Fälle von *Kort*, Zur wettbewerbsrechtlichen Beurteilung gefühlsbetonter Werbung, WRP 1997, 526 ff.; *Lange*, WRP 1999, 893, 894 ff.; *Seichter*, Das Regenwaldprojekt - Zum Abschied von der Fallgruppe der gefühlsbetonten Werbung, WRP 2007, 230, 231 ff.; *Ernst*, Corporate Social Responsibility (CSR) und das Wettbewerbsrecht, WRP 2010, 1304, 1307 ff.

3 Abrufbar unter www.rewe-group.com, zuletzt besucht am 13.10.2022.

4 *Schümann* (Fn. 2), 20.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

gen sich Unklarheiten.[5] Von dem zum Teil allgemein für soziales Engagement von Unternehmen verwendeten Begriff „Sponsoring" unterscheidet sich die vorliegende Konstellation durch das Erfordernis einer Akzessorietät. Gleiches gilt auch für „Social Sponsoring". Gebräuchlich ist auch der Begriff des „Cause-Related Marketing" (CRM), der in den USA entwickelt wurde und,[6] der bei einem engeren Verständnis geeignet ist, die kausale Abhängigkeit zum Ausdruck zu bringen, aber zum Teil auch in einem weiteren Sinne zur Kennzeichnung der Unterstützung sozialen Engagements verwendet wird. Am treffendsten ist der Begriff des „akzessorischen Sponsoring".[7] Die dargestellten Praktiken weisen deutliche Parallelen zur Zugabe auf dessen Verbot durch die frühere Zugabeverordnung am 1. Juli 2001 aufgehoben wurde.[8] Demnach liegt eine Unterscheidbarkeit von Haupt- und Nebenleistung, eine Akzessorietät, also Abhängigkeit vom entgeltlichen Hauptgeschäft, sowie die Zuwendung eines wirtschaftlichen Vorteils vor, der ohne besondere Berechnung gewährt wird.[9] Hiervon wird auch die von dem Unternehmen gewährte finanzielle Unterstützung zugunsten einer sozialen Einrichtung oder eines Projekts umfasst, da der Käufer selbst keine Aufwendungen vornimmt, sondern sich diese erspart. Gleichzeitig erlangt er einen „immateriellen Vorteil", der darin besteht, dass ihm neben dem „materiellen Vorteil" das angenehme und befriedigende Gefühl vermittelt wird, „etwas Gutes zu tun". Gleiches gilt auch umgekehrt für das werbende Unternehmen, das sich ein positives Image als „soziales Unternehmen" verschafft, getreu dem Motto „Tue Gutes und sprich darüber!". Eine besondere Rolle spielt das akzessorische Sponsoring vor allem auf Märkten für

5 Siehe *Schümann* (Fn. 2), 21 ff.

6 *Schümann* (Fn. 2), 26 f.

7 *Heermann*, Sponsoringverträge als Teil von Kopplungsgeschäften, WRP 2014, 897, 901 ff.

8 G. zur Aufhebung der ZugabeVO und zur Anpassung weiterer Rechtsvorschriften v. 23.7.2001, BGBl. 2000 I 1661; siehe dazu *Cordes*, Die Gewährung von Zugaben und Rabatten und deren wettbewerbsrechtlichen Grenzen nach Aufhebung von Zugabeverordnung und Rabattgesetz, WRP 2001, 867 ff. Im Anwendungsbereich des Gesetzes über die Werbung auf dem Gebiet des Heilwesens (Heilmittelwerbegesetz – HWG) gilt die Regelung zur Unzulässigkeit von Zuwendungen und sonstigen Werbegaben; siehe dazu die Kommentierung von *Brixius*, in: Bülow/Ring/Artz/Brixius, Heilmittelwerbegesetz, 6. Aufl. 2022; siehe dazu auch *Heil/Klümper*, Die Werbung mit der sozialen Verantwortung – „Social Sponsoring" im Bereich der Arzneimittelwerbung, PharmR 2008, 226, 232.

9 Siehe dazu *Götting*, Die neuere Entwicklung des Zugaberechts in Deutschland, Belgien, Frankreich und Schweden, 1985, 8 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

Güter des kurzfristigen Bedarfs, die weitgehend homogen sind, das heißt im Hinblick auf Preis und Qualität nur geringe Unterschiede aufweisen, so dass ein aktiver Preis- und Qualitätswettbewerb nur in sehr engen Grenzen möglich ist.[10] Unter betriebswirtschaftlichen Aspekten bietet diese Werbemethode den Vorteil der Absatzproportionalität. Während eine aufwendige Wort- und Anschauungsreklame, die insbesondere notwendig ist, um auf homogenen, gesättigten Märkten mit hoher Wettbewerbsintensität Fuß fassen oder bestehen zu können, von der Absatzkapazität des werbenden Betriebes unabhängige Kosten verursacht, fallen diese bei akzessorischen Kaufappellen stets im gleichen Verhältnis zum Umsatz an.[11] Hinsichtlich der Bestimmtheit der Informationen über die Höhe sowie die Modalitäten der Verwendung der Spende wird zwischen konkreten und generellen Angaben unterscheiden.[12] Am Allgemeinsten ist die Ankündigung des Werbenden, bei Abnahme eines Produkts eine Organisation oder ein Projekt in deren sozialen Aktivitäten zu unterstützen, ohne deren Wert oder Umfang zu benennen.

III. Die „Sachlichkeitsdoktrin"

1. Die frühere Rechtsprechung zur gefühlsbetonten Werbung

Unter § 1 UWG a.F. (1909) galt über Jahrzehnte der Grundsatz, dass ein kommerzielles Unternehmen, das auf Gewinnstreben ausgerichtet ist, gegen die guten Sitten verstößt, wenn es mit seiner Werbung an die Hilfsbereitschaft, das Mitleid oder das soziale Verantwortungsgefühl appelliert, ohne dass ein sachlicher Zusammenhang zwischen dem in der Werbung angesprochenen sozialen Engagement und der beworbenen Ware oder Dienstleistung besteht, weil der Verbraucher unter Ausnutzung seiner Gefühle in seiner Entscheidung unsachlich beeinflusst und damit der Leistungswettbewerb gestört wird.[13] Der BGH knüpfte diese Auffassung an

10 Siehe *Pralle*, Die Wertwerbung, 1974, 113 ff.; *Götting* (Fn. 9), 4.
11 *Pralle* (Fn. 10), 118; *Götting* (Fn. 9), 5.
12 Siehe *Schümann* (Fn. 2), 32 f.
13 BGH GRUR 1991, 554 – Tageseinnahmen für Mitarbeiter; BGH GRUR 1995, 742, 743 – Arbeitsplätze bei UNS; BGH GRUR 1999, 1100 – Generika-Werbung; BGH GRUR 1987, 534, 535 – McHappy-Tag; *Seichter* (Fn. 2), 230, 231; *Scherer*, Das Ende des Verdikts der „gefühlsbetonten" Werbung - Aufgabe der „Sachlichkeits"-Doktrin?, GRUR 2008, 490, 491; *Schümann* (Fn. 2), 69 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

die Rechtsprechung des Reichsgerichts an, wonach im Wettbewerb nur solche Handlungen vorgenommen werden dürften, die im sachlichen Zusammenhang mit der wettbewerblichen Tätigkeit stünden; alle anderen Maßnahmen seien unsachlich und daher wettbewerbswidrig.[14] Beispielhaft für die Argumentation, mit der die Unlauterkeit der Verbindung zwischen kommerzieller Werbung und sozialem Engagement begründet wurde, ist die Entscheidung des BGH „McHappy-Tag". Sie betraf eine Werbeaktion von McDonald's, in der versprochen wurde, den Erlös von jedem besonders günstig verkauften Big Mac voll als Spende an das Deutsche Kinderhilfswerk e.V. weiterzugeben.[15] Den Ausgangspunkt für die Beurteilung bildete die Feststellung, dass es sich bei dem Werbenden um ein kommerzielles Unternehmen handelt, das auf Gewinnstreben ausgerichtet ist. Dass der Aktionstag selbst möglicherweise ein Verlustgeschäft werden könnte, ließe nicht den Zweck der Gewinnerzielung entfallen; denn Werbemaßnahmen seien vielfach Aufwendungen, die sich erst später auszahlen sollen. Die Werbung stehe in keinem Zusammenhang mit dem umworbenen Angebot. Die Kunden würden vielmehr aus sachfremden Erwägungen, nämlich zum Zwecke der Wohltätigkeit, zu dem Restaurantbesuch veranlasst. Die Auswahl unter den konkurrierenden Restaurants werde somit nicht mehr nach sachlichen Gesichtspunkten des Leistungswettbewerbs, wie Bedarf, Preis und Qualität, getroffen, sondern nach unsachlichen Erwägungen.[16] Auf eine kurze Formel gebracht lässt sich demnach feststellen, dass nach Auffassung des BGH sich Gewinnstreben und soziales Engagement nicht miteinander vereinbaren ließen. Das Unlauterkeitskriterium der Unsachlichkeit spielte spezifisch bei der Beurteilung von Wertreklamemethoden eine wesentliche Rolle, da diese anders als die Wort- und Anschauungsreklame nicht auf Distanz bleibt, sondern den Verbraucher durch die Zuwendung eines materiellen oder immateriellen Vorteils beeinflusst.

14 *Scherer* (Fn. 13), 491, unter Hinweis auf RG JW 1928, 1210 – Gütermanns Nähseide; RG GRUR 1936, 810 – Diamantine; RG GRUR 1938, 207 – Persil; RGZ 160, 385 – Lockenwickler; und nicht ohne skandinavischem Hintersinn sei darauf hingewiesen, dass das schwedische Marknadsföringslag (MFL) vom 15.12.1975 in § 8 ein Kopplungsverbot statuierte, da die angebotenen Waren offensichtlich in keinem natürlichen Zusammenhang stehen und es dem Verbraucher durch dieses Verfahren erschwert wird, den Wert des Angebots richtig einzuschätzen, siehe dazu *Götting* (Fn. 9), 207.

15 BGH GRUR 1987, 534 f. – McHappy-Tag.

16 BGH GRUR 1987, 534, 535 – McHappy-Tag; zustimmend *Federhoff-Rink*, Social Sponsoring in der Werbung – Zur rechtlichen Akzessorietät der Werbung mit Umweltsponsoring, GRUR 1992, 643, 652.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

2. Die Kritik in der Literatur

In der Literatur wurde das Verdikt der aus dem Grundsatz des Leistungswettbewerbs abgeleiteten Unsachlichkeit und deren Anwendung auf die sog. gefühlsbetonte Werbung seit langem kritisiert. Es wurde zu Recht als lebensfremd abgelehnt, weil es das Charakteristikum und die Funktion der Werbung grundlegend verkennt. Jeder Werbung sind notwendigerweise gewisse persuasive und daher unsachliche Elemente immanent.[17] Das von der Rechtsprechung zugrunde gelegte Idealbild des Leistungswettbewerbs, das an die Modellvorstellungen volkswirtschaftlicher Theorien eines vollkommenen Marktes und eines ausschließlich rational gesteuerten Verbraucherverhaltens anknüpft, ist nicht nur realitätsfremd, sondern dysfunktional. Eine Werbung, die sich in der Herausstellung objektiver Angaben über Preis und Qualität erschöpft, wirkt der angestrebten Markttransparenz geradezu entgegen, weil die in ihr enthaltenen Informationen gar nicht zum Verbraucher durchdringen. Es bedarf deshalb eines besonderen Aktivierungspotentials, damit sie ihn überhaupt erreichen. An die Stelle des eigentlichen Preis- und Qualitätswettbewerbs ist deshalb zunehmend ein Werbewettbewerb getreten.[18] Auf gesättigten Märkten mit weitgehend substituierbaren, weil homogenen Gütern ist die Werbung zunächst darauf ausgerichtet, die Aufmerksamkeit des Verbrauchers zu erregen und „sodann sein Interesse für das beworbene Angebot zu wecken und dieses Produkt – obwohl es substituierbar ist – als nicht substituierbar und damit auffällig und begehrenswert erscheinen zu lassen".[19] Darüber hinaus muss, insbesondere vor dem Hintergrund eines stagnierenden Nachfragezuwachses, in den modernen Industriegesellschaften zumindest für den Bereich von Massenkonsumgütern realistischerweise von einem „revidierten Marktablauf" ausgegangen werden, wonach entgegen dem überkommenen Ablaufmodell nicht die Nachfrageseite aufgrund einer autonomen Entscheidung über den Bedarf das Angebot lenkt, sondern umgekehrt die Angebotsseite ihrerseits

17 *Lehmann*, Die Werbung mit Geschenken, 1974, 163; *ders.*, Die "neue Sachlichkeit" des BGH im Wettbewerbsrecht, GRUR 1975, 239, 240, 243; *Götting* (Fn. 9), 65; *Scherer* (Fn. 13), 493; siehe zur grundlegenden Kritik des Leistungswettbewerbs, *Beater*, Unlauterer Wettbewerb, 2011, Rn. 836 ff.

18 *Götting* (Fn. 9), 68; *Scherer* (Fn. 13), 493.

19 *Scherer* (Fn. 13), 493.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

die Initiative ergreift und durch ein „Management der gezielten Nachfrage" Bedürfnisse überhaupt erst kreiert.[20]

IV. Die Aufgabe der „Sachlichkeitsdoktrin" durch die Rechtsprechung

1. Artenschutz und Regenwald

Die Urteils-Trias, „Artenschutz",[21] „Regenwaldprojekt I"[22] und „Regenwaldprojekt II",[23] markierten einen Wendepunkt in der Rechtsprechung des BGH, denn sie bedeuten eine Abkehr von dem Unlauterkeitstatbestand der Unsachlichkeit und dem von ihm abgeleiteten generellen Verbot der gefühlsbetonten Werbung. Die Entscheidung „Artenschutz"[24] betraf die Werbung eines Augenoptikers unter der Überschrift „Echt tierisch" für Sonnengläser. Darunter befand sich die Abbildung eines Papageis und die Information, dass das Unternehmen die Aktionsgemeinschaft Artenschutz unterstützt, die sich für den Schutz bedrohter Tiere einsetzt. Nachdem sowohl das Landgericht als auch das Berufungsgericht der Unterlassungsklage eines Wettbewerbsverbandes stattgegeben und der BGH die Revision nicht zur Entscheidung angenommen hatte,[25] wurde das Verbot auf die Verfassungsbeschwerde des werbenden Unternehmens hin aufgehoben und die Sache an den BGH zurückverwiesen.[26] Zur Begründung führte das Bundesverfassungsgericht aus, dass der Hinweis auf das Engagement im Bereich des Tierschutzes meinungsbildenden Inhalt habe, so dass ein Verbot auf der Grundlage des UWG die Feststellung der Gefährdung des Leistungswettbewerbs voraussetzen würde. Derartige Feststellungen seien jedoch unterblieben.[27] Über den vorliegenden Fall hinaus äußerte das Bundesverfassungsgericht grundsätzliche Bedenken gegen die Bewertung

20 Grundlegend *Galbraith*, Die moderne Industriegesellschaft, 1968, 198 ff.; *Lehmann* (Fn. 17), 160; *ders*., Vertragsanbahnung durch Werbung. Eine juristische und ökonomische Analyse der bürgerlich-rechtlichen Haftung für Werbeangaben gegenüber dem Letztverbraucher, 1981, 65.
21 BGH GRUR 2006, 75 - Artenschutz.
22 BGH GRUR 2007, 247 – Regenwaldprojekt I.
23 BGH GRUR 2007, 251 – Regenwaldprojekt II.
24 BGH GRUR 2006, 75 - Artenschutz.
25 BGH GRUR 2006, 75, 76 – Artenschutz.
26 BVerfG WRP 2002, 430 - Produktwerbung.
27 BVerfG WRP 2002, 430, 433 - Produktwerbung.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

der gefühlsbetonten Werbung als wettbewerbswidrig.[28] Die nunmehr angenommene Revision war erfolgreich und führte zur Aufhebung des Berufungsurteils und unter Abänderung der landgerichtlichen Entscheidung zur Abweisung der Klage. Zur Begründung stellte der BGH fest, dass eine Werbeaussage nicht schon dann als unlauter angesehen werden könne, wenn das Kaufinteresse durch Ansprechen des sozialen Verantwortungsgefühls, der Hilfsbereitschaft, des Mitleids oder des Umweltbewusstseins geweckt werden soll, ohne dass ein sachlicher Zusammenhang zwischen dem in der Werbung angesprochenen Engagement und der beworbenen Ware besteht. Die Beurteilung, ob dies der Fall ist, erfordere eine Abwägung der Umstände des Einzelfalls im Hinblick auf die Schutzzwecke des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb, bei der die Grundrechte der Beteiligten zu berücksichtigen seien.[29] Außerdem formulierte der BGH die über den in Frage stehenden Fall hinausgehende grundsätzliche Klarstellung: „An der gegenteiligen Beurteilung in früheren Senatsentscheidungen (unter dem Gesichtspunkt der sog. gefühlsbetonten Werbung) ist nicht mehr festzuhalten."[30] Während es bei der Entscheidung „Artenschutz" um eine reine, nicht akzessorische Imagewerbung ging, in der nur allgemein im Sinne einer generellen Unterstützung auf soziales Engagement hingewiesen wird, betrafen die Entscheidungen „Regenwaldprojekt I und II"-Fälle einer erlösbezogenen akzessorischen Spendenleistung.[31] Die Krombacher Brauerei warb in einer spektakulären Aktion in den Jahren 2000 und 2003 mit dem Versprechen, für den Kauf einer Kiste Bier 1 m² Regenwald zu schützen. Der BGH bekräftigte die in der Entscheidung „Artenschutz" aufgestellten Grundsätze zur Zulässigkeit der „unsachlichen und insbesondere gefühlsbetonten Werbung" und verwies darüber hinaus auf seine neuere, liberale Rechtsprechung zur Wertreklame, wonach es dem Unternehmer prinzipiell nicht verwehrt sei, die Abgabe von zwei keine Funktionseinheit bildenden Produkten in einer Weise miteinander zu verbinden, dass beim Erwerb des einen Produkts das andere ohne Berechnung abgegeben wird.[32] Entsprechendes habe zu gelten, wenn der Unternehmer den Produktabsatz statt mit einer zusätzlichen Ware mit der Förderung sozialer, sportlicher,

28 BVerfG WRP 2002, 430, 433 – Produktwerbung.
29 BGH GRUR 2006, 75, 1. und 2. LS, Rn. 17 f. – Artenschutz.
30 BGH GRUR 2006, 75 Rn. 18 – Artenschutz.
31 *Seichter* (Fn. 2), 233.
32 BGH GRUR 2007, 251 Rn. 18 – Regenwaldprojekt II, unter Hinweis auf BGH GRUR 2006, 161 Rn. 14 – Zeitschrift mit Sonnenbrille; BGH GRUR 2002, 976 – Kopplungsangebot I.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

kultureller oder ökologischer Belange (sog. Sponsoring) koppelt. Die freie Entscheidung des Verbrauchers werde regelmäßig nicht dadurch gefährdet, dass seine Kaufentscheidung nicht auf ausschließlich wirtschaftlichen Überlegungen, sondern auch auf der Möglichkeit beruht, sich durch die vom Unternehmer versprochene Förderung eines Dritten mittelbar für das damit verbundene Ziel zu engagieren. Die Schwelle zur Unlauterkeit werde nach § 4 Nr. 1 UWG a.F. (2004) erst dann überschritten, wenn der Einfluss ein solches Maß erreicht, dass er die freie Entscheidung des Verbrauchers zu beeinträchtigen vermag.[33] Davon könne im Streitfall nicht ausgegangen werden, denn es bleibe der freien Entscheidung des Verbraucher überlassen, ob er sich bei seiner Kaufentscheidung von dem Engagement des Unternehmers beeinflussen lässt.[34] Der Grund für die Abkehr des BGH und der tradierten „Sachlichkeits-Doktrin" dürfte vor allem das gewandelte Verbraucherleitbild gewesen sein.

2. Wandel des Verbraucherleitbildes

Maßgebend war unter Geltung des § 1 UWG (a.F. 1909) über Jahrzehnte das empirisch geprägte Leitbild, wonach der Verbraucher der Absatzwerbung für Güter des täglichen Bedarfs nicht mit besonderer Aufmerksamkeit, sondern ungezwungen und flüchtig gegenüber tritt.[35] Ende der 1990er Jahre ist der BGH hiervon abgerückt und geht in Umsetzung der Rechtsprechung des EuGH[36] vom eher normativen[37] Leitbild des „durchschnittlichen informierten Verbrauchers" aus.[38] Dies hatte zur Konsequenz, dass seither

33 BGH GRUR 2007, 251 Rn. 18 – Regenwaldprojekt II, unter Hinweis auf BGH GRUR 2006, 511 Rn. 21 – Umsatzsteuererstattungs-Modell; BGH GRUR 2006, 949 Rn. 16 – Kunden werben Kunden.

34 BGH GRUR 2007, 251 Rn. 18 – Regenwaldprojekt II.

35 Ohly/Sosnitza/*Sosnitza*, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb: UWG, 7. Aufl., München 2016, § 2 Rn. 115; siehe etwa BGH GRUR 1992, 450, 452 ff. – Beitragsrechnung.

36 Grundlegend EuGH GRUR Int. 1998, 795, 797 – Gut Springenheide.

37 Dies schließt die Einholung von sachverständigen Gutachten in Form von Meinungsumfragen wegen der Notwendigkeit besonderer Sachkunde im speziellen Einzelfall nicht aus; siehe Ohly/Sosnitza/*Sosnitza* (Fn. 35), § 2 Rn. 119, unter Hinweis auf BGH GRUR 2004, 244, 245 – Marktführerschaft.

38 Grundlegend EuGH GRUR 2000, 619, 621 – Orient-Teppichmuster. Normativ verankert ist das Verbraucherleitbild durch die ausdrückliche Bezugnahme auf den Durchschnittsverbraucher in Art. 5 Abs. 2 Nr. 2 lit. b, Abs. 3 und Erwägungsgrund 18 der UGP-RL sowie in § 3 Abs. 4 S. 1 1. HS UWG, siehe Ohly/Sosnitza/*Sosnitza* (Fn. 35),

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

an die Schutzbedürftigkeit und damit an die Reichweite des Verbraucherschutzes deutlich geringere Maßstäbe anzulegen sind. Die Entscheidungen „Artenschutz“[39] und „Regenwaldprojekt I“[40] sowie „Regenwaldprojekt II“[41] ergingen unter dem UWG 2004. Nunmehr ist die Beurteilung der Problematik an der geltenden Regelung der UWG-Novelle von 2015 zu messen. Einschlägig ist § 4a UWG, der aggressive geschäftliche Handlungen verbietet. Eine erhebliche Beeinträchtigung der Entscheidungsfreiheit des Verbrauchers durch eine unzulässige Beeinflussung durch Ausübung von Druck, die die Fähigkeit des Verbrauchers zu einer informierten Entscheidung wesentlich einschränkt (§ 4a Abs. 1 S. 2 lit. 3, S. 3 UWG), käme nur in Betracht, wenn sich der durchschnittliche Marktteilnehmer der moralischen Verpflichtung zum Geschäftsabschluss nicht entziehen kann und dadurch die Rationalität der Nachfrageentscheidung vollständig in den Hintergrund tritt.[42] Es ist evident, dass dies im vorliegenden Zusammenhang nicht der Fall ist. Eine „Zugabe“ durch das Versprechen einer finanziellen Zuwendung im Rahmen eines sozialen, ökologischen oder kulturellen Engagements ist demnach zulässig.[43]

V. Transparenzgebot

1. Die Auffassung des BGH

Von zentraler Bedeutung für die lauterkeitsrechtliche Beurteilung ist somit nicht das Kriterium der Sachlichkeit, sondern ob bzw. inwieweit dem Werbenden eine Verpflichtung trifft, über die Art und Weise der Unterstützung oder die Höhe bzw. den Wert der Zuwendung aufzuklären. In den Entscheidungen „Regenwaldprojekt I“[44] und „Regenwaldprojekt II“[45] hat der BGH

§ 2 Rn. 116 ff.; zu den Details *Bornkamm/Feddersen*, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen (Hrsg.), Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb: UWG, 40. Aufl., München 2022, § 5 Rn. 0.60 ff.

39 BGH GRUR 2006, 75 – Artenschutz.

40 BGH GRUR 2007, 247 – Regenwaldprojekt I.

41 BGH GRUR 2007, 251 – Regenwaldprojekt II.

42 Siehe BGH GRUR 2002, 976 – Kopplungsangebot I; BGH GRUR 2003, 890, 891 – Buchclub-Kopplungsangebot; BGH WRP 2006, 69 Rn. 15 – Mit Sonnenbrille; Götting/Nordemann/*Götting*, UWG, 3. Aufl., München 2016, § 4a Rn. 18, 21 f.

43 Ebenso *Schümann* (Fn. 2), 126.

44 BGH GRUR 2007, 247 – Regenwaldprojekt I.

45 BGH GRUR 2007, 251 – Regenwaldprojekt II.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

dies verneint. Zur Begründung hat er ganz grundsätzlich festgestellt, dass es kein allgemeines Transparenzgebot gäbe, sondern der Gesetzgeber habe sich im Rahmen der UWG-Reform ausdrücklich gegen ein allgemeines Transparenzgebot entschieden.[46] Er habe nur für die Fälle des § 4 Nr. 4, Nr. 5, § 5 Abs. 2 S. 2 a. F. UWG (2004) Informationspflichten bei Verkaufsförderungsmaßnahmen und Preisausschreiben oder Gewinnspielen vorgesehen.[47] Allein aus der Tatsache, dass der Kunde mit dem Erwerb des Bieres die angekündigte umweltpolitische Leistung an den WWF unterstützt, also insoweit mit dem Unternehmen „an einem Strang zieht" oder ein „gutes Umweltgewissen kauft", folge noch nicht, dass er im Rahmen der Werbung über die Details aufgeklärt werden müsse, wie der versprochene Schutz des Regenwalds erreicht werden soll.[48] Habe der Werbende keine nach Art und Umfang näher bestimmte Leistung versprochen, werde der Verbraucher nur erwarten, dass das werbende Unternehmen zeitnah überhaupt eine Unterstützungsleistung erbringt und diese nicht so geringfügig ist, dass sie die werbliche Herausstellung nicht rechtfertigt.[49]

2. Kritik

Die Argumentation des BGH vermag nicht zu überzeugen. Das OLG Hamm[50] hatte als Vorinstanz im Verfahren „Regenwaldprojekt I" die Auffassung vertreten, dass die Unlauterkeit der Werbung und damit ein Verstoß gegen § 1 UWG a.F. (1909) darin liege, dass es der Werbung an der notwendigen Transparenz fehle. Zwar gebe es im Wettbewerbsrecht kein allgemeines Transparenzgebot, aber die Verknüpfung des Kaufes eines Kasten Bieres mit dem Appell an den Kunden, damit nachhaltig 1 m² Regenwald zu schützen, mache es auch vor dem Hintergrund, dass hier der Kauf mit einer altruistischen Handlung gekoppelt wird, erforderlich, dass der Verbraucher

46 BGH GRUR 2007, 249 Rn.23 – Regenwaldprojekt I; BGH GRUR 2007, 251 Rn. 20 – Regenwaldprojekt II; unter Hinweis auf Begr. z. RegE, BT-Dr. 15/1487, 19 f., zustimmend *Sosnitza*, in: Ohly/Sosnitza (Hrsg.) (Fn. 35), § 4a Rn. 112.

47 BGH GRUR 2007, 247 Rn. 23 – Regenwaldprojekt I; BGH GRUR 2007, 251 Rn. 20 – Regelwaldprojekt II.

48 BGH GRUR 2007, 247 Rn. 23 – Regenwaldprojekt I; BGH GRUR 2007, 251 Rn. 20 – Regelwaldprojekt II.

49 BGH GRUR 2007, 247 Rn. 25 – Regenwaldprojekt I; BGH GRUR 2007, 251 Rn. 22 – Regelwaldprojekt II.

50 OLG Hamm 4 U 112/03, 7, abrufbar unter www.nrwe.de.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

in der Werbung darüber aufgeklärt wird, wie das für die Kaufentscheidung mit maßgebliche Ziel der altruistischen Handlung erreicht werden soll. Die Beklagte mache in keiner Weise deutlich, wie dieses Ziel erreicht werden soll und ob es überhaupt realisierbar ist. Dem ist zuzustimmen. Bedenklich ist darüber hinaus, dass nicht deutlich wird, welcher Teilbetrag vom Kaufpreis für den Kasten Bier zur Rettung von 1 m^2 Regenwald aufgewendet wird, der Wert der Zugabe bleibt damit im Dunkeln. Anders als bei der nichtakzessorischen reinen Imagewerbung, in der er darauf hinweist, dass er eine soziale Einrichtung unterstützt, ist beim akzessorischen Sponsoring nicht der Unternehmer, sondern der Konsument der Spender, der mit einem Teilbetrag des Kaufpreises eine soziale Einrichtung unterstützt. Er hat deshalb ein berechtigtes Interesse, zu erfahren, welchen Wert seine Spende hat und ob bzw. wie der mit ihr angestrebte wohltätige Zweck erreicht wird. Umgekehrt haben die Mitbewerber ein legitimes Interesse, dass sich der Werbende nicht durch unzureichende, unbestimmte und diffuse Angaben über soziales Engagement und den davon ausgehenden Kaufappell einen ungerechtfertigten Wettbewerbsvorteil verschafft. Es ist deshalb zu verlangen, dass als Basisinformationen Angaben über den Wert der Zugabe in absoluten Zahlen oder Prozentzahlen, eventuelle zeitliche Begrenzungen der Aktion, das Spendenziel, die begünstigte Einrichtung oder das soziale Projekt sowie die Art und Weise der Durchführung der Unterstützung gemacht werden.[51] Bei Verletzung dieses spezifischen (nicht allgemeinen) Transparenzgebots liegt eine Irreführung durch Unterlassen nach § 5a UWG vor. Dies ergibt sich nicht aus § 5a Abs. 3 Nr. 1 UWG, da die Spende als Zugabe kein wesentliches Merkmal von Waren oder Dienstleistungen darstellt. Eine Grundlage für die genannten Informationspflichten bildet aber die allgemeine Regelung des § 5a Abs. 2 UWG, der unabhängig von den in § 5a Abs. 3 UWG aufgelisteten wesentlichen Informationen zur Anwendung kommen kann, sofern sie nicht auf eine Erweiterung der „Ba-

51 *Schümann* (Fn. 2), 252 f., verweist rechtsvergleichend auf entsprechende Anforderungen im britischen Recht gemäß der Praxis der ASA (Advertising Standards Authority), einer internen Kontrollbehörde der Werbewirtschaft; für weiterreichende Informationspflichten *Keßler*, Wettbewerbsrechtliche Grenzen sozial orientierter Absatzsysteme, WRP 1999, 146, 151 f.; *Bottenschein*, „Regenwald-Projekt" und der *Kaufzwang* bei der akzessorischen Werbung, WRP 2002, 1107, 1111; tendenziell auch *Henning-Bodewig*, Der "ehrbare Kaufmann", Corporate Social Responsibility und das Lauterkeitsrecht, WRP 2011, 1014, 1021.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

sisinformationen" herauslaufen.[52] Diese Voraussetzungen sind vorliegend erfüllt, da die genannten Informationen von erheblichem Gewicht für die Kaufentscheidung des Verbrauchers und damit sein altruistisches Engagement sind. Dies begründet die Vermutung, dass er die Information auch benötigt, und sie kann nur ausnahmsweise entkräftet werden, wenn besondere Umstände vorliegen, die dagegen sprechen, dass der Verbraucher auf die Informationen angewiesen ist.[53] Die wesentlichen Informationen werden dem Verbraucher auch vorenthalten, da sie zum Geschäfts- und Verantwortungsbereich des Unternehmens gehören oder dieser sie sich mit zumutbarem Aufwand beschaffen kann und der Verbraucher sie nicht oder nicht so erhält, dass er sie bei seiner geschäftlichen Entscheidung berücksichtigen kann.[54] Nach § 5a Abs. 2, Nr. 2 UWG muss das Vorenthalten von Informationen geeignet sein, den Verbraucher zu einer geschäftlichen Entscheidung zu veranlassen, die er andernfalls nicht getroffen hätte. Dieses Erfordernis einer Kausalität ist untauglich und überflüssig. Es ist spekulativ, da die Entscheidung von einer individuellen Abwägung der Vor- und Nachteile im Einzelfall abhängt. Bei Anlegung eines normativen objektiven Maßstabs des Durchschnittsverbrauchers ist davon auszugehen, dass der Verbraucher die Entscheidung nicht getroffen hätte, wenn die ihm vorenthaltene Information wesentlich ist.[55] Es wird deshalb zu Recht angenommen, dass die Prüfung der Entscheidungsveranlassung und die der Wesentlichkeit der Information zusammen fallen.[56] Bei Beurteilung des Umfangs und der Konkretheit der Informationsvermittlung sind räumliche oder zeitliche Beschränkungen der Kommunikationsmittel, wie bei Werbung im Fernsehen oder Radio, aber auch bei Plakataktionen gemäß § 5a Abs. 5 Nr. 1 UWG zu berücksichtigen. Nach § 5a Abs. 5 Nr. 2 UWG ist es dem Unternehmer erlaubt, dem Durchschnittsverbraucher mittels alternativer Kommunikationskanäle eine im Wesentlichen gleichwertige Informationsquelle zu eröffnen. In der Regel kann dies durch einen Verweis

52 Köhler/Bornkamm/Feddersen/*Köhler* (Fn. 38), § 5a Rn. 4.0, unter Hinweis auf Erwägungsgrund 14 UGP-RL; *Schümann* (Fn. 2), 144.

53 Ohly/Sosnitza/*Sosnitza* (Fn. 35), § 5a Rn. 66.

54 BGH GRUR 2021, 979 Rn. 19 – Testsiegel auf Produktabbildung; *Köhler,* in: Köhler/Bornkamm/Feddersen (Hrsg.) (Fn. 38), § 5a Rn. 3.23.

55 In diesem Sinne BGH GRUR 2017, 922 Rn. 34 – Komplettküchen; Ohly/Sosnitza/*Sosnitza* (Fn. 35), § 5a Rn. 67; Götting/Nordemann/*Nordemann* (Fn. 42), § 5a Rn. 27 f.; Köhler/Bornkamm/Feddersen/*Köhler* (Fn. 38), § 5a Rn. 3.44.

56 Ohly/Sosnitza/*Sosnitza* (Fn. 35), § 5a Rn. 67.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

auf eine leicht erreichbare Internetseite erfolgen.[57] Erforderlich ist, dass die Informationen einfach und schnell mitgeteilt werden.[58]

Als vorbildlich für die Erfüllung von Informationspflichten kann die jüngste Werbeaktion der Brauerei Radeberger Bier gelten: Unter dem Motto „Gemeinsam für unsere Heimat. Gemeinsam für die Sächsische Schweiz." wirbt sie mit folgender Spendenaktion: „Ihr genießt, wir spenden: 50 Cent für jeden zwischen dem 12. September und 23. Oktober verkauften 20er Kasten Radeberger Pilsner oder Radeberger alkoholfrei zur Unterstützung der Projekte des Vereins der Freunde des Naturparks Sächsische Schweiz e.V."[59] Es wird ständig über den Spendenstand informiert und die einzelnen, für die Förderung vorgesehenen Projekte werden detailliert dargestellt (wie z.B. mit der Herstellung alter Schulwege oder mit der Anschaffung dringend benötigter Ausrüstung, um die Waldbrände besser zu bekämpfen). Unterrichtet wird darüber hinaus über die konkrete Verwendung der in früheren Aktionen gesammelten Spenden und die Verwirklichung der angestrebten Projektziele. An diesen zuletzt genannten Aspekt knüpft sich als neuralgischer Punkt die Frage an, ob bzw. inwieweit das werbende Unternehmen eine Rechenschaftspflicht trifft. Die Problematik ist besonders brisant, weil der Verbraucher bei Abschluss des akzessorischen Geschäfts nicht absehen kann, ob die abgegebenen Versprechen auch eingehalten werden. Selbst wenn dies nicht der Fall sein sollte, kann sich der einzelne Verbraucher kaum wehren und seine Spende zurückverlangen. Da es sich um ein auftragsähnliches Verhältnis handelt, kommt einem die Auskunfts- und Rechenschaftspflicht gemäß § 666 BGB in den Sinn, wonach der Beauftragte verpflichtet ist, dem Auftraggeber die erforderlichen Nachrichten zu geben und auf Verlangen über den Stand des Geschäfts Auskunft zu erteilen und nach der Ausführung des Auftrags Rechenschaft abzulegen. Diese Verpflichtungen könnten allerdings nicht als Individualanspruch, sondern allenfalls kollektiv durch einen Verband durchgesetzt werden.[60] Da nicht damit gerechnet werden kann, dass der BGH seine restriktive

57 Ohly/Sosnitza/*Sosnitza* (Fn. 35), § 5a Rn. 19; Köhler/Bornkamm/Feddersen/*Köhler* (Fn. 38), § 5a Rn. 6.8; siehe auch Götting/Nordemann/*Nordemann* (Fn. 42), § 5a Rn. 60 f.

58 EuGH GRUR 2017, 535 Rn. 32 – DHL Paket.

59 Abrufbar unter www.radeberger.de, zuletzt besucht am 13.10.2022.

60 *Schümann* (Fn. 2), 253, weist auf die britische Praxis nach der ASA (Advertising Standards Authority), einer Art internen Kontrollbehörde der Wettbewerbsbotschaft, hin: „[Danach] besteht eine individuelle Informationspflicht hinsichtlich der Angabe der tatsächlichen (aktuellen oder Gesamt-) Zusendungen an die begünstigten Wohl-

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

Rechtsprechung gegenüber den Informationspflichten des Unternehmers ändert, bedarf es zu deren Verankerung einer gesetzlichen Regelung.[61]

VI. Fazit

Das akzessorische Sponsoring erfreut sich offenkundig sowohl bei den Anbietern als auch bei den Konsumenten großer Beliebtheit. Selbst kleinere lokale Unternehmen werben mit Appellen an die Hilfsbereitschaft, wie zum Beispiel die finanzielle Unterstützung für den Bau eines Spielplatzes. Gegen diese Werbemethode ist weder lauterkeitsrechtlich noch rechtspolitisch etwas einzuwenden. Dass bei dieser Art der Verkaufsförderung Gewinnstreben und soziales Engagement konditional verknüpft werden, ist anders als die moralisierende frühere Rechtsprechung zur Sittenwidrigkeit (§ 1 UWG a.F.) nicht zu beanstanden. Diese Praxis ist vielmehr systemkonform, denn nur, wenn Geld verdient wird, kann es auch gespendet werden. Die Vorstellung, dass sich der Verbraucher durch gefühlsbetonte Appelle an die soziale Verantwortung unter Zurückstellung von Bedenken gegenüber Preis und Qualität unüberlegt zu einem Kauf hinreißen lässt, ist abgesehen von wenigen Ausnahmen lebensfremd und mit dem Leitbild eines mündigen Verbrauchers unvereinbar. Wohltätigkeit und auch der Wettbewerb der Wohltätigkeit nach dem Motto „Wer bietet mehr" sind in einer auf soziales Engagement ausgerichteten Bürgergesellschaft nicht nur zulässig, sondern geradezu erwünscht. Allerdings spielt die Vermittlung eines „guten Gewissens", indem man sich als Wohltäter mit einer Spende sozial engagiert, vor allem auf Märkten von homogenen Gütern, die sich in Preis und Qualität kaum unterscheiden, eine erhebliche Rolle als unter Umständen ausschlaggebender Motivationsfaktor für die Kaufentscheidung. Um eine dem Verbraucherleitbild entsprechende informierte Entscheidung zu treffen, bedarf der Verbraucher auch im Sinne der Konsumentensouveränität und Markttransparenz als Entscheidungsgrundlage umfassender Informationen, auf die er selbst keinen Zugriff hat, die aber der Werbende ohne unzumutbaren Aufwand zur Verfügung stellen kann. Auch und gerade für Wohltätigkeit gilt das Prinzip: „Vertrauen ist gut, Kontrolle ist besser."

---

tätigkeitsorganisationen. Diese muss nur auf direkte Anfrage erfolgen." Sie plädiert für eine Einführung im deutschen Recht.

61 Siehe die Regelungsvorschläge von *Schümann* (Fn. 2), 293 in Anlehnung an die britischen Regelungen.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

VII. Epilog

Es ist zu hoffen, dass der bescheidene, vielleicht zu sehr in Alltagserfahrungen verhaftete Beitrag dem kritischen Urteil des Jubilars, als hochkarätigen Wettbewerbsrechtler, standhält. Der Verfasser würde sich über eine Fortsetzung des stets inspirierenden und fruchtbaren Gedankenaustausches, der weit über das Fachliche hinausgeht, sehr freuen. Dem künftigen Emeritus ist zu wünschen, dass er die mit diesem Status gewonnenen Freiheiten nach seinem Gusto in vollen Zügen genießen kann.

Ad multos annos!

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

Werbung durch das Vollstreckungsgericht für die Grundstücks-Zwangsversteigerung – Möglichkeiten und Grenzen von § 40 Abs. 2 ZVG

Heiko Gojowczyk

I. Einführung

Werbung durch Gerichte? Justiz und Reklame? Eine ungewöhnliche Kombination! Bekannt ist allenfalls, dass sich die Justiz im Rahmen von Verfahren über Wettbewerbsverletzungen mit der Werbung durch Marktteilnehmer befasst, dass sporadisch für die Stärkung des Gerichtsstandorts Deutschland geworben wird[1] und dass Justizorgane im Rahmen der Öffentlichkeitsarbeit Einblicke in ihre Tätigkeit gewähren[2]. Im Allgemeinen aber sind die Gerichte froh, nicht mit noch mehr Verfahren oder Verfahrensbeteiligten belastet zu werden und müssen bzw. wollen daher nicht für ihre Tätigkeit werben.

Dass und warum dies im Verfahren der Zwangsversteigerung von Grundstücken anders sein kann, welche Regelung das Gesetz hierzu bereithält und welche Möglichkeiten und Probleme sich für die vollstreckungsgerichtliche Praxis hieraus ergeben, will der nachfolgende Beitrag aufzeigen.

II. Die Bedeutung der Zwangsversteigerung und des Versteigerungstermins

Die Möglichkeit der Beleihung von Grundstücken ist besonders bedeutsam, weil die Tatsache, an einem Grundstück gesichert zu sein, ein tief in das menschliche Bewusstsein eingegrabenes Sicherheitsgefühl verleiht,

1 Insbesondere durch die Einrichtung englischsprachiger Spezialkammern für internationale Handels- und Wirtschaftsstreitigkeiten; vgl. hierzu zuletzt den Koalitionsvertrag 2021 – 2025 zwischen der Sozialdemokratischen Partei Deutschlands, Bündnis 90/Die Grünen und den Freien Demokraten, 106.

2 Zum Teil auf ungewohnt innovativen Wegen; vgl. *Schnetter*, Das Bundesverfassungsgericht als influencer? Karlsruhe betritt Instagram – und verabschiedet sich wieder, DÖV 2022, 251.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

das durch keine andere Sicherheit ersetzt werden kann.[3] Zudem haben sich Grundstücke und die mit ihnen haftenden Gegenstände, Rechte und Forderungen (§§ 96 ff., 1120 ff. BGB[4]) zu allen Zeiten, insbesondere auch in wirtschaftlichen Krisenlagen, als besonders wertbeständig erwiesen.[5] Daher genügt den Gläubigern zumindest bei Krediten größeren Umfangs die persönliche Haftung des Schuldners bzw. dessen beweglichen Vermögens (sog. „Personalkredit") nicht; sie sind vielmehr daran interessiert, sich an den in der Regel besonders werthaltigen unbeweglichen Vermögensgegenständen zu sichern (sog. „Realkredit").[6] Die Bedeutung des Realkredits zeigt sich daran, dass in Deutschland im Dezember 2022 Bankkredite an inländische Unternehmen und Privatpersonen in Höhe von ca. 1.677 Milliarden Euro durch Grundpfandrechte[7] gesichert waren.[8]

Der Wert eines Grundpfandrechts für dessen Gläubiger zeigt sich jedoch erst im „Ernstfall", wenn nämlich hieraus gemäß § 1147 BGB Befriedigung im Wege der Zwangsvollstreckung gesucht werden muss. Insoweit erlaubt § 866 ZPO[9] die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung, beim Vorliegen einer titulierten Geldforderung auch die Eintragung einer Sicherungshypothek. Zwei dieser Vollstreckungsmaßregeln, nämlich Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung, werden gemäß § 869 ZPO durch ein besonderes Gesetz, das Zwangsversteigerungsgesetz (ZVG),[10] geregelt. Die

3 *Wolfsteiner*, in: Staudinger, Bürgerliches Gesetzbuch: Kommentar, Neubearb. 2019, Berlin 2019, Einleitung zu §§ 1113 ff. Rn. 16.

4 Bürgerliches Gesetzbuch in der Fassung der Bekanntmachung vom 2.1.2002, BGBl. I 42, 2909; 2003 I 738.

5 *Lieder*, in: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 9. Aufl., München 2023, § 1113 Rn. 12 m. w. N.

6 *Lieder*, in: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch (Fn. 5), § 1113 Rn. 12. Zum juristischen Begriff des Realkredits vgl. BGHZ 17, 89, 94; zum engeren Realkreditbegriff der Bankpraxis *Wolfsteiner*, in: Staudinger (Fn. 3), Einleitung zu §§ 1113 ff. Rn. 19.

7 Die Bezeichnung „Grundpfandrechte" ist der zwar nicht legal definierte, aber allgemein gebräuchliche und mittlerweile z. B. auch in § 490 Abs. 2 S. 1, § 491 Abs. 3 S. 1 Nr. 1, § 505c, § 506 Abs. 1 S. 2 BGB und § 447 FamFG verwendete Oberbegriff für Hypothek, Grundschuld und Rentenschuld als Unterfälle eines gemeinsamen Grundstücksbelastungstyps; vgl. *Wolfsteiner*, in: Staudinger (Fn. 3), Einleitung zu §§ 1113 ff. Rn. 1, 15.

8 *Deutsche Bundesbank*, Monatsbericht März 2023, Frankfurt am Main 2023, Statistischer Teil, 32.

9 Zivilprozessordnung in der Fassung der Bekanntmachung vom 5.12.2005, BGBl. I 3202, 2006 I 431, 2007 I 1781.

10 Gesetz über die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung in der im BGBl. III Nr. 310-14 veröffentlichten bereinigten Fassung.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

Verfahrensregeln der Zwangsversteigerung sind auf Konkurrenz der Bieter ausgerichtet und sollen damit im Interesse aller durch die Versteigerung Betroffener gewährleisten, dass das Versteigerungsobjekt zu einem möglichst wertentsprechenden Gebot zugeschlagen und daher auch eine möglichst wertrichtige Deckung für die auf ihm ruhenden Lasten erreicht wird.[11] Nicht zuletzt wegen seiner vielfältigen und engen Verflechtungen mit dem materiellen Immobiliarsachenrecht und dem formellen Grundbuchrecht handelt es sich bei dem Zwangsversteigerungsverfahren um eine sehr anspruchsvolle Rechtsmaterie, die sich durch eine Häufung schwieriger juristischer und wirtschaftlicher Probleme auszeichnet.[12]

Wenngleich die Zahl der Zwangsversteigerungsverfahren aus Gründen der Geld- und Zinspolitik in den letzten Jahren kontinuierlich und stark zurückgegangen ist,[13] so stellen doch die zu versteigernden Immobilienwerte immer noch einen bedeutenden wirtschaftlichen Faktor dar. So lag die Summe der Verkehrswerte der Grundstücke, die in Deutschland im Jahr 2022 in insgesamt 12.077 Terminen zur Zwangsversteigerung anstanden, bei

---

11 BGHZ 172, 218, 226; BGH, VI ZR 67/77, NJW 1979, 162, 163; BGH, VI ZR 99/60, NJW 1961, 1012, 1013 m. w. N.

12 Die hierzu bereits vor über 100 Jahren im Grundlagenwerk von *Nußbaum*, Die Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung, Tübingen 1916, 10 f. getroffenen Feststellungen haben bis heute nichts an Aktualität und Gültigkeit eingebüßt: „*Mit Recht gilt die ZwVerst. von altersher als ein besonders schwieriges Gebiet. … Schon das Zusammentreffen zahlreicher dinglicher und persönlicher Ansprüche, die aus dem Grundstück Befriedigung suchen, sowie die Notwendigkeit der Einhaltung strenger Formen stehen einer einfachen Erledigung der Sache im Wege. … Die hohe Ausbildung, die der deutsche Realkredit erreicht hat, nötigte dazu, das Verfahren auf kunstvollen Grundsätzen aufzubauen; auch konnte es nicht zur Erleichterung des Verständnisses dienen, daß ein modernes Zwangsversteigerungsgesetz bei seinem Leser die Kenntnis des Grundbuch- und des Zivilprozeßrechts notwendig voraussetzen muß. … Neben den Schwierigkeiten des Verständnisses kommt weiter in Betracht, daß das ZVG zum Unterschied von älteren Gesetzen vor allem eine straffe Durchführung des Verfahrens anstrebt. Die Beteiligten und ihre Vertreter werden daher, namentlich im Versteigerungstermin, nicht selten genötigt, auf der Stelle Entschlüsse zu fassen, deren Grundlagen unsicher oder deren Folgen für sie schwer übersehbar sind. Aus alledem erklärt es sich, daß das ZVG der Rechtslehre und namentlich der Praxis so große Schwierigkeiten bereitet wie wohl kein anderes der für die Zivilrechtspflege grundlegenden Reichsgesetze, und daß Fehler und Schadenfälle hier so überaus häufig vorkommen. Aber diese Nachteile müssen in Kauf genommen werden. Sie werden reichlich aufgewogen durch die mit ihnen untrennbar verbundenen großen Vorzüge des Gesetzes, das im ganzen dem Realkredit den notwendigen kräftigen Schutz unter gleichzeitiger Wahrung der sonstigen berechtigten Interessen darbietet.*“

13 Von 80.190 Verfahren im Jahr 2008 auf 22.851 Verfahren im Jahr 2021 (*Statistisches Bundesamt*, Fachserie 10, Reihe 2.1, 2022, 12 f.).

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

ca. 3,36 Milliarden Euro.[14] Zwangsversteigerungen von Immobilien stoßen in aller Regel auf großes Interesse des Publikums, weil dieses hier – nicht zu Unrecht – auf Grund der Zwangslage mit einer besonders günstigen Erwerbsgelegenheit rechnet.[15]

Die Zwangsversteigerung dient der Erzielung eines möglichst dem Grundstückswert entsprechenden Gebots bei freiem Wettbewerb der Bieter,[16] wobei erst die Bieterkonkurrenz ein wirtschaftlich vertretbares Ergebnis ermöglicht[17]. Der Staat dient bei der Zwangsvollstreckung aber nicht allein dem Interesse des Gläubigers an der – möglichst weitgehenden – Befriedigung seiner Forderung, sondern er hat auch die Belange des Schuldners zu wahren und die sozialen sowie gesamtwirtschaftlichen Auswirkungen der Zwangsvollstreckung im Rahmen des Gesetzes zu berücksichtigen.[18] Daher hat das Vollstreckungsgericht in allen Stationen des Zwangsversteigerungsverfahrens auf eine sachdienliche und faire Verfahrensführung hinzuwirken.[19] Eine diesen Anforderungen entsprechende Verfahrensleitung dient der Herbeiführung gesetzmäßiger und unter diesem Blickpunkt richtiger, aber darüber hinaus auch im Rahmen dieser Richtigkeit gerechter Entscheidungen.[20] Die Beachtung der in § 139 Abs. 1 ZPO statuierten prozessualen Fürsorgepflicht des Gerichts ist im Zwangsversteigerungsverfahren mit seinen weitreichenden Auswirkungen für die Beteiligten besonders wichtig.[21] Hierbei ist auch zu berücksichtigen, dass

14 *Argetra GmbH – Verlag für Wirtschaftsinformation*, Zwangsversteigerungsmarkt in Deutschland – Jahresbericht 2022, Ratingen 2023, 3.

15 OLG Köln, Ss 392/75, NJW 1976, 1547. Gleichwohl gibt es keinen allgemeinen Erfahrungssatz, dass der Versteigerungserlös regelmäßig nicht dem wirklichen Wert des Grundstücks entsprechen würde (BGH, VIII ZR 48/79, NJW 1980, 1580, 1581).

16 BGHZ 172, 218, 226; BGH, VI ZR 67/77, NJW 1979, 162, 163; BGH, VI ZR 99/60, NJW 1961, 1012, 1013 m. w. N.

17 BGH, VI ZR 67/77, NJW 1979, 162, 163.

18 BGHZ 70, 206, 210 f.; vgl. auch *Schiffhauer*, Soziale Aspekte im Zwangsversteigerungsverfahren, Rpfleger 1978, 397.

19 BVerfGE 46, 325, 334 f. m. w. N.

20 BVerfG, 1 BvR 14/90, NJW 1993, 1699; BVerfGE 42, 64, 73.

21 So bereits *Nußbaum* (Fn. 12), 22 f.: „*Die Stellung des Vollstreckungsrichters* [heute: des Rechtspflegers, § 3 Nr. 1 lit. i) RPflG] *ist also in dem Zwangsversteigerungsverfahren formell eine sehr starke. Aber auch materiell ist sie besonders verantwortungsvoll. Denn in der Hand des Richters liegt hier die Wahrung von Interessen, die über die Grenzen seiner prozeßrichterlichen Zuständigkeit weit hinausgehen. Um so mehr wird das Gericht seine Tätigkeit unter dem Gesichtspunkt des nobile officium aufzufassen haben. Ist es schon im Prozeß Sache des Amtsrichters, eine formalistische Handhabung der Geschäfte zu vermeiden und im Rahmen der richterlichen Pflichten auf eine sachlich ersprießliche Lösung hinzuwirken, so gilt dies in erhöhtem Maße für das Im-*

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

sich der Schutzbereich der im Zwangsversteigerungsverfahren zu beachtenden Amtspflichten nicht nur auf die Verfahrensbeteiligten im Sinne von § 9 ZVG (insbesondere Gläubiger und Schuldner), sondern auch auf die Bietinteressenten[22] und insbesondere auf den Meistbietenden (vgl. § 81 ZVG)[23] erstreckt.

Mittel- und Höhepunkt des Zwangsversteigerungsverfahrens ist der Versteigerungstermin, der sich in drei Abschnitte gliedern lässt: Er beginnt mit dem sog. „Bekanntmachungsteil" (§ 66 ZVG), in dem insbesondere das geringste Gebot und die Versteigerungsbedingungen festgestellt werden. Dem schließt sich die mindestens 30 Minuten währende „Bietzeit" (§ 73 ZVG) an, während derer Gebote abgegeben werden können. Zuletzt folgt die „Verhandlung über den Zuschlag" (§ 74 ZVG) mit den anwesenden Beteiligten: Wenn kein Zuschlagsversagungsgrund vorliegt (z. B. nach §§ 28, 29, 30, 74a Abs. 1, 83, 85a Abs. 1 ZVG), wird hier der Zuschlag (mit der Wirkung des unmittelbaren Eigentumsübergangs, § 90 ZVG) in der Regel sofort verkündet oder aber ein Verkündungstermin bestimmt (§ 87 ZVG).

III. Die Terminsbestimmung und ihre öffentliche Bekanntmachung

Im Versteigerungstermin kulminieren also die Ereignisse; er ist das Zentrum des Verfahrens. Folglich haben alle Beteiligten und insbesondere die Erwerbslustigen großes Interesse daran, an diesem Termin teilzunehmen bzw. zumindest von seinem Stattfinden zu erfahren. Dem dienen die Terminsbestimmung und ihre Veröffentlichung.

1. Inhalt und Zweck der Terminsbestimmung

Nach der Beschlagnahme des Grundstücks (§ 22 Abs. 1 ZVG), dem Eingang der Mitteilungen des Grundbuchamts (§ 19 Abs. 2 ZVG) und der

mobiliarvollstreckungs- und namentlich für das Zwangsversteigerungsverfahren." Vgl. hierzu auch *Hintzen*, Hinweis- und Belehrungspflichten im Zwangsversteigerungsverfahren, RpflStud. 2003, 161; *Keller*, in: Stöber, Zwangsversteigerungsgesetz: Kommentar, 23. Aufl., München 2022, Einleitung Rn. 125 ff.

22 BGH, III ZR 118/89, Rpfleger 1991, 329; OLG Oldenburg, 2 W 136/88, Rpfleger 1989, 381.

23 BGH, III ZR 228/00, Rpfleger 2002, 38; BGH, III ZR 93/85, Rpfleger 1987, 118; RGZ 154, 397, 398 f.; RGZ 129, 23, 25 f.; OLG Koblenz, 1 U 1429/96, Rpfleger 2000, 342.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

Festsetzung des Verkehrswerts (§ 74a Abs. 5 ZVG) hat das Vollstreckungsgericht gemäß § 36 Abs. 1 ZVG den Versteigerungstermin zu bestimmen. Dies erfolgt durch einen Beschluss, dessen obligatorischen Inhalt die §§ 37, 38 Abs. 1 ZVG vorschreiben.[24] Hierzu gehören z. B. die Bezeichnung des Grundstücks unter Angabe des Grundbuchblatts und der Größe, der Verkehrswert, Zeit und Ort des Versteigerungstermins, die Angabe, dass die Versteigerung im Wege der Zwangsvollstreckung erfolgt sowie die Aufforderung, nicht grundbuchersichtliche Rechte anzumelden und bei versteigerungshindernden Rechten die Aufhebung oder Einstellung des Verfahrens herbeizuführen.

Diese Angaben dienen – öffentlich bekanntgemacht (siehe unten III.2.) – dem Zweck, zum einen diejenigen, deren Rechte von dem Verfahren berührt werden, zur Wahrnehmung ihrer Rechte zu veranlassen und zum anderen die am Erwerb des Versteigerungsgegenstands Interessierten auf diese Gelegenheit aufmerksam zu machen, um durch eine Konkurrenz von Bietern eine Versteigerung des Objekts zu einem seinem Wert möglichst entsprechenden Gebot zu erreichen.[25]

2. Öffentliche Bekanntmachung der Terminsbestimmung

Die Terminsbestimmung muss nach § 41 Abs. 1 ZVG an die Verfahrensbeteiligten (§ 9 ZVG) zugestellt werden; und zwar spätestens vier Wochen vor dem Versteigerungstermin (§ 43 Abs. 2 ZVG).

Darüber hinaus muss sie gemäß § 39 Abs. 1 ZVG öffentlich bekanntgemacht werden, um erstens im Interesse einer bestmöglichen Verwertung des Grundstücks eine möglichst breite Öffentlichkeit über den Versteigerungstermin zu unterrichten, zweitens alle, deren Rechte von der Versteigerung berührt werden, zur Wahrung dieser Rechte zu veranlassen und drittens den Bietinteressenten eine Orientierungshilfe für die Entscheidung

24 Wenngleich es sich bei § 38 Abs. 1 ZVG – im Gegensatz zu § 37 ZVG – nur um eine Soll-Vorschrift handelt, so hat doch die Terminsbestimmung auch diese Angaben im Regelfall zu enthalten (BGH, V ZB 129/07, Rpfleger 2008, 588, 589).

25 *Hahn/Mugdan*, Die gesammten Materialien zu den Reichs-Justizgesetzen, Band 5, Denkschrift zum Entwurf eines Gesetzes über die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung, Berlin 1897, 43; BGH, V ZB 53/12, Rpfleger 2013, 403, 404; BGH, V ZB 65/11, Rpfleger 2012, 93, 94; BGH, V ZB 160/09, Rpfleger 2011, 173; BGH, V ZB 138/06, Rpfleger 2007, 410, 413 m. w. N.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

an die Hand zu geben, ob sie am Verfahren teilnehmen und bis zu welcher Höhe sie Gebote abgeben wollen.[26]

Die Veröffentlichung erfolgt nach § 39 Abs. 1 ZVG entweder durch einmalige Einrückung in das für Bekanntmachungen des Gerichts bestimmte Blatt („Amtsblatt", zumeist eine Tageszeitung) oder durch Veröffentlichung in einem für das Gericht bestimmten elektronischen Informations- und Kommunikationssystem („eIuK-System"). Sowohl das Amtsblatt als auch das eIuK-System werden landesrechtlich bestimmt.[27] Hinsichtlich des letzteren haben die meisten Bundesländer die Internetseite „www.justiz.de" bzw. die hiermit verlinkte Plattform „www.zvg-portal.de" als Veröffentlichungsmedium vorgesehen. Bei einem geringwertigen Grundstück kann die Einrückung oder Veröffentlichung unterbleiben; in diesem Fall muss die Bekanntmachung dadurch erfolgen, dass die Terminsbestimmung in der Gemeinde, in deren Bezirk das Grundstück belegen ist, an die für öffentliche Bekanntmachungen bestimmte Stelle („Gemeindetafel") angeheftet wird (§ 39 Abs. 2 ZVG). Zudem soll die Terminsbestimmung an die Gerichtstafel angeheftet werden, was allerdings unterbleiben kann, wenn ihre öffentliche Bekanntmachung nach § 39 Abs. 1 ZVG im eIuK-System erfolgte (§ 40 Abs. 1 ZVG).

Die öffentliche Bekanntmachung der Terminsbestimmung kann ihren Zweck nur erfüllen, wenn zwischen ihr und dem Versteigerungstermin eine angemessene Frist liegt.[28] Daher bestimmt § 43 Abs. 1 ZVG, dass sie mindestens sechs Wochen vor dem Termin erfolgt sein muss.

IV. Andere und wiederholte („werbende") Veröffentlichungen der Terminsbestimmung

1. Gesetzliche Regelung und Zweck der Veröffentlichung

Über diese zwingenden Vorgaben hinaus ist das Gericht gemäß § 40 Abs. 2 ZVG befugt, noch andere und wiederholte Veröffentlichungen zu veranlassen; bei der Ausübung dieser Befugnis ist insbesondere auf den Ortsge-

26 BGH, V ZB 41/13, Rpfleger 2014, 531; BGH, V ZB 53/12, Rpfleger 2013, 403, 404; BGH, V ZB 94/08, Rpfleger 2009, 99, 102; BGH, V ZB 129/07, Rpfleger 2008, 588, 589; OLG Hamm, 15 W 40/78, 15 W 237/78, Rpfleger 1979, 29, 30.

27 *Hahn/Mugdan* (Fn. 25), 44; BGH, V ZB 94/08, Rpfleger 2009, 99.

28 *Hahn/Mugdan* (Fn. 25), 44.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

brauch Rücksicht zu nehmen. Mit dieser zusätzlichen „werbenden" Veröffentlichung kann die Erreichung der mit der öffentlichen Bekanntmachung der Terminsbestimmung bezweckten Ziele (siehe oben III.2.) im Einzelfall noch weiter gefördert werden; insbesondere sollen damit möglichst viele Bieter „angelockt" werden.[29] Denn die gesetzgeberische Annahme, dass bereits die öffentliche Bekanntmachung in ihren schematischen Formen entsprechende Aufmerksamkeit erfährt, ist in der Praxis oft unzutreffend.[30] Dabei ist insbesondere zu berücksichtigen, dass die Veröffentlichung mittlerweile aus Kostengründen meist nur noch im gerichtlichen eIuK-System und nicht mehr im Amtsblatt erfolgt (vgl. § 39 Abs. 1 ZVG).[31] Und wer die entsprechenden Internet-Plattformen nicht mit Eigeninitiative aufsucht bzw. im Blick behält, erfährt anderweitig nichts von anstehenden Versteigerungsterminen, gerade im lokalen Umfeld.[32] Folglich beruhen schlechte Versteigerungsergebnisse zum Teil auch auf der mangelnden „Werbewirksamkeit" der Terminsbekanntmachungen der Vollstreckungsgerichte.[33]

Diesem Manko kann in geeigneten Fällen mit der Möglichkeit der werbenden Veröffentlichung nach § 40 Abs. 2 ZVG abgeholfen werden. Daher sollte diese Chance, einen größeren Interessentenkreis anzusprechen und zu mobilisieren und so ein möglichst gutes Versteigerungsergebnis zu erzielen, im Interesse sowohl der Gläubiger als auch des Schuldners vom Vollstreckungsgericht rege genutzt werden.[34] Die nachfolgenden Ausführungen wollen hierzu eine Hilfestellung bieten. Selbstverständlich können Schuldner und Gläubiger auch selbst Werbung für den Termin machen,

29 Vgl. *Büchmann*, Schuldnerschutz bei der Vorbereitung eines Zwangsversteigerungstermins, ZIP 1985, 138, 147 Fn. 90; *Huber*, in: Löhnig/Gietl (Hrsg.), Beckscher Onlinekommentar zum Zwangsversteigerungsgesetz, 10. Edition (1.3.2023), München 2023, § 40 Rn. 7; *Keller*, in: Schneider (Hrsg.), Gesetz über die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung: Kommentar, Köln 2020, § 40 Rn. 7; *Ruhl*, Die Bekanntmachung von Grundstücksversteigerungen in den Tageszeitungen, DRiZ 1954, 189.

30 So auch *Nußbaum* (Fn. 12), 97; *Storz*, Besondere Gefahrenquellen in der Zwangsversteigerung für den Rechtsanwalt als Berater eines Gläubigers, ZIP 1980, 1049, 1057.

31 Vgl. *Böttcher/Keller/Schneider/Beeneken*, Das ZVG auf dem Prüfstand – Teil I Rechtstatsachen, Berlin 2017, 201; *Keller/Beeneken*, Wie kann das Zwangsversteigerungsverfahren vereinfacht werden? – Bekanntmachung und Sachverständigenbeauftragung, DGVZ 2018, 193, 196.

32 Vgl. *Gojowczyk*, in: Stöber (Fn. 21), § 39 Rn. 7.

33 So bereits *Hornung*, Die Zwangsvollstreckungsnovelle 1979 (II), Rpfleger 1979, 321, 324.

34 So bereits *Hornung*, Rpfleger 1979 (Fn. 33), 324. Näher zum Marktbildungsfaktor „Bekanntmachung (Werbung)" in der Zwangsversteigerung *Büchmann*, ZIP 1985 (Fn. 29), 143, 146 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

dabei darf aber keine Verwechslung mit den amtlichen Bekanntmachungen entstehen.[35]

2. Inhalt der Veröffentlichung

Auf andere oder wiederholte Weise im Sinne von § 40 Abs. 2 ZVG veröffentlicht werden kann zunächst die eigentliche Terminsbestimmung mit ihrem durch §§ 37, 38 Abs. 1 ZVG vorgegebenem, recht umfangreichem Inhalt.

Dies ist indes nicht zwingend, denn bei der werbenden Veröffentlichung ist kein bestimmter Inhalt vorgeschrieben.[36] Soweit das Vollstreckungsgericht diesen Spielraum nutzen, also aus werblichen Gründen (Kürze und Prägnanz der Aussage) und im Kosteninteresse vom Text der Terminsbestimmung abweichen will, hat sich der Inhalt der Veröffentlichung lediglich an ihrem Zweck zu orientieren, nämlich die Öffentlichkeit auf die Erwerbsgelegenheit aufmerksam zu machen bzw. das Bietinteresse zu wecken oder zu fördern. Demnach muss die Veröffentlichung als essentialia das enthalten, was für den Entschluss, mitzubieten oder zumindest weitere Informationen hierzu einzuholen, ausschlaggebend ist. Soweit Angaben erfolgen, müssen sie aber zutreffend sein, da sonst der verfassungsrechtlich

35 Hierzu näher *Bachmann*, in: Deprè (Hrsg.), Gesetz über die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung: Kommentar, 2. Aufl., Köln 2019, § 40 Rn. 7, 9; *Böttcher*, Gesetz über die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung: Kommentar, 7. Aufl., München 2022, §§ 39, 40 Rn. 4; *Gojowczyk*, in: Stöber (Fn. 21), § 40 Rn. 10; *Hintzen*, in: Dassler/Schiffhauer/Hintzen/Engels/Rellermeyer, Gesetz über die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung: Kommentar, 16. Aufl., Bielefeld 2020, § 40 Rn. 9; *Huber*, in: Löhnig/Gietl (Hrsg.) (Fn. 29), § 40 Rn. 12; *Keller*, in: Schneider (Hrsg.) (Fn. 29), § 40 Rn. 10; *Storz/Kiderlen*, Praxis des Zwangsversteigerungsverfahrens, 13. Aufl., München 2021, C.3.3.; *Stumpe/Simon*, in: Kindl/Meller-Hannich (Hrsg.), Gesamtes Recht der Zwangsvollstreckung, 4. Aufl., Baden-Baden 2021, § 40 ZVG Rn. 6.

36 LG Göttingen, 10 T 3/97, Rpfleger 1998, 211, 212; LG Ellwangen, 1 T 46/96, Rpfleger 1996, 361, 362; *Bachmann*, in: Deprè (Hrsg.) (Fn. 35), § 40 Rn. 5; *Böttcher* (Fn. 35), §§ 39, 40 Rn. 4; *Gojowczyk*, in: Stöber (Fn. 21), § 40 Rn. 8; *Hintzen*, in: Dassler/Schiffhauer/Hintzen/Engels/Rellermeyer (Fn. 35), § 40 Rn. 7; *Jaeckel/Güthe*, Zwangsversteigerungsgesetz: Kommentar, 7. Aufl., Berlin 1937, §§ 39, 40 Rn. 3; *Keller*, in: Schneider (Hrsg.) (Fn. 29), § 40 Rn. 8; *Mohrbutter/Drischler/Radtke/Tiedemann*, Die Zwangsversteigerungs- und Zwangsverwaltungspraxis, 7. Aufl., Köln/Berlin/Bonn/München 1986, Muster 35 Anm. 1, Muster 37 Anm. 3; *Ruhl,* DRiZ 1954 (Fn. 29), 189; *Storz/Kiderlen* (Fn. 35), C.3.3.; *Teufel*, in: Steiner, Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung: Kommentar, 9. Aufl., München 1984, § 40 Rn. 5 f.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

geschützte Anspruch auf eine faire Verfahrensdurchführung verletzt und der Zuschlag nach § 83 Nr. 6 ZVG unheilbar (§ 84 ZVG) zu versagen ist.[37]

Insoweit erforderlich ist zunächst die Bezeichnung des Grundstücks unter Angabe seiner Größe (vgl. § 37 Nr. 1, § 38 Abs. 1 S. 1 ZVG). Anders als bei der Terminsbestimmung ist hier eine Wiedergabe des Grundbuchbeschriebs nach Gemarkung, Flurstücksnummer, Wirtschaftsart und Lage in Anlehnung an § 28 S. 1 GBO[38] wenig sinnvoll. Vielmehr sollte prägnant angegeben werden, wo das Grundstück liegt (Ort, Straße und Hausnummer), wie groß es ist (Quadratmeter) und wie es bebaut ist bzw. genutzt wird (z. B. Grünland, Bauplatz, Einfamilienhaus, Mietshaus, Hotel usw.; bei einer Eigentumswohnung auch Miteigentumsanteil, Sondereigentum an Stellplatz, Stockwerk, Vermietung usw.). Inhaltlich kann hier durchaus eine schlagkräftige, visuell eingängige „Werbung" den langatmigen und trockenen Text der Terminsbestimmung ersetzen.[39] Gefordert ist allerdings nicht phantasievolle oder reißerische Reklame, sondern sachliche Information. Die Veröffentlichung muss mehr durch Augenfälligkeit, Präsenz und Prägnanz überzeugen als durch marktschreierische Aufmachung oder Anpreisung.

Erforderlich ist weiter die Angabe des Verkehrswerts des Grundstücks. Dem Wert des Vollstreckungsgegenstands, der in § 74a Abs. 5 S. 1 ZVG als „Verkehrswert" definiert wird, kommt im Zwangsversteigerungsverfahren eine ganz erhebliche Bedeutung zu: So ist dieser insbesondere für die Bestimmung der Zuschlagsversagungsgrenzen von § 74a Abs. 1 ZVG („7/10-Grenze") bzw. § 85a Abs. 1 ZVG („5/10-Grenze"), für die Höhe der Bietsicherheit (§ 68 Abs. 1 S. 1 ZVG) sowie für die Ermittlung der Gerichtskosten

37 OLG Oldenburg, 2 W 144/00, OLGR Oldenburg 2001, 45 (Zeitpunkt des Versteigerungstermins); *Hintzen*, in: Dassler/Schiffhauer/Hintzen/Engels/Rellermeyer (Fn. 35), § 40 Rn. 8; *Huber*, in: Löhnig/Gietl (Hrsg.) (Fn. 29), § 40 Rn. 11; *Keller*, in: Schneider (Hrsg.) (Fn. 29), § 40 Rn. 8; *Teufel*, in: Steiner (Fn. 36), § 40 Rn. 6. Andere Ansicht LG Göttingen, 10 T 3/97, Rpfleger 1998, 211, 212; *Böttcher* (Fn. 35), §§ 39, 40 Rn. 4.

38 Grundbuchordnung in der Fassung der Bekanntmachung vom 26.5.1994, BGBl. I 1114.

39 *Bachmann*, in: Deprè (Hrsg.) (Fn. 35), § 40 Rn. 5; *Büchmann,* ZIP 1985 (Fn. 29), 147; *Hornung,* Rpfleger 1979 (Fn. 33), 324; *Teufel*, in: Steiner (Fn. 36), §§ 37, 38 Rn. 23. Kritisch hierzu *Schiffhauer*, Steiner: Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung, Rpfleger 1984, 374, 375: Das Vollstreckungsgericht solle sich nicht zum Grundstücksmakler machen bzw. auf das glatte Parkett der Werbung begeben, die sich nicht selten in einer Grauzone abspiele.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

nach § 54 Abs. 1 S. 1 GKG[40] maßgeblich. Aber auch dort, wo das Zwangsversteigerungsgesetz sonst vom „Wert des Grundstücks" spricht (vgl. § 30a Abs. 3, § 64 Abs. 1, § 112 Abs. 2, § 114a ZVG), ist der Verkehrswert im Sinne von § 74a Abs. 5 ZVG gemeint.[41] Mit der obligatorischen Angabe des Verkehrswerts in der Terminsbestimmung (§ 38 Abs. 1 S. 1 ZVG) soll den Bietinteressenten zum einen eine Orientierungshilfe für die Entscheidung an die Hand gegeben werden, ob sie am Verfahren teilnehmen und bis zu welcher Höhe sie Gebote abgeben wollen und zum anderen soll ihnen die Berechnung der im Termin gegebenenfalls erforderlichen Sicherheitsleistung nach § 68 Abs. 1 S. 1 ZVG ermöglicht werden.[42] Dies gilt in gleicher Weise für die werbende Veröffentlichung, die den Verkehrswert deshalb ebenfalls verlautbaren muss.[43]

Zu ihrem notwendigen Inhalt gehören zudem aus naheliegenden Gründen Zeit[44] und Ort des Versteigerungstermins (vgl. § 37 Nr. 2 ZVG).

Zweckmäßig ist gegebenenfalls auch der Hinweis, dass in einem früheren Versteigerungstermin der Zuschlag aus den Gründen des § 74a Abs. 1 ZVG (weil das Meistgebot 7/10 des Verkehrswerts nicht erreicht hatte) oder des § 85a Abs. 1 ZVG (weil das Meistgebot die Hälfte des Verkehrswerts nicht erreicht hatte) versagt wurde (vgl. § 38 Abs. 1 S. 2 ZVG).[45] Dies ist wichtig, weil dann in dem anstehenden Termin der Zuschlag aus den genannten Gründen nicht mehr versagt werden kann und daher ein besonders günstiger Erwerb in Aussicht steht. Allerdings sollte diese Rechtslage knapp und verständlich zum Ausdruck gebracht werden, etwa durch den Passus „Die Mindestgebotsgrenzen gelten nicht mehr."

Empfehlenswert ist letztlich ein Hinweis, wo die ausführliche Terminsbestimmung und gegebenenfalls auch das Verkehrswertgutachten eingesehen sowie weiterführende Informationen eingeholt werden können;[46] z. B. im gerichtlichen eIuK-System (vgl. § 38 Abs. 2, § 39 Abs. 1 ZVG).

---

40 Gerichtskostengesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 27.2.2014, BGBl. I 154.

41 BGHZ 117, 8, 19.

42 BGH, V ZB 129/07, Rpfleger 2008, 588, 589 m. w. N.

43 So auch *Büchmann,* ZIP 1985 (Fn. 29), 148; *Ruhl,* DRiZ 1954 (Fn. 29), 189.

44 Vgl. hierzu OLG Oldenburg, 2 W 144/00, OLGR Oldenburg 2001, 45.

45 So auch *Hornung,* Rpfleger 1979 (Fn. 33), 324; kritisch dagegen *Büchmann,* ZIP 1985 (Fn. 29), 148.

46 So auch *Ruhl,* DRiZ 1954 (Fn. 29), 189.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

Dagegen sind die Aufforderungen nach § 37 Nr. 4 und 5 ZVG nicht mit in den Text aufzunehmen,[47] da sie den Schutz der Personen bezwecken, deren Rechte von dem Verfahren berührt werden und sie somit nicht dem Ziel der werbenden Veröffentlichung dienen.

Den möglichen Inhalt einer solchen soll abschließend der folgende Formulierungsvorschlag[48] illustrieren:

Zwangsversteigerung!

Versteigert werden soll am Donnerstag, dem 8. Juni 2023, um 10:00 Uhr im Amtsgericht Dresden, Olbrichtplatz 1, Saal C 301: Einfamilienhaus mit Garage, gelegen Herbert-Böhme-Straße 11 in 01662 Meißen, Baujahr 2007, 923 m² Grundstück mit Elbblick, gehobene Ausstattung mit Wintergarten, Kamin und Swimmingpool, Verkehrswert 425.000 Euro. Die Mindestgebotsgrenzen gelten nicht mehr. Amtliche Bekanntmachung, Kurz-Exposè und weitere Informationen unter www.zvg-portal.de.

3. Ort bzw. Medium der Veröffentlichung

Eine erste Möglichkeit besteht insoweit darin, die eigentliche Terminsbestimmung nicht nach § 39 Abs. 1 ZVG fakultativ im Amtsblatt oder im gerichtlichen eIuK-System (Internet), sondern kumulativ auf beiden Wegen zu veröffentlichen.[49] Dabei handelt es sich also nicht um eine andere, sondern um eine weitere Veröffentlichung.

Ein ähnlicher, in seiner Werbewirksamkeit nicht zu unterschätzender und zudem kostenfreier Weg ist die Anheftung der Terminsbestimmung bzw. der werbenden Veröffentlichung an der für öffentliche Bekanntmachungen bestimmten Stelle („Gemeindetafel" bzw. „Schwarzes Brett") oder auch ihre Einstellung auf der Webseite der Gemeinde, in deren Bezirk das Grundstück belegen ist (vgl. auch § 39 Abs. 2 ZVG); gegebenenfalls auch der Nachbarorte.[50] Den Aushang bzw. die Einstellung nimmt die Gemeinde

47 So auch *Jaeckel/Güthe* (Fn. 36), §§ 39, 40 Rn. 3. Andere Ansicht *Ruhl,* DRiZ 1954 (Fn. 29), 189.

48 Vgl. auch *Oestreich*, Öffentliche Bekanntmachungen im „Amtsblatt", Rpfleger 1988, 302, 303 f.; *Mohrbutter/Drischler/Radtke/Tiedemann* (Fn. 36), Muster 37 b), *Ruhl,* DRiZ 1954 (Fn. 29), 189.

49 Vgl. BGH, V ZB 53/12, Rpfleger 2013, 403.

50 LG Göttingen, 10 T 3/97, Rpfleger 1998, 211, 212; *Bohner/Hock*, in: Hock/Bohner/Christ/Steffen, Immobiliarvollstreckung, 6. Aufl., Bonn 2018, § 3 Rn. 45; *Büch-*

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

auf Ersuchen des Gerichts vor, sie ist dazu im Wege der Amtshilfe verpflichtet (Art. 35 Abs. 1 GG[51]). Gerade in kleineren Gemeinden, wo die Bürger die Amtstafeln noch eifrig lesen und sich hierüber austauschen, kann dies ein wichtiges Medium sein. Zudem kann durch den entstehenden „sozialen Druck" gegebenenfalls auch die Zahlungsbereitschaft des Schuldners gefördert werden.[52]

Ansonsten kommt als Veröffentlichungsmedium zumeist in Betracht eine Anzeige im Immobilienteil einer regionalen oder überregionalen, viel gelesenen Tageszeitung.[53] Bei besonderen Grundstücken (z. B. bebaut mit Hotel oder Industriebetrieb, land- oder forstwirtschaftlich genutzt usw.) oder bei speziellen anderen Versteigerungsgegenständen (z. B. Bergwerkseigentum,[54] Schiff[55] oder Luftfahrzeug) bietet sich auch eine Anzeige in einer entsprechenden Fachzeitschrift an.[56]

Zwar möglich, aber wegen der hohen Kosten und der unspezifischen Ansprache wenig sinnvoll ist das Verteilen von Werbeflyern in die Haus-

---

mann, ZIP 1985 (Fn. 29), 147 f.; *Jaeckel/Güthe* (Fn. 36), §§ 39, 40 Rn. 3 f.; *Nußbaum* (Fn. 12), 97; *Storz/Kiderlen* (Fn. 35), C.3.3.

51 Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland in der im BGBl. III Nr. 100-1 veröffentlichten bereinigten Fassung.

52 *Bohner/Hock*, in: Hock/Bohner/Christ/Steffen (Fn. 50), § 3 Rn. 45 Fn. 38.

53 OLG Oldenburg, 2 W 144/00, OLGR Oldenburg 2001, 45; LG Göttingen, 10 T 3/97, Rpfleger 1998, 211, 212; *Bachmann*, in: Deprè (Hrsg.) (Fn. 35), § 40 Rn. 5; *Böttcher* (Fn. 35), §§ 39, 40 Rn. 4; *Böttcher/Keller/Schneider/Beeneken* (Fn. 31), 202; *Bohner/Hock*, in: Hock/Bohner/Christ/Steffen (Fn. 50), § 3 Rn. 45; *Büchmann,* ZIP 1985 (Fn. 29), 147 f.; *Hintzen*, in: Dassler/Schiffhauer/Hintzen/Engels/Rellermeyer (Fn. 35), § 40 Rn. 7; *Gojowczyk*, in: Stöber (Fn. 21), § 40 Rn. 8 f.; *Huber*, in: Löhnig/Gietl (Hrsg.) (Fn. 29), § 40 Rn. 8; *Keller*, in: Schneider (Hrsg.) (Fn. 29), § 40 Rn. 7; *Keller/Beeneken*, DGVZ 2018 (Fn. 31), 196; *Mohrbutter/Drischler/Radtke/Tiedemann* (Fn. 36), Muster 35 Anm. 1, Muster 37 Anm. 3; *Nußbaum* (Fn. 12), 97; *Ruhl,* DRiZ 1954 (Fn. 29), 189; *Storz/Kiderlen* (Fn. 35), C.3.3.; *Stumpe/Simon*, in: Kindl/Meller-Hannich (Hrsg.) (Fn. 35), § 40 ZVG Rn. 4; *Teufel*, in: Steiner (Fn. 36), § 40 Rn. 6.

54 Zum Bergwerkseigentum als Rechtsinstitut informativ *Ring*, Grundstrukturen des Bergwerkseigentums, NotBZ 2006, 37; zur Vollstreckung in dieses ausführlich *Gojowczyk*, Das Bergwerkseigentum als Gegenstand der Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen, Baden-Baden 2014.

55 Hier soll nach § 168 Abs. 1 ZVG die Terminsbestimmung ohnehin durch ein geeignetes Schifffahrtsfachblatt bekannt gemacht werden.

56 *Bachmann*, in: Deprè (Hrsg.) (Fn. 35), § 40 Rn. 5; *Böttcher* (Fn. 35), §§ 39, 40 Rn. 4; *Böttcher/Keller/Schneider/Beeneken* (Fn. 31), 202; *Bohner/Hock*, in: Hock/Bohner/Christ/Steffen (Fn. 50), § 3 Rn. 45; *Büchmann,* ZIP 1985 (Fn. 29), 147; *Gojowczyk*, in: Stöber (Fn. 21), § 40 Rn. 8; *Keller/Beeneken*, DGVZ 2018 (Fn. 31), 196; *Ruhl,* DRiZ 1954 (Fn. 29), 189; *Stumpe/Simon*, in: Kindl/Meller-Hannich (Hrsg.) (Fn. 35), § 40 ZVG Rn. 4; *Teufel*, in: Steiner (Fn. 36), § 40 Rn. 6.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

briefkästen im Ort. Noch mehr gilt dies für Werbespots im Rundfunk oder gar im Fernsehen.

Eine weitere Möglichkeit, die in der gerichtlichen Praxis auch genutzt wird,[57] ist die Veröffentlichung bei privaten Internetdienstleistern wie z. B. „immobilienpool.de" oder „zvg.com". Hiervon sollte aber allenfalls zurückhaltend Gebrauch gemacht werden, da nicht unerhebliche Kosten anfallen und ein diese rechtfertigender Mehrwert gegenüber der kostenfreien Veröffentlichung im gerichtlichen eIuK-System (Internet) nach § 39 Abs. 1 ZVG meist nicht besteht.[58]

Letztlich sind früher genutzte Möglichkeiten wie das Ausrufen oder Ausläuten des Termins in der Gemeinde[59] heute völlig unbrauchbar geworden.

Bei der Wahl des Veröffentlichungsmediums ist auf den Ortsgebrauch Rücksicht zu nehmen (§ 40 Abs. 2 Hs. 2 ZVG): So wird ein urbanes Milieu möglicherweise durch andere Publikationsformen (insbesondere im Internet) erreicht werden können als die Bewohner einer ländlichen Gegend (hier eher Tageszeitung oder Gemeindetafel).

4. Zeitpunkt der Veröffentlichung

Im Gegensatz zur Zustellung und zur öffentlichen Bekanntmachung der Terminsbestimmung (vgl. § 43 ZVG) ist für die werbende Veröffentlichung keine Frist vorgeschrieben, innerhalb derer sie vor dem Termin erfolgen müsste.[60] Bei der Bestimmung des Zeitpunkts ist zu bedenken, dass dem Mitbieten in der Zwangsversteigerung mit seinen weitreichenden Konsequenzen (insbesondere Eigentumserwerb durch Zuschlag in der Regel noch im Termin gemäß § 87 Abs. 1, § 89, § 90 Abs. 1 ZVG) in der Regel ein längerer Entscheidungsprozess vorausgeht. Gegebenenfalls müssen das Einverständnis von Ehegatten, Geschäftspartnern oder Gremien eingeholt,

57 *Böttcher/Keller/Schneider/Beeneken* (Fn. 31), 54, 202 f.; *Keller/Beeneken*, DGVZ 2018 (Fn. 31), 196.

58 So auch *Bachmann*, in: Deprè (Hrsg.) (Fn. 35), § 40 Rn. 6.

59 Vgl. hierzu *Jaeckel/Güthe* (Fn. 36), §§ 39, 40 Rn. 3.

60 LG Göttingen, 10 T 3/97, Rpfleger 1998, 211, 212; *Böttcher* (Fn. 35), §§ 39, 40 Rn. 4; *Gojowczyk*, in: Stöber (Fn. 21), § 40 Rn. 8; *Hintzen*, in: Dassler/Schiffhauer/Hintzen/Engels/Rellermeyer (Fn. 35), § 40 Rn. 7; *Huber*, in: Löhnig/Gietl (Hrsg.) (Fn. 29), § 40 Rn. 8; *Jaeckel/Güthe* (Fn. 36), §§ 39, 40 Rn. 3; *Mohrbutter/Drischler/Radtke/Tiedemann* (Fn. 36), Muster 35 Anm. 1, Muster 37 Anm. 3; *Ruhl,* DRiZ 1954 (Fn. 29), 189; *Storz/Kiderlen* (Fn. 35), C.3.3.; *Stumpe/Simon*, in: Kindl/Meller-Hannich (Hrsg.) (Fn. 35), § 40 ZVG Rn. 8.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

das Grundstück in Augenschein genommen und das Verkehrswertgutachten bzw. die Versteigerungsakten eingesehen (§ 38 Abs. 2, § 42 ZVG), über ein Darlehen verhandelt sowie rechtzeitig die Bietsicherheit aufgebracht und durch Scheck, Bürgschaft oder Überweisung gestellt werden (§ 69 ZVG).

Wenn nun für die werbende Veröffentlichung ein zeitlicher Vorlauf von 1 – 2 Wochen vorgeschlagen wird,[61] so ist dies für die geschilderten Vorgänge wohl kaum ausreichend; jedenfalls dann nicht, wenn erst durch diese die Interessenten überhaupt auf die Versteigerung aufmerksam werden. Andererseits aber darf die Veröffentlichung auch nicht zu früh erfolgen, damit sie nicht wieder in Vergessenheit gerät. Auch kann sich eine zu frühe Veröffentlichung als ungünstig erweisen, wenn – was nicht selten geschieht – der Termin kurzfristig wieder aufgehoben wird (z. B. auf Bewilligung des Gläubigers nach § 30 ZVG). Hierdurch können unnötige Kosten entstehen und auch die Interessen bzw. der Kredit des Schuldners gefährdet werden.[62] Zweckmäßig erscheint daher eine Veröffentlichung ca. 2 – 4 Wochen vor dem Versteigerungstermin.[63]

5. Datenschutz- und persönlichkeitsrechtliche Schranken

Die Angabe des Namens des Grundstückseigentümers bzw. Vollstreckungsschuldners in der werbenden Veröffentlichung mag zwar unter werblichen Aspekten in bestimmten Fällen zweckmäßig erscheinen,[64] ist jedoch nicht zulässig. Diese früher nach § 38 ZVG zum Soll-Inhalt der Terminsbestimmung gehörende Angabe ist dort mittlerweile ausdrücklich entfallen,[65] weil dies den Anforderungen des Datenschutzes nicht mehr entspricht.[66] Auch

61 So *Böttcher* (Fn. 35), §§ 39, 40 Rn. 4; *Ruhl,* DRiZ 1954 (Fn. 29), 189.

62 *Gojowczyk*, in: Stöber (Fn. 21), § 40 Rn. 8; *Mohrbutter/Drischler/Radtke/Tiedemann* (Fn. 36), Muster 35 Anm. 1, Muster 37 Anm. 3; *Ruhl,* DRiZ 1954 (Fn. 29), 189.

63 Ähnlich *Gojowczyk*, in: Stöber (Fn. 21), § 40 Rn. 8 f.; *Mohrbutter/Drischler/Radtke/Tiedemann* (Fn. 36), Muster 35 Anm. 1, Muster 37 Anm. 3; *Stumpe/Simon*, in: Kindl/Meller-Hannich (Hrsg.) (Fn. 35), § 40 ZVG Rn. 8.

64 Z. B. wenn Unternehmensgrundstücke mit bekanntem Geschäftsnamen zu versteigern sind, um auf diesem Weg zwar ortsunkundige, aber branchenvertraute Bietinteressenten anzulocken; vgl. *Büchmann,* ZIP 1985 (Fn. 29), 147.

65 Durch Art. 10 Nr. 1 des Ersten Gesetzes zur Modernisierung der Justiz vom 24.8.2004, BGBl. I 2198.

66 BT-Dr. 15/1508, 36. Kritisch hierzu *Böttcher* (Fn. 35), §§ 37, 38 Rn. 6; *Gojowczyk*, in: Stöber (Fn. 21), § 38 Rn. 11.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

gebietet es der Schutz der Persönlichkeit des Eigentümers, dessen Namen nicht im Zusammenhang mit der gegen ihn laufenden Zwangsvollstreckung öffentlich zu machen.[67] Allgemein sind personenbezogene Daten und Namen, ob von Eigentümer oder Mietern usw., nicht zu veröffentlichen.[68] Diese Erwägungen gelten auch für die werbende Veröffentlichung, die den Namen des Schuldners deshalb ebenfalls nicht verlautbaren darf.

Für die Bietinteressenten entstehen indes hieraus keine Nachteile: Zum einen haben sie auf Grund ihres „berechtigten Interesses" nach § 12 Abs. 1 S. 1 GBO die Möglichkeit, vor dem Versteigerungstermin Grundbucheinsicht zu nehmen und auf diese Weise den Eigentümer des Grundstücks in Erfahrung zu bringen und zum anderen erhalten sie gemäß § 42 ZVG Gelegenheit, Einsicht in Teile der gerichtlichen Versteigerungsakten einschließlich des Verkehrswertgutachtens zu nehmen.[69]

6. Steuerrechtliche Schranken

Der „Einheitswert" ist ein Wert für Grundstücke, der auf einen bestimmten Stichtag in einem gesetzlich geregelten Verfahren festgestellt wird (§§ 19 ff. BewG[70]) und für die Erhebung von Steuern (insbesondere Grundsteuer und Gewerbesteuer) als Bemessungsgrundlage dient. In bestimmten Fällen kann der Einheitswert des Grundstücks aber auch zur Ermittlung der Gerichtskosten für das Zwangsversteigerungsverfahren herangezogen und das Finanzamt zu diesem Zweck vom Vollstreckungsgericht um entsprechende Mitteilung ersucht werden (§ 54 Abs. 1 GKG).

Ist der Einheitswert, auf welchem Weg auch immer, zur Kenntnis des Vollstreckungsgerichts gelangt, so darf er jedenfalls – anders als der gerichtlich festgestellte Verkehrswert nach § 74a Abs. 5 ZVG – in der werbenden

67 Zum Persönlichkeitsrecht des Eigentümers vgl. auch OLG Zweibrücken, 3 W 54/87, Rpfleger 1987, 513.

68 Vgl. *Böttcher* (Fn. 35), §§ 37, 38 Rn. 29; *Böttcher/Keller/Schneider/Beeneken* (Fn. 31), 206; *Gojowczyk*, in: Stöber (Fn. 21), § 38 Rn. 14; *Hintzen*, in: Dassler/Schiffhauer/Hintzen/Engels/Rellermeyer (Fn. 35), § 38 Rn. 11; *Huber*, in: Löhnig/Gietl (Hrsg.) (Fn. 29), § 38 Rn. 16; *Keller*, in: Schneider (Hrsg.) (Fn. 29), § 38 Rn. 14 f.; *Keller/Beeneken*, DGVZ 2018 (Fn. 31), 197.

69 BT-Dr. 15/1508, 36.

70 Bewertungsgesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 1.2.1991, BGBl. I 230.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

Veröffentlichung nicht verlautbart werden, da dies einen Verstoß gegen das Steuergeheimnis (§ 30 AO)[71] darstellen würde.

7. Urheberrechtliche Fragen

Bilder sind für die Werbung von enormer Bedeutung: Sie werden schneller wahrgenommen als ein Text und wecken im Betrachter Emotionen, Bedürfnisse und Wünsche – ob bewusst oder unbewusst. Es liegt daher nahe und ist sinnvoll, auch bei der werbenden Veröffentlichung Bilder des Grundstücks bzw. der darauf befindlichen Gebäude zur Visualisierung einzusetzen. Hierfür kommen der Einfachheit halber bzw. aus Kostengründen die zumeist vorhandenen Fotos aus dem Sachverständigengutachten zur Verkehrswertermittlung (§ 74a Abs. 5 S. 1 ZVG) in Betracht, sofern deren Verwendung keine urheberrechtlichen Belange entgegenstehen.

Die von dem gerichtlich beauftragten Sachverständigen im Rahmen der Gutachtenerstellung gefertigten Fotos des Grundstücks bzw. der darauf befindlichen Gebäude genießen als Lichtbilder nach § 72 UrhG[72] urheberrechtlichen Schutz.[73] Demnach hat grundsätzlich nur der Sachverständige als Urheber das ausschließliche Recht, die Bilder öffentlich zugänglich zu machen (§ 15 Abs. 2 S. 2 Nr. 2, § 19a UrhG).[74] Selbst wenn der Sachverständige dieses Nutzungsrecht dem Vollstreckungsgericht nicht ausdrücklich übertragen hat, so räumt er diesem mit der Annahme des Gutachtenauftrages nach dem Übertragungszweckgedanken des § 31 Abs. 5 S. 2 UrhG doch stillschweigend diejenigen Rechte ein, die der Vertragszweck unbedingt erfordert.[75] Und der Zweck des Gutachtens liegt in dessen Nutzung im Zwangsversteigerungsverfahren, wozu auch die gesetzlich vorgesehene Information potentieller Bieter durch Veröffentlichung des Gutachtens im gerichtlichen eIuK-System (Internet) nach § 38 Abs. 2 ZVG gehört.[76] Damit

71 Abgabenordnung in der Fassung der Bekanntmachung vom 1.10.2002, BGBl. I 3866, 2003 I 61.

72 Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte (Urheberrechtsgesetz) vom 9.9.1965, BGBl. I 1273.

73 BGH, I ZR 68/08, NJW 2010, 2354, 2355; LG Berlin, 16 O 309/11, ZUM-RD 2013, 131; LG Hamburg, 308 O 580/08, ZUM-RD 2010, 80.

74 Dem Eigentümer des abgebildeten Grundstücks stehen dagegen keine urheberrechtlichen Ansprüche zur Seite; vgl. LG Berlin, 16 O 309/11, ZUM-RD 2013, 131.

75 BGH, I ZR 68/08, NJW 2010, 2354, 2355.

76 LG Hamburg, 308 O 580/08, ZUM-RD 2010, 80, 83; LG Berlin, 81 T 1056/05, Rpfleger 2006, 274, 275.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

kann das Sachverständigengutachten einschließlich etwaiger Fotos durch das Gericht ohne urheberrechtliche Bedenken veröffentlicht werden.[77] Hierfür spricht weiter die Schrankenprivilegierung von § 45 Abs. 1 und 3 UrhG, wonach Gerichte und Behörden für Zwecke der Rechtspflege und der öffentlichen Sicherheit Werke (und damit auch Lichtbilder, § 72 Abs. 1 i. V. m. § 2 Abs. 1 Nr. 5 UrhG) vervielfältigen, verbreiten und öffentlich wiedergeben dürfen (wobei das Vollstreckungsgericht jedenfalls als „Behörde" tätig und damit von der Privilegierung erfasst wird).[78]

Dies gilt auch für die werbende Veröffentlichung, die ebenfalls eine – dem § 38 Abs. 2 ZVG ähnliche – gesetzlich vorgesehene Möglichkeit der Information von Bietinteressenten darstellt und für welche die Fotos aus dem Sachverständigengutachten somit verwendet werden können. Freilich müssen auch hier jedoch persönlichkeits- und datenschutzrechtliche Aspekte beachtet werden (siehe oben IV.5.); auf den Fotos dürfen also keine Personen, KfZ-Kennzeichen usw. ersichtlich sein und aus ihnen darf sich auch nicht die Identität des Schuldners ableiten lassen.[79]

8. Gerichtskosten

Bei den durch die werbende Veröffentlichung entstehenden Kosten handelt es sich um gerichtliche Auslagen für öffentliche Bekanntmachungen im Sinne von § 3 Abs. 2 GKG i. V. m. Nr. 9004 KV GKG, die folglich in

77 So auch *Gojowczyk*, in: Stöber (Fn. 21), § 38 Rn. 12b; *Hauck*, Urheberrechtsschutz für Wertermittlungsgutachten? Zur Zulässigkeit der Online-Veröffentlichung von Gutachten in Zwangsversteigerungsverfahren, ZUM 2011, 542, 546 f. m. w. N.; *Schmidt-Wudy*, Akteneinsicht und Datenschutz – Eine Problemzone in der Praxis der Zwangsversteigerung, NJW 2022, 2071, 2075; *Schmidt-Wudy*, Aktuelle Fragestellungen zu § 42 ZVG unter besonderer Berücksichtigung der Sicht von Bietinteressenten, Rpfleger 2014, 293, 300 f. m. w. N. Andere Ansicht *Böttcher/Keller/Schneider/Beeneken* (Fn. 31), 206; *Keller*, in: Schneider (Hrsg.) (Fn. 29), § 38 Rn. 14; *Keller/Beeneken,* DGVZ 2018 (Fn. 31), 197.

78 So auch *Hauck*, ZUM 2011 (Fn. 77), 548 m. w. N.; *Melichar/Stieper*, in: Schricker/Loewenheim, Urheberrecht, 6. Aufl., München 2020, § 45 UrhG Rn. 5; *Schmidt-Wudy*, NJW 2022 (Fn. 77), 2075; *Schmidt-Wudy*, Rpfleger 2014 (Fn. 77), 300 m. w. N. Andere Ansicht *Böttcher/Keller/Schneider/Beeneken* (Fn. 31), 206; *Keller*, in: Schneider (Hrsg.) (Fn. 29), § 38 Rn. 14; *Keller/Beeneken*, DGVZ 2018 (Fn. 31), 197.

79 Vgl. *Hintzen*, in: Dassler/Schiffhauer/Hintzen/Engels/Rellermeyer (Fn. 35), § 38 Rn. 11; *Keller*, in: Schneider (Hrsg.) (Fn. 29), § 38 Rn. 15.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

voller Höhe erhoben werden.[80] Sie gehören zu den Verfahrenskosten im Sinne von § 109 Abs. 1 ZVG,[81] die somit dem Versteigerungserlös vorweg zu entnehmen sind. Im Übrigen ist Schuldner der Kosten der Antragsteller des Verfahrens (§ 26 Abs. 1 GKG); Zweitschuldner ist der Vollstreckungsschuldner (§ 29 Nr. 4 GKG). Vom Antragsteller kann ein entsprechender Auslagenvorschuss erhoben werden; die Veröffentlichung darf aber, weil von Amts wegen erfolgend, nicht von dessen Zahlung abhängig gemacht werden (§ 17 Abs. 1 und 3 GKG).

Es sollte darauf geachtet werden, dass unnötige Veröffentlichungskosten, sowohl dem Grunde als auch der Höhe nach, vermieden werden.[82] Denn ersichtlich überflüssige (weil nicht zur Verbesserung der Verwertungsaussichten beitragende) oder viel zu hohe (weil in keiner vernünftigen Relation zum Grundstückswert stehende) Kosten lassen einen Ermessensfehlgebrauch und damit eine unrichtige Sachbehandlung des Gerichts erkennen (siehe unten IV.9.), die nach § 21 GKG die Nichterhebung der Kosten zur Folge hat.

9. Entscheidungskriterien

Ob das Vollstreckungsgericht eine werbende Veröffentlichung veranlasst, in welcher Weise, wo und wann diese erfolgt, entscheidet es nach pflichtgemäßem Ermessen.[83] Die Verfahrensbeteiligten im Sinne von § 9 ZVG,

80 Vgl. *Bachmann*, in: Deprè (Hrsg.) (Fn. 35), § 40 Rn. 8; *Keller*, in: Schneider (Hrsg.) (Fn. 29), § 40 Rn. 9; *Keller*, in: Stöber (Fn. 21), Einleitung Rn. 471; *Touissant*, in: Touissant (Hrsg.), Kostenrecht: Kommentar, 51. Aufl., München 2021, GKG KV 9004 Rn. 1; *Zimmermann*, in: Binz/Dörndorfer/Zimmermann, GKG, FamGKG, JVEG: Kommentar, 4. Aufl., München 2019, KV GKG 9004 Rn. 1 f.

81 *Bachmann*, in: Deprè (Hrsg.) (Fn. 35), § 40 Rn. 8; *Böttcher* (Fn. 35), §§ 39, 40 Rn. 4; *Hintzen*, in: Dassler/Schiffhauer/Hintzen/Engels/Rellermeyer (Fn. 35), § 40 Rn. 7; *Huber,* in: Löhnig/Gietl (Hrsg.) (Fn. 29), § 40 Rn. 9; *Keller*, in: Schneider (Hrsg.) (Fn. 29), § 40 Rn. 9; *Teufel*, in: Steiner (Fn. 36), § 40 Rn. 8.

82 So auch *Bachmann*, in: Deprè (Hrsg.) (Fn. 35), § 40 Rn. 6; *Gojowczyk*, in: Stöber (Fn. 21), § 40 Rn. 8; *Ruhl,* DRiZ 1954 (Fn. 29), 189; *Storz/Kiderlen* (Fn. 35), C.3.3.

83 *Böttcher* (Fn. 35), §§ 39, 40 Rn. 4; *Gojowczyk*, in: Stöber (Fn. 21), § 40 Rn. 6 f.; *Huber*, in: Löhnig/Gietl (Hrsg.) (Fn. 29), § 40 Rn. 14; *Mohrbutter/Drischler/Radtke/Tiedemann* (Fn. 36), Muster 37 Anm. 3; *Ruhl,* DRiZ 1954 (Fn. 29), 189; *Teufel*, in: Steiner (Fn. 36), § 40 Rn. 1, 5.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

insbesondere Gläubiger und Schuldner, können eine solche aber anregen oder auch darum bitten, sie zu unterlassen.[84]

Ausschlaggebend ist, ob durch sie im konkreten Fall die Verwertungsaussichten verbessert werden können. Dabei wird insbesondere zu berücksichtigen sein, ob überhaupt eine Wahrscheinlichkeit besteht, dass das Grundstück Interesse findet (Lage, Größe, Nutzung bzw. Bebauung, Altlasten, Verhältnis von geringstem Gebot zu Verkehrswert usw.) und in welchem Verhältnis sich die Veröffentlichungskosten (siehe oben IV.8.) zum Grundstückswert bewegen.[85] Insbesondere wird man bei einer voraussehbar aussichtslosen Versteigerung auf kostenintensive werbende Veröffentlichungen in der Lokalpresse verzichten.[86] Gegebenenfalls ist auf den Ruf bzw. Kredit des Schuldners Rücksicht zu nehmen.[87] Berücksichtigung finden kann auch Art, Verbreitungsgebiet und Leserkreis des Amtsblatts,[88] falls dieses das Publikationsorgan für die Terminsbestimmung ist (vgl. § 39 Abs. 1 ZVG). Jedenfalls wird die Ansicht, dass die werbende Veröffentlichung den Regelfall darstelle und auf sie nicht verzichtet werden könne,[89] dem Einzelfall nicht gerecht und stellt daher keine pflichtgemäße Ermessensausübung dar. Dies gilt auch für das Postulat, dass, wenn schon anderweitig veröffentlicht werde, dies in jedem Verfahren zu erfolgen habe.[90]

Die ermessenswidrige Vornahme oder Unterlassung einer werbenden Veröffentlichung ist für die Gültigkeit des Verfahrens ohne Belang, denn die Zuschlagsversagungsregel des § 83 Nr. 7 ZVG betrifft nur die vorgeschriebenen Bekanntmachungen.[91] Allerdings kann dies mit der Vollstreckungserin-

84 Zur Beachtlichkeit der Bitte des Schuldners, den Versteigerungstermin in der örtlichen Zeitung nicht bekannt zu geben, vgl. OLG Celle, 4 W 76, 77 u. 78/78, Rpfleger 1979, 116, 117.

85 Vgl. *Jaeckel/Güthe* (Fn. 36), §§ 39, 40 Rn. 3; *Keller*, in: Schneider (Hrsg.) (Fn. 29), § 40 Rn. 9.

86 *Schiffhauer*, Die offensichtlich aussichtslose Zwangsversteigerung, Rpfleger 1983, 236, 239 Fn. 51.

87 *Mohrbutter/Drischler/Radtke/Tiedemann* (Fn. 36), Muster 35 Anm. 1, Muster 37 Anm. 3; *Ruhl,* DRiZ 1954 (Fn. 29), 189; *Storz/Kiderlen* (Fn. 35), C.3.3.

88 Vgl. *Bohner/Hock*, in: Hock/Bohner/Christ/Steffen (Fn. 50), § 3 Rn. 45 Fn. 37.

89 So *Mohrbutter/Drischler/Radtke/Tiedemann* (Fn. 36), Muster 35 Anm. 1, Muster 37 Anm. 3.

90 So *Stumpe/Simon*, in: Kindl/Meller-Hannich (Hrsg.) (Fn. 35), § 40 ZVG Rn. 5.

91 *Abramenko*, in: Schneider (Hrsg.) (Fn. 29), § 83 Rn. 15; *Bachmann*, in: Deprè (Hrsg.) (Fn. 35), § 83 Rn. 20; *Becker*, in: Stöber (Fn. 21), § 83 Rn. 32; *Böttcher* (Fn. 35), §§ 39, 40 Rn. 4, § 83 Rn. 8; *Hintzen*, in: Dassler/Schiffhauer/Hintzen/Engels/Rellermeyer (Fn. 35), § 83 Rn. 35; *Huber*, in: Löhnig/Gietl (Hrsg.) (Fn. 29), § 40 Rn. 13; *Jaeckel/Güthe* (Fn. 36), §§ 39, 40 Rn. 3, § 83 Rn. 10; *Storz*, in: Steiner (Fn. 36), § 83

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

nerung nach § 766 ZPO gerügt werden[92] und gegebenenfalls kostenrechtliche Folgen haben (siehe oben IV.8.).

V. Zusammenfassung

§ 40 Abs. 2 ZVG eröffnet dem Vollstreckungsgericht die Möglichkeit, über die vorgeschriebene öffentliche Bekanntmachung der Terminsbestimmung hinaus auf andere Weise Werbung für die Grundstücks-Zwangsversteigerung zu machen. Ziel ist es dabei, den Versteigerungstermin möglichst vielen Interessenten zur Kenntnis zu bringen, um auf diese Weise die Konkurrenz der Bieter zu fördern und so einen möglichst hohen Erlös zu erzielen. Dies liegt im Interesse aller Verfahrensbeteiligter, auch und gerade des Schuldners.

Als solche „werbende Veröffentlichung" im weiteren Sinne in Betracht kommt zum einen die Bekanntmachung der eigentlichen Terminsbestimmung nicht nur im gerichtlichen eIuK-System (Internet), sondern auch im Amtsblatt und/oder ihr zusätzlicher Aushang an der örtlichen Gemeindetafel. Zum anderen bietet sich – als Werbung im engeren Sinne – eine knapp gehaltene, aber aussagekräftige und Aufmerksamkeit erregende Anzeige in einer viel gelesenen örtlichen Tageszeitung, gegebenenfalls auch in einer Fachzeitschrift, an. Insoweit sind inhaltlich zwar Belange des Datenschutzes, des Persönlichkeitsrechts und des Steuergeheimnisses zu beachten, Fotos aus dem Sachverständigengutachten dürfen dagegen verwendet werden. Die Werbung sollte ca. 2 – 4 Wochen vor dem Termin geschaltet werden, da dieser von den Bietinteressenten meist eine längere Vorbereitung erfordert.

Über das Ob und das Wie der werbenden Veröffentlichung entscheidet das Gericht nach pflichtgemäßem Ermessen unter Abwägung von Kosten- und Nutzenaspekten. Im Interesse der Erzielung eines bestmöglichen Verfahrensergebnisses sollte es von dieser Möglichkeit jedoch nicht zu sparsam Gebrauch machen.

Rn. 30; *Stumpe/Simon*, in: Kindl/Meller-Hannich (Hrsg.) (Fn. 35), § 83 ZVG Rn. 8; *Teufel*, in: Steiner (Fn. 36), § 40 Rn. 1.

92 So auch *Huber*, in: Löhnig/Gietl (Hrsg.) (Fn. 29), § 40 Rn. 15; *Teufel*, in: Steiner (Fn. 36), § 40 Rn. 1.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

„Kommerzielle Kommunikation" im EU-Recht seit den 1980er Jahren

Ludwig Gramlich

I. Einleitung

Der Begriff „kommerzielle Kommunikation" wird auf der Ebene des EU-(Sekundär-)Rechts erstmals 2000 in der eCommerce-RL[1], in Deutschland dann im Rahmen von deren Umsetzung auch im hierdurch geänderten TDG[2] verwendet. Die Europäische Kommission hatte hierzu 1996 ein „Grünbuch" vorgelegt[3] und zwei Jahre später ein „Folgedokument" publiziert[4], in dem u.a. auch die „Klärung von Fragen des elektronischen Geschäftsverkehrs" in Aussicht gestellt wurde. Einerseits wurde schon dort erläutert, erfasst würden „sämtliche Formen der Kommunikation, die auf die Förderung des Absatzes von Produkten oder Dienstleistungen bzw. des Images eines Unternehmens oder einer Organisation gegenüber den Endverbrauchern und/oder Vertriebsunternehmen abzielen". Andererseits wurden aber kein Bezug zur oder gar eine Verknüpfung mit „elektronischer" bzw. Tele-„Kommunikation" hergestellt, obgleich in diesem Bereich schon seit Mitte der 1980er Jahre zahlreiche Rechtsakte sowohl des (Europäischen Parlaments und des) Rates als auch der Kommission ergangen waren.[5] Auch dort wurde „Kommunikation" jedoch nur als Teil speziellerer Definitionen wie (Kommunikations-)„Linien", „Netze", „Dienste" oder (End-) „Geräte" verwendet, der (juristische) Inhalt dieser Formulierung aber nicht näher erläutert, sondern anscheinend als bekannt vorausgesetzt. Damit unterblieb freilich auch eine Abgrenzung gegenüber „Information", obschon insoweit Unternehmen/Diensteanbietern eine Vielzahl von diversen Pflichten auferlegt wurde, und überhaupt nicht adressiert wurde, ob die – notwendig zwischen mindestens zwei Personen stattfindende oder zumindest

1 Richtlinie (RL) 2000/31/EG v. 8.6.2000, ABl. EG Nr. 178/1 v. 17.7.2000.
2 § 3 Nr. 5 idF von Art. 1 Nr. 3 des Gesetzes v. 14.12.2001 (BGBl. I, 3721).
3 KOM (1996) 192 endg. = BR-Drs. 420/96.
4 KOM (1998) 121 endg. v. 4.3.1998.
5 S. III.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

angebahnte – Kommunikation primär einseitig (bezogen auf den [Ab-]Sender) zu verstehen sei oder ob und wie weit auch der Empfänger über Erhalt und Kenntnisnahme vom Inhalt einer Nachricht hinaus aktiv involviert ist, im Sinne einer Interaktion mit der Gegenseite.[6]

1998 hielt die Kommission ebenfalls fest, kommerzielle Kommunikation betreffe „alle Formen der Werbung, des Direktmarketings, des Sponsorings, der Verkaufsförderung, der Öffentlichkeitsarbeit sowie die Dienstleistungen, die die Aufmachung der Verpackung betreffen, jedoch nicht die Beschriftung", inbegriffen sei aber Kommunikation in Form von „Packungszugaben", für die keine Beschriftungsvorschriften gelten.[7] Auf europäisches Primärrecht wurde freilich nur insofern Bezug genommen, als hier zum einen Dienstleistungen iSv Art. 59, 60 E(W)GV[8] vorliegen, die (wenn auch nicht notwendig oder stets vom „Endverbraucher"[9]) vergütet werden[10] und grenzüberschreitend erbracht werden können. Unter bestimmten Umständen könne sich auch die Anwendung von Art. 30 EGV[11] als nützlich erweisen; so erkenne der EuGH in einer Reihe von Fällen den „indirekten wirtschaftlichen Zusammenhang zwischen Dienstleistungen im Bereich der kommerziellen Kommunikationen und dem Absatz von Waren" deutlich an.[12] Hingegen wurde bei Regelungen für den Sektor der elektronischen bzw. Tele-Kommunikation nicht nur auf die Verwirklichung der Grundfreiheiten, sondern auch auf (unions)grundrechtliche Vorgaben abgestellt, auch schon vor Verabschiedung der (zunächst nur programmatisch bedeutsamen) Grundrechte-Charta (EuGRCh).

Gerhard Ring hat sich immer wieder mit Rechtsfragen der Werbung befasst[13] und, für einen dem Zivilrecht verbundenen Wissenschaftler durchaus bemerkenswert, dabei auch den Rahmen höherrangigen Rechts immer

6 S. IV.
7 AaO (Fn. 4), S. 6, 11.
8 Art. 49 f. EG(V); heute Art. 56 f. AEUV.
9 Der Begriff stammt freilich aus dem Umsatzsteuerrecht, deckt sich daher weder gänzlich mit dem des „Verbrauchers" noch dem des „Endnutzers".
10 Zur Relevanz der Gegenleistung für „kommerzielle Kommunikation" auch BGH, Urt. v. 13.1.2022, openJur 2022, 4176, Rn. 32.
11 Ursprünglich Art. 36 EWGV, heute Art. 36 AEUV.
12 AaO (Fn. 4), S. 11; vgl. etwa *Oesch*, in Sethe/Heinemann/Hilty/Nobel/Zäch, Kommunikation: Festschrift für Rolf H. Weber zum 60. Geburtstag, Bern 2011, 605 ff.
13 Vor allem: *Bülow/Ring/Artz/Brixius*, Heilmittelwerbegesetz – Kommentar, 6. Auflage, München 2022; *Ring*, Anwaltliches Werberecht, 2. Auflage, Baden-Baden 2018; zur Relevanz des Persönlichkeitsschutzes *Olsen-Ring/Ring*, in: Götting/Schertz/Seitz, Handbuch Persönlichkeitsrecht, 2. Auflage, München 2019, § 66 Rn. 1 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

angemessen in seine Darstellung einbezogen, nicht zuletzt die gebotene Herstellung praktischer Konkordanz vor allem durch den Gesetzgeber angesichts der divergierenden Grundrechte unterschiedlicher Akteure sowohl auf supranationaler Ebene als auch (bei der Ausfüllung verbleibender Rechtsetzungsspielräume) durch die mitgliedstaatlichen Legislativen. Im Folgenden sollen wesentliche Felder etwas näher betrachtet werden, auch um zu analysieren, wo alte oder auch neue Defizite bestehen.

II. Abriss der Rechtsetzung in EWG, EG und EU

Insbesondere auf Art. 100 EWGV[14], der den Rat zum Erlass von Richtlinien (Art. 189 Abs. 3) für die „Angleichung derjenigen Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten, die sich unmittelbar auf die Errichtung oder das Funktionieren des Gemeinsamen Marktes auswirken", ermächtigte, gestützt war der Rechtsakt über „irreführende Werbung".[15] Nach Art. 1 bezweckte dieser den „Schutz der Verbraucher, der „natürlichen oder juristischen" (Art. 2 Nr. 3) „Personen, die einen Handel oder ein Gewerbe betreiben oder ein Handwerk oder einen freien Beruf ausüben, sowie der Interessen der Allgemeinheit gegen irreführende Werbung und deren unlautere Auswirkungen"; weiterreichende nationale Vorschriften blieben unberührt (Art. 7). Art. 2 definierte zum einen in Nr. 1 „Werbung" als „jede Äußerung bei der Ausübung eines Handels, Gewerbes, Handwerks oder freien Berufs mit dem Ziel, den Absatz von Waren oder die Erbringung von Dienstleistungen, einschließlich unbeweglicher Sachen, Rechte und Verpflichtungen zu fördern"; nach Nr. 2 ist diese „irreführend", wenn sie „in irgendeiner Weise - einschließlich ihrer Aufmachung - die Personen, an die sie sich richtet oder die von ihr erreicht werden, täuscht oder zu täuschen geeignet ist und die infolge der ihr innewohnenden Täuschung ihr wirtschaftliches Verhalten beeinflussen kann oder aus diesen Gründen einen Mitbewerber schädigt oder zu schädigen geeignet ist"; Beurteilungskriterien hierfür nennt Art. 4. Recht allgemein stecken Art. 4, 6 RL Vorgaben für von den Mitgliedstaaten „im Interesse sowohl der Verbraucher als auch der Mitbewerber und der Allgemeinheit" zu treffende „geeignete und wirksame Möglichkeiten zur Bekämpfung der irreführenden Werbung" ab. Zusätzlich zu den in Art. 4 genannten staatlichen Gerichts- oder Verwaltungsverfahren

14 Später Art. 94 EG(V), heute Art. 115 AEUV.

15 RL 84/450/EWG v. 10.9.1984, ABl. EG L 250/17 v. 19.9.1984.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

weist Art. 5 auf die Zulässigkeit einer „freiwillige(n) Kontrolle irreführender Werbung durch Einrichtungen der Selbstverwaltung" und die Inanspruchnahme solcher Einrichtungen durch Personen oder Organisationen hin, „die nach dem nationalen Recht ein berechtigtes Interesse an der Verhinderung irreführender Werbung haben". 2005 wurde nicht nur erneut der Zweck erweitert (um Regelungen zur aggressiven Werbung[16]), sondern listete Anhang II des Änderungsrechtsakts[17] alle damals geltenden spezifischen Bestimmungen zu „Werbung und kommerzieller Kommunikation" auf. Nunmehr wurde Art. 95 EG[18] als Rechtsgrundlage genannt, zudem betonte bereits EG 1 die notwendige Gewährleistung eines hohen Verbraucherschutzes (mit Bezug auf Art. 153 Abs. 1, Abs. 3 lit. a EG[19]); im Nachgang wurde eine Kodifizierung vorgenommen.[20] 2019 schließlich erfolgte eine weitere Novellierung („zur besseren Durchsetzung und Modernisierung der Verbraucherschutzvorschriften der Union")[21]; hier wird auch auf Art. 38 EuGRCh[22] rekurriert (EG 1), später auf die Unternehmerfreiheit, Art. 16 (EG 51). Hinsichtlich unlauterer Geschäftspraktiken wurden auch „Online-Marktplätze" einbezogen, und in einem neuen Art. 3 Abs. 5 der RL 2005/29/EG[23] wurde klargestellt, die Mitgliedstaaten seien nicht daran gehindert, „Bestimmungen zum Schutz der berechtigten Interessen der Verbraucher in Bezug auf aggressive oder irreführende Vermarktungs- oder Verkaufspraktiken im Zusammenhang mit unerbetenen Besuchen eines Gewerbetreibenden in der Wohnung eines Verbrauchers oder Ausflügen, die von einem Gewerbetreibenden in der Absicht oder mit dem Ergebnis organisiert werden, dass für den Verkauf von Produkten bei Verbrauchern geworben wird oder Produkte an Verbraucher verkauft werden, zu erlassen"; solche Bestimmungen müssten jedoch „verhältnismäßig, nicht diskriminierend und aus Gründen des Verbraucherschutzes gerechtfertigt" sein.

Auf das Medium „Fernsehen" (also nicht „Rundfunk" insgesamt) bezogen und beschränkt finden sich erstmalig Vorschriften über „Fernsehwerbung" (definiert in Art. 1 lit. b) „und Sponsoring" (Art. 1 lit. d) in Kap. IV

16 Vgl. Art. 8, 9 iVm Art. 5 Abs. 4 RL 2005/29/EG v. 11.5.2005, ABl. EG L 149/22 v. 11.6.2005.
17 S. Fn. 16.
18 Heute: Art. 114 AEUV.
19 Zunächst Art. 129a EGV; heute Art. 169 AEUV.
20 RL 2006/114/EG v. 12.12.2006, ABl. EG L 376/21 v. 27.12.2006.
21 RL (EU) 2019/2161 v. 27.11.2019, ABl. EU L 328/7 v. 18.12.2019.
22 Art. 6 (Abs. 1) EUV; Originalfassung v. 7.12.2000, ABl. EG C 364/1 v. 18.12.2000.
23 S. Fn. 16.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

der Koordinierungsrichtlinie des Rats von 1989[24], gestützt („insbesondere") auf Art. 57 Abs. 2 und 66 EWGV[25]. Wohl auch wegen der Verbindung zu einem einschlägigen Übereinkommen des Europarats[26] weist freilich EG 8 darauf hin, bei Ausstrahlung und Verbreitung von „Fernsehsendungen" (Art. 1 lit. a) gehe es zugleich um die Ausprägung eines „allgemeineren Prinzips", der Freiheit der Meinungsäußerung nach Art. 10 Abs. 1 EMRK[27], so dass diese Tätigkeit nur mit den in Art. 10 Abs. 2 EMRK und in Art. 56 Abs. 1 EWGV[28] vorgesehenen Beschränkungen „ungehindert ausgeübt" werden könne. Die allgemein nach Art. 2 sicherzustellende Sende- und Empfangsfreiheit schließt auch Werbung im Fernsehen ein, mit Ausnahme von „Schleichwerbung" (Art. 10 Abs. 4 iVm. Art. 1 lit. c), wenn bestimmte Vorgaben eingehalten werden; spezielle Regeln betreffen das „Sponsoring" (Art. 17) und „Teleshopping"[29] (Art. 18 Abs. 3). Art. 19 gestattet es Mitgliedstaaten, Sendezeit und Modalitäten strikter als in Art. 18 festzulegen, „um die Nachfrage nach Fernsehwerbung mit den Interessen der Allgemeinheit in Einklang zu bringen"; insbesondere seien dabei zu berücksichtigen die „Funktion des Fernsehens als Träger von Information, Bildung, Kultur und Unterhaltung" sowie die „Wahrung der Informations- und Medienvielfalt". Nicht (explizit) genannt werden hingegen Aspekte von Adressaten „unerwünschter" Werbung![30] Der spezielle Schutz von „Minderjährigen" wird sowohl in Kap. IV (Art. 16) die Vermeidung bestimmter Formen und Methoden betreffend als auch allgemein in Art. 22 normiert, bezogen auf mögliche (schwere) Beeinträchtigungen der körperlichen, geistigen und sittlichen Entwicklung. Nur am Rande hält Art. 24 fest, mitgliedstaatliche Rechte und Pflichten auch aus Übereinkommen im Bereich Telekommunikation[31] blieben unberührt.

24 RL 89/552/EWG v. 3.10.1989, ABl. EG L 298/23 v. 17.10.1989; vgl. auch BVerfG, Urt. v. 22.3.1995, BVerfGE 92, 203, Rn. 143 ff.

25 Später Art. 47 Abs. 2, 55 EG(V); heute Art. 53 Abs. 2, 62 AEUV.

26 Europäisches Übereinkommen über das grenzüberschreitende Fernsehen v. 5.5.1989 (BGBl. 1994 II, 639).

27 V. 4.11.1950, https://www.echr.coe.int/documents/convention_deu.pdf.

28 Später Art. 46 EG(V); heute Art. 52 AEUV.

29 Definition in Art. 1 lit. f erst eingefügt durch Art. 1 Nr. 1 der Änderungsrichtlinie 97/36/EG v. 30.6.1997, ABl. EG L 202/60 v. 30.7.1997; zu dieser Form auch diverse Modifizierungen und Ergänzungen in Art. 10 ff.

30 Anders als bei Individualkommunikation; dazu unten, III.

31 Vor allem im Rahmen der Internationalen Fernmeldeunion (ITU), speziell Vorschriften des Funksektors (ITU-R).

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

Eine erhebliche Verbreiterung des (sachlichen) Anwendungsbereichs erfolgte 2010[32]. Umfasst sind seither alle „audiovisuellen Mediendienste", d.h. Dienstleistungen iSv Art. 56, 57 AEUV, deren Hauptzweck „die Bereitstellung von Sendungen" (Art. 1 Abs. 1 lit. b) „zur Information, Unterhaltung oder Bildung der allgemeinen Öffentlichkeit" über „elektronische Kommunikationsnetze" (Art. 2 lit. a der RL 2002/21/EG[33]) ist (Art. 1 Abs. 1 Satz 1 lit. a i), in Form eines Fernsehprogramms (Art. 1 Abs. 1 lit. e) oder auf Abruf (lit. c). Zu solchen Diensten gehört aber auch „audiovisuelle kommerzielle Kommunikation" (lit. a ii]), d.h. nach lit. h „Bilder mit oder ohne Ton, die der unmittelbaren oder mittelbaren Förderung des Absatzes von Waren und Dienstleistungen oder des Erscheinungsbilds natürlicher oder juristischer Personen, die einer wirtschaftlichen Tätigkeit nachgehen, dienen" und die „einer Sendung gegen Entgelt oder eine ähnliche Gegenleistung oder als Eigenwerbung beigefügt oder darin enthalten sind" (Sätze 1, 2). Dazu zählen „unter anderem Fernsehwerbung, Sponsoring, Teleshopping und Produktplatzierung", definiert in lits. i – m. Während als Rechtsgrundlage (weiterhin) Art. 53 Abs. 1 und 62 AEUV angeführt werden, besagt EG 16, die neue Richtlinie verbessere „die Wahrung der Grundrechte" und trage den in der EuGRCh, insbesondere in Art. 11, „anerkannten Grundrechten und Grundsätzen vollständig Rechnung". In dieser Hinsicht würden die Mitgliedstaaten „in keiner Weise in der Anwendung ihrer Verfassungsvorschriften über die Pressefreiheit und die Meinungsfreiheit in den Medien eingeschränkt". Da „durch die Entwicklung neuer Werbetechniken und Marketingkonzepte neue wirksame Möglichkeiten für die audiovisuelle kommerzielle Kommunikation im traditionellen Fernsehen entstanden" seien, „das auf diese Weise unter gleichen Voraussetzungen im Wettbewerb mit innovativen Abrufdiensten besser bestehen kann" (EG 80), wird das relevante Kapitel (nunmehr VII, Art. 19 ff. und Art. 27) aktualisiert, und die Neuerungen werden in den Erwägungsgründen (81 ff.) ausführlich erläutert. Andererseits steigere das Angebot an audiovisuellen Mediendiensten auf Abruf die Wahlmöglichkeiten des Verbrauchers, daher erschienen detaillierte Bestimmungen über die audiovisuelle kommerzielle Kommunikation für solche Dienste „weder gerechtfertigt noch aus technischer Sicht sinnvoll. Dennoch sollten bei jeglicher audiovisueller kommerzieller Kommunikation nicht nur die Kennzeichnungsvorschriften, sondern auch

32 RL 2010/13/EG v. 10.3.2010, ABl. EG L 95/1 v. 15.4.2010.

33 „Rahmen"-Richtlinie (RRL) v. 7.3.2002, ABl. EG L 108/33 v. 24.4.2002.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

qualitative Grundvorschriften beachtet werden, damit die anerkannten ordnungspolitischen Ziele erreicht werden können" (EG 79). Dies bezieht sich auf Art. 9, Art. 10 (Sponsoring) und Art. 11 („Produktplatzierung"), ferner Art. 12 (Minderjährigenschutz). EG 22 macht deutlich, dass die Richtlinie „Massenmedien in ihrer informierenden, unterhaltenden und die breite Öffentlichkeit bildenden Funktion erfassen" will, „einschließlich der audiovisuellen kommerziellen Kommunikation, aber sowohl „alle Formen privater Korrespondenz, z. B. an eine begrenzte Anzahl von Empfängern versandte elektronische Post", als auch andere Dienste ausschließt, „deren Hauptzweck nicht die Bereitstellung von Programmen ist, d. h. bei denen audiovisuelle Inhalte lediglich eine Nebenerscheinung darstellen und nicht Hauptzweck der Dienste sind", etwa „Internetseiten, die lediglich zu Ergänzungszwecken audiovisuelle Elemente enthalten, z. B. animierte grafische Elemente, kurze Werbespots oder Informationen über ein Produkt oder nichtaudiovisuelle Dienste". Vom Anwendungsbereich ausgenommen sein sollen daher „Glücksspiele mit einem einen Geldwert darstellenden Einsatz, einschließlich Lotterien, Wetten und andere Gewinnspiele, sowie Online-Spiele und Suchmaschinen", jedoch nicht „Sendungen mit Gewinnspielen oder Glücksspielen". Nicht einbezogen sind nach EG 28 auch „elektronische Ausgaben von Zeitungen und Zeitschriften".[34]

Nach Veröffentlichung der „Strategie für einen digitalen Binnenmarkt für Europa"[35] kam es zu einer neuerlichen Fortschreibung. Die RL 2010/13/EU[36] sei „zwar nicht darauf ausgerichtet, soziale Netzwerke an sich zu regulieren, aber sie sollte sich auf diese Dienste erstrecken, wenn eine wesentliche Funktion des sozialen Netzwerks in der Bereitstellung von Sendungen und von nutzergenerierten Videos" (Art. 1 Abs. 1 lit. ba) besteht; eine wesentliche Funktion könne dann angenommen werden, „wenn der audiovisuelle Inhalt im Rahmen der Tätigkeit des sozialen Netzwerks nicht bloß von untergeordneter Bedeutung ist oder nur einen geringfügigen Teil der Tätigkeiten des sozialen Netzwerks darstellt" (EG 5). Der Rechtsakt erstreckt sich seither auch auf „Video-Sharing-Plattform-Dienste" (Art. 1 Abs. 1 lit. aa), mit einem eigenen Kapitel (IXa, Art. 28a f.). Kommerzielle Kommunikation über solche Plattformen werde freilich bereits hinreichend

34 Zum Umsatzsteuerrecht (insb. Art. 56, Anhang II der RL 2006/112/EG v. 28.11.2006, ABl. EG L 347/1 v. 11.12.2006, vgl. EuGH, Urt. v. 5.6.2015, Rs. C-479/13, C-502/13, ECLI:EU:C:2015:141.

35 COM (2015)192 final v. 6.5.2015.

36 S. Fn. 32.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

über bestehende allgemeine und produktspezifische Regelungen[37] eingehegt (EG 46); gleichwohl wird die Definition in Art. 1 Abs. 1 lit. h) nachjustiert. EG 60 vermerkt noch, die Richtlinie gelte „unbeschadet der Pflicht der Mitgliedstaaten, die Menschenwürde zu achten und zu schützen", stehe „im Einklang mit den Grundrechten und Grundsätzen, die insbesondere mit der EuGRCh anerkannt wurden", und ziele insbesondere darauf ab, „die vollständige Wahrung des Rechts der freien Meinungsäußerung, der unternehmerischen Freiheit und des Rechts auf gerichtliche Nachprüfung sicherzustellen" sowie die Anwendung der Rechte des Kindes (Art. 24 EuGRCh) zu „fördern". Der immer weiter zunehmenden Vielfalt und Komplexität trägt ein neuer Art. 7b Rechnung, der die Mitgliedstaaten verpflichtet, „angemessene und verhältnismäßige Maßnahmen" zu ergreifen, um sicherzustellen, dass von Mediendiensteanbietern (Art. 1 Abs. 1 lit. d iVm lit. c) bereitgestellte audiovisuelle Mediendienste nicht ohne die ausdrückliche Zustimmung dieser Anbieter zu kommerziellen Zwecken überblendet oder verändert werden", und dabei „die genauen rechtlichen Bedingungen einschließlich Ausnahmen - insbesondere zur Wahrung der berechtigten Interessen der Nutzer -" zu bestimmen, wobei sie die „berechtigten Interessen" der Anbieter berücksichtigen, die die audiovisuellen Mediendienste ursprünglich bereitgestellt haben.

Der jüngst präsentierte Vorschlag für ein Europäisches Medienfreiheitsgesetz[38] will durch eine Verordnung nach Art. 288 Abs. 2 AEUV „unter Beibehaltung der Qualität der Mediendienste" (Art. 2 Nr. 1) gemeinsame Vorschriften für das ordnungsgemäße Funktionieren des Binnenmarkts in diesem Bereich festlegen (Art. 1 Abs. 1) und wird speziell nur auf Art. 114 AEUV gestützt. Nach Art. 1 Abs. 2 sollen freilich unberührt bleiben die Bestimmungen der eCommerce-[39] und der Richtlinie „über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte und digitaler Dienstleistungen"[40] sowie der Verordnungen „zur Förderung von Fairness und Transparenz für gewerbliche Nutzer von Online-Vermittlungsdiensten"[41], „über einen Binnenmarkt für digitale Dienste"[42], „über bestreitbare

37 RL 2005/29/EG (oben, Fn. 16), RL'en 2003/33/EG, RL 2014/40/EU.
38 COM (2022) 457 final v. 16.9.2022.
39 S. Fn. 1.
40 RL (EU) 2019/970 v. 20.5.2019, ABl. EU L 136/1 v. 22.5.2019; vgl. EuGH, Urt. v. 26.4.2022, Rs. C-401/19, ECLI:EU:C:2022:297.
41 Verordnung (VO) (EU) 2019/1150 v. 20.6.2019, ABl. EU L 186/57 v. 11.7.2019.
42 Gesetz über digitale Dienste, Digital Services Act (DSA), VO (EU) 2022/2065 v. 19.10.2022, ABl. EU L 277/1 v. 27.10.2022.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

und faire Märkte im digitalen Sektor"[43], ferner die vorgeschlagene Verordnung „über die Transparenz und das Targeting politischer Werbung"[44]. Den Mitgliedstaaten bleibt auch vorbehalten, ausführlichere Vorschriften in den unter Kap. II (Rechte und Pflichten von „Mediendiensteanbietern" [Art. 2 Nr. 2] und -empfängern, Art. 3 ff.) und Kap. III. Abschn. 5 (Anforderungen an gut funktionierende Medienmarktmaßnahmen und -verfahren, Art. 20 ff.) fallenden Gebieten zu erlassen, sofern diese „mit dem Unionsrecht vereinbar sind" (Art. 1 Abs. 3). Art. 24 stellt einen Rahmen für die „Zuweisung staatlicher Werbeausgaben" an Mediendiensteanbieter auf und fordert deren Kontrolle durch nationale Regulierungsbehörden (Art. 7 iVm Art. 30 RL 2010/13/EU); die Regelungen über das öffentliche Auftragswesen allein könnten keinen ausreichenden Schutz „vor Bevorzugung und Unvoreingenommenheit" bieten (EG 48). Überaus allgemein erklärt EG 53, die VO wahre die „Grundrechte und Grundsätze", wie sie unter anderem insbesondere in Art. 7, 8, 11, 16, 47, 50 und 52 EuGRCh verankert sind, und sollte daher im Einklang damit angewandt werden - und umgekehrt nicht dahin gehend ausgelegt, „dass sie die Informationsfreiheit oder die Pressefreiheit beeinträchtigt oder Anreize für die Mitgliedstaaten schafft, Anforderungen für redaktionelle Inhalte von Presseveröffentlichungen einzuführen". Der Rechtsakt von 2010/2018[45] wird (mit kleinen Änderungen) neben dieser Verordnung bestehen bleiben.

Um die Jahrtausendwende wurden Themen der Informationsgesellschaft („information society") auch von Rechtswissenschaft und Rechtsetzung vermehrt aufgegriffen, etwa in der schon eingangs erwähnten eCommerce-RL, ergangen aufgrund von Art. 47 Abs. 2, 55 und 95 EG. Gerechtfertigt wird dieser Rechtsakt im Hinblick auf den Zusammenhang von elektronischem Geschäftsverkehr und wirtschaftlichem und sozialem Fortschritt der Union (EG 2); hingewiesen wird aber zugleich auf die Verbindung zur Fernseh-RL (EG 4). Wie dort dürfe also der freie Verkehr von „Diensten der Informationsgesellschaft" (Art. 2 lit. a[46]) nur nach Maßgabe von Art. 10 (Abs. 2) EMRK und Art. 46 Abs. 1 EG eingeschränkt werden, sei aber die

43 Gesetz über digitale Märkte, Digital Markets Act (DMA), VO(EU) 2022/1925 v. 14.9.2022, ABl. EU L 265/1 v. 12.10.2022.

44 COM (2021) 731 final v. 25.11.2021.

45 S. Fn. 32; Novellierung: RL 2018/1808 v. 14.11.2018, ABl. EU L 303/69 v. 28.11.2018.

46 Bezugnehmend auf „Dienste im Sinne von Art. 1 Nr. 2 der Richtlinie 98/34/EG v. 22.6.1998, ABl. EG L 204/17 v. 21.7.1998, idF der RL 98/48/EG, v. 20.7.1998, ABl. EG L 217/18 v. 5.8.1998"; novelliert durch RL (EU) 2015/1535 v. 9.9.2015, ABl. EU L 241/1 v. 17.9.2015.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

freie Meinungsäußerung weiterhin gewährleistet (EG 9). Da allgemeines wie bereichsspezifisches Datenschutzrecht[47] „uneingeschränkt anwendbar" sei, bedürfe es insoweit keiner Regelung (s. Art. 1 Abs. 5 lit. n); vielmehr seien die „Grundsätze des Schutzes personenbezogener Daten" insbesondere in Bezug auf nicht angeforderte kommerzielle Kommunikation und die Verantwortlichkeit von Vermittlern zu beachten. Eine „anonyme Nutzung offener Netze wie des Internets" könne die Richtlinie aber „nicht unterbinden" (EG 14). Nach Art. 1 soll der Rechtsakt dadurch einen Beitrag zum „einwandfreien Funktionieren des Binnenmarktes" leisten, dass er den „freien Verkehr von Diensten der Informationsgesellschaft zwischen den Mitgliedstaaten sicherstellt" (Abs. 1) und, soweit dies für die Erreichung dieses Ziels erforderlich ist, eine Angleichung bestimmter für die Dienste der Informationsgesellschaft geltender innerstaatlicher Regelungen herbeiführen, die etwa die Niederlassung der Diensteanbieter und kommerzielle Kommunikationen, aber auch elektronische Verträge, die Verantwortlichkeit von Vermittlern, Verhaltenskodizes, Systeme zur außergerichtlichen Beilegung von Streitigkeiten und Klagemöglichkeiten betreffen (Abs. 2). Die Richtlinie ergänzt das auf die Dienste der Informationsgesellschaft anwendbare Gemeinschafts-/Unionsrecht; unberührt bleibt das (anderweit normierte) „Schutzniveau insbesondere für die öffentliche Gesundheit und den Verbraucherschutz" (Abs. 3). Grundlegend auch für Abschn. 2 (Art. 6 – 8) sind die Legaldefinitionen in Art. 2: „Kommerzielle Kommunikation" werden in lit. f) etwas detaillierter als zuvor[48] bestimmt als „alle Formen der Kommunikation, die der unmittelbaren oder mittelbaren Förderung des Absatzes von Waren und Dienstleistungen oder des Erscheinungsbilds eines Unternehmens, einer Organisation oder einer natürlichen Person dienen, die eine Tätigkeit in Handel, Gewerbe oder Handwerk oder einen reglementierten Beruf ausübt", auch weil einzelne Angaben „als solche" ausgenommen werden, nämlich solche, „die direkten Zugang zur Tätigkeit des Unternehmens bzw. der Organisation oder Person ermöglichen, wie insbesondere ein Domain-Name oder eine Adresse der elektronischen Post" bzw. Informationen „in Bezug auf Waren und Dienstleistungen oder das Erscheinungsbild eines Unternehmens, einer Organisation oder Person, die unabhängig und insbesondere ohne finanzielle Gegenleistung gemacht werden". Allgemein bedeutsam (s. Art. 3) ist freilich schon die Eingrenzung

47 S. unten, III.
48 S. oben, I.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

des „koordinierten Bereichs" in lit. h, da hier sowohl positive als auch negative Anforderungen an „Diensteanbieter" (lit. b) formuliert werden; für jene werden als Beispiel auch solche „betreffend Qualität oder Inhalt des Dienstes, einschließlich der auf Werbung und Verträge anwendbaren" (in i, tir. 2) erwähnt. Zusätzlich zu Informationspflichten nach Art. 5 bzw. aufgrund spezieller Bestimmungen müssen kommerzielle Kommunikationen, die ein Dienst der Informationsgesellschaft oder dessen Bestandteil sind, in Art. 6 normierte Mindest„bedingungen" zur Transparenz erfüllen. Für „reglementierte Berufe" (Art. 2 lit. g) haben die Mitgliedstaaten sicherzustellen, dass auch insoweit die Verwendung kommerzieller Kommunikationen „gestattet ist, soweit die berufsrechtlichen Regeln, insbesondere zur Wahrung von Unabhängigkeit, Würde und Ehre des Berufs, des Berufsgeheimnisses und eines lauteren Verhaltens gegenüber Kunden und Berufskollegen, eingehalten werden" (Art. 8 Abs. 1). Nach Abs. 2 dürfen und sollen Berufsvereinigungen und -organisationen unbeschadet ihrer „Autonomie" Verhaltenskodizes auf Unionsebene aufstellen, um näher zu bestimmen, welche Arten von Informationen rechtmäßig erteilt werden können. Schließlich befasst sich Art. 7 mit „nicht angeforderten kommerziellen Kommunikationen" speziell durch „elektronische Post" (e[lectronic] mail), wiederum sonstige unionsrechtliche Anforderungen abrundend. Insoweit müssen Mitgliedstaaten sicherstellen, dass diese Eigenschaft bei Eingang beim „Nutzer" (Art. 2 lit. d) „klar und unzweideutig als solche erkennbar" ist (Art. 7 Abs. 1), und dafür sorgen, dass solche Mails übermittelnde Anbieter „regelmäßig" Robinson-Listen[49] konsultieren und Eintragungen „beachten" (Abs. 2). Explizit aufrechterhalten bleiben dabei die Vorschriften der Fernabsatzrichtlinie.[50] Die eCommerce-RL ist erst 2022 durch den Digital Services Act[51] geändert worden, durch Streichung von Abschn. 4 (Haftung der Vermittler).

Die einige Jahre zuvor erlassene, auf Art. 100a EGV gestützte generelle[52] FernabsatzRL befasst sich (nach Art. 1) mit der „Angleichung" der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über „Vertragsabschlüsse im Fernabsatz" (Art. 2 Nr. 1) zwischen „Verbrauchern" (Art. 2 Nr. 2) und

49 Vgl. etwa https://www.robinsonliste.de/; krit. https://www.datenschutz.bremen.de/datenschutztipps/orientierungshilfen-und-handlungshilfen/robinsonliste-3805.

50 S. unten, Fn. 52.

51 S. unten, III.; s. nunmehr Art. 4 ff. DSA.

52 Spezielle Regeln gelten insbesondere für „Finanzdienstleistungen" (iSv Art. 2 lit. b RL 2002/65/EG v. 23.9.2002, ABl. EG L 271/16 v. 9.10.2002.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

„Lieferern" (Art. 2 Nr. 3). Vom Anwendungsbereich ausgenommen sind aber u.a. Verträge, die mit „Betreibern" von Telekommunikationsmitteln (s. Art. 2 Nr. 5) aufgrund der Benutzung von öffentlichen Fernsprechern geschlossen werden (Art. 3 Abs. 1 tir. 3). Die gebotene „vorherige Unterrichtung" (Art. 4) muss auch über Kosten für den Einsatz der „Fernkommunikationstechnik" (§ 2 Nr. 4 iVm Anhang I), „sofern nicht nach dem Grundtarif[53] berechnet", informieren (Abs. 1 lit. g). Der kommerzielle Zweck der Informationen nach Abs. 1 muss „unzweideutig erkennbar sein", die Angaben müssen „klar und verständlich auf jedwede der verwendeten Fernkommunikationstechnik angepasste Weise" erfolgen, und dabei „sind insbesondere die Grundsätze der Lauterkeit bei Handelsgeschäften sowie des Schutzes solcher Personen, die nach den Gesetzen der einzelnen Mitgliedstaaten nicht geschäftsfähig sind (wie zum Beispiel Minderjährige), zu beachten" (Abs. 2). Bei Telefongesprächen mit Verbrauchern sind darüber hinaus zu Beginn des Gesprächs die Identität des Lieferers und der kommerzielle Zweck des Gesprächs ausdrücklich offenzulegen (Abs. 3). Freilich ist eine schriftliche Bestätigung von Informationen nach Art. 5 Abs. 1 dem Verbraucher gegenüber dann nicht erforderlich, wenn Dienstleistungen unmittelbar durch Einsatz einer Fernkommunikationstechnik erbracht werden, sofern diese Leistungen in einem Mal erfolgen und über den Betreiber der Kommunikationstechnik abgerechnet werden. Auch dann muss aber der Verbraucher die Möglichkeit haben, „die geographische Anschrift der Niederlassung des Lieferers zu erfahren, bei der er seine Beanstandungen vorbringen kann" (Abs. 2 Satz 2 iVm Abs. 1 UAbs. 2 tir. 2). Außer einem Schutz gegenüber unbestellten Waren oder Dienstleistungen (Art. 9) sieht Art. 10 „Beschränkungen in der Verwendung bestimmter Fernkommunikationstechniken" (durch den Lieferer) vor: Die vorherige Zustimmung des Verbrauchers ist nach Abs. 1 erforderlich bei Kommunikation mit Automaten als Gesprächspartner (Voice-Mail-System) und bei Fernkopien (Telefax). Andere Techniken, „die eine individuelle Kommunikation erlauben", dürfen nur dann zugelassen werden, „wenn der Verbraucher ihre Verwendung nicht offenkundig abgelehnt hat" (Abs. 2). Verbraucherschützende Rechte sind nicht dispositiv (Art. 12). Einzelstaatliches Recht kann nach Art. 14 auch ein höheres Schutzniveau für Verbraucher schaffen, etwa indem „im Interesse der Allgemeinheit der Vertrieb im Fernabsatz für bestimmte Waren und Dienstleistungen, insbesondere Arzneimittel", im eigenen Hoheitsgebiet verboten wird, vorbehaltlich des EU-Primärrechts.

53 Dazu auch BGH, Urt. v. 24.2.2016 – I ZR 238/14 - Rn. 28 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

Anhang I nennt als (Fern-)Kommunikationstechniken iSv Art. 2 Nr. 4 nicht nur (Übermittlung von) Printmedien, sondern auch telefonische Kommunikation mit (natürlichen) Personen oder mit Automaten als Gesprächspartner (Voice-Mail-System, Audiotext), Bildtelefon, Videotext (Mikrocomputer, Fernsehbildschirm) mit Tastatur oder Kontaktbildschirm, elektronische Post und Telefax sowie Hörfunk und Fernsehen (Teleshopping). Nicht unterschieden wird also zwischen Individual- und Massen- bzw. zwischen point-to-point- und point-to-multipoint-Kommunikation.

Auf bestimmte „products"[54] bezogene, seit Inkrafttreten der EEA[55] durchweg auf Art. 100a E(W)GV (heute Art. 114 AEUV) basierende Regelungen wurden bereits in der Frühzeit der EWG verabschiedet, beginnend mit der Richtlinie „zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften über Arzneispezialitäten"[56]; ein Rechtsakt speziell zu „Werbung für Humanarzneimittel", differenzierend zwischen „Öffentlichkeitswerbung" (Art. 3 ff.) und „Werbung bei im Gesundheitswesen tätigen Personen" (Art. 6 ff.), erging erst 1992[57] (nach EG 1, 3 als Ergänzung zu den RL'en 84/450/EWG[58] bzw. 89/552/EWG[59]), zeitgleich[60] mit einem Verbot von „Angaben, die Werbecharakter haben können", in „Packungsbeilagen" (Art. 7 Abs. 3 Hs. 2 iVm Art. 1 Abs. 2 Nr. 7). Die 2001 erfolgte Kodifizierung diverser Einzelrechtsakte als Gemeinschaftskodex für Humanarzneimittel[61] bezieht auch „Etikettierung und Packungsbeilage" ein (Art. 1 Nr. 25, 26); beibehalten wird dort das Werbeverbot (in Art. 62).

Noch auf Art. 100 EWGV (den Gemeinsamen Markt) bezogen waren die ersten Richtlinien zu Kosmetika und zu Lebensmitteln. Während jene[62] lediglich die Mitgliedstaaten allgemein zu allen erforderlichen Maß-

54 Zur Definition s. Art. 2 RL 85/374 v. 25.7.1985, ABl. EG L 210/29 v. 7.8.1985; weiter jüngst Änderungsvorschlag COM (2002) 495 final v. 28.9.2022, Art. 4 Abs. 1: „all movables, even if integrated into another movable or into an immovable" einschließlich „electricity, digital manufacturing files and software".

55 Einheitliche Europäische Akte v. 28.2.1986, ABl. EG L 169/1 v. 29.6.1987.

56 RL 65/65/EWG v. 26.1.1965, ABl. EG L 22/369 v. 9.2.1965; zur Definition s. Art. 1 Nr. 1.

57 RL 92/28/EWG v. 31.3.1992, ABl. EG L 113/13 v. 30.4.1992; zum nationalen Recht BVerfG, Beschl. v. 19.11.1985, BVerfGE 71, 162, Rn. 43 ff., Beschl. v. 11.2.2003, BVerfG 107, 186, Rn. 45 ff.

58 S. Fn. 15.

59 S. Fn. 24.

60 RL 92/27/EWG v. 31.3.1992, ABl. EG L 113/8 v. 30.4.1992.

61 RL 2001/83/EG v. 6.11.2001, ABl. EG L 311/67 v. 28.11.2001; vgl. EuGH, Urt. v. 15.7.2021, Rs. C-190/20, Rn. 27 ff., ECLI:EU:C:2021:609.

62 RL 76/768/EWG v. 27.7.1976, ABl. EG L 262/169 v. 27.9.1976.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

nahmen verpflichtete, um sicherzustellen, „dass bei der Etikettierung, der Aufmachung für den Verkauf und der Werbung für kosmetische Mittel" (iSv Art. 1) „nicht Texte, Bezeichnungen, Warenzeichen, Abbildungen und andere bildhafte oder nicht bildhafte Zeichen verwendet werden, die Merkmale vortäuschen, die die betreffenden Erzeugnisse nicht besitzen" (Art. 6 Abs. 2), zielte der andere, später erlassene Rechtsakt[63] eigens auch auf „bestimmte Aspekte" der „Aufmachung" von Lebensmitteln „und der für sie durchgeführten Werbung" ab (Art. 1 Abs. 1), durch Verbote und Beschränkungen im Hinblick auf Irreführungs-, Verwechslungs- und Täuschungsgefahren (Art. 2 Abs. 3 B iVm Abs. 1, Art. 5 Abs. 1 und Art. 15 Abs. 2 tir. 2). Diese Vorgaben wurden in die RL 2000/13/EG[64] übernommen, in der diese ersetzenden VO (EU) 1169/2011[65] weiter differenziert (s. Art. 2 Abs. 1 lit. g, 7 [Abs. 4 lit. a], Art. 35). Eine ähnliche Vertiefung erfolgte in Bezug auf „kosmetische Mittel" (Art. 2 Abs. 1 lit. a) durch Art. 20 („Werbeaussagen") der aktuell geltenden Verordnung.[66]

Ebenfalls noch vor dem Maastricht-Vertrag[67] wurden Bestimmungen über Warnhinweise bei der Etikettierung von Tabakerzeugnissen getroffen.[68] Der erste Versuch einer Angleichung von Vorschriften über Werbung und Sponsoring[69] wurde allerdings zunächst vom EuGH[70] mangels ausreichender Rechtsgrundlage für bestimmte Verbotsregelungen gestoppt, eine daraufhin modifizierte neue Fassung[71] dann aber angesichts des zu gewährleistenden „hohen Gesundheitsschutzniveaus" (Art. 95 Abs. 3 EG) für primärrechtskonform erachtet.[72] Die Novellierung 2003 weist in EG 18 nicht nur darauf hin, die Richtlinie stehe „im Einklang mit den Grundrechten" und befolge insbesondere die in der EuGRCh „anerkannten Prinzipien", sondern hebt speziell das Ziel hervor, „die Einhaltung des Grundrechts der

63 RL 79/112/EWG v. 18.12.1978, ABl. EG L 33/1 v. 8.2.1979.
64 V. 20.3.2000, ABl. EG L 109/29 v. 6.5.2000.
65 V. 25.10.2011, ABl. EU L 304/18 v. 22.11.2011.
66 VO (EG) 1223/2009 v. 30.11.2009, ABl. EU L 342/59 v. 22.12.2009.
67 V. 7.2.1992, ABl. EG C 191/1 v. 29.7.1992; dazu BVerfG, Urt. v. 12.10.1993, BVerfGE 89, 155, Rn. 91 ff.
68 RL 89/622/EWG v. 13.11.1989, ABl. L 359/1 v. 8.12.1989.
69 RL 98/43/EG v. 6.7.1998, ABl. EG L 213/9 v. 30.7.1998.
70 Urt. v. 5.10.2000, Rs. C-376/98, Slg 2000 I-08419.
71 RL 2003/33/EG v. 26.5.2003, ABl. EG L 152/16 v. 20.6.2003; dazu *Homburger*, https://rsw.beck.de/cms/?toc=MMR.ARC.200302&docid=87252.
72 Urt. v. 12.12.2006, Rs. C-380/03, Slg 2006 I-11573.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

freien Meinungsäußerung sicherzustellen". Seit 2014[73] legt Art. 8 gesundheitsbezogene „Warnhinweise" für Packung und Außenverpackung von „Tabakerzeugnissen" (Art. 2 Nr. 4) fest, weitere Vorgaben betreffen „elektronische" Zigaretten (Art. 20 iVm Art. 2 Nr. 16) und „pflanzliche Raucherzeugnisse" (Art. 21 iVm Art. 2 Nr. 15). EG 59 stellt klar, dass durch die Richtlinie mehrere Grundrechte berührt werden; daher müsse sichergestellt werden, „dass die den Herstellern, Importeuren und Vertreibern von Tabakerzeugnissen und verwandten Erzeugnissen auferlegten Verpflichtungen nicht nur ein hohes Gesundheits- und Verbraucherschutzniveau gewährleisten, sondern auch alle anderen Grundrechte wahren und mit Blick auf das reibungslose Funktionieren des Binnenmarkts verhältnismäßig sind". Zudem sind die einschlägigen internationalen Verpflichtungen[74] einzuhalten.

Anfang der 90er Jahre entstanden zwei sich ergänzende Richtlinien, die erste über „aktive implantierbare Geräte" (Art. 1 Abs. 2 lit. a - c)[75], danach eine zweite im Hinblick auf „Medizinprodukte" (Art. 1 Abs.2 lit. a) und ihr „Zubehör (lit. b).[76] Beide enthielten allerdings keine Werbevorschriften, ihren Schwerpunkt bildeten Sicherheit und Gesundheitsschutz. Ein Verbot irreführender Angaben statuiert insoweit erst Art. 7 der Nachfolge-VO[77], die zugleich in Art. 1 Abs. 6 Abgrenzungen gegenüber Kosmetika, Lebens- und Arzneimittel vornimmt.

Auf bestimmte Dienstleistungen („services") abstellende Regelungen wurden ebenfalls schon ab Ende der 80er Jahre getroffen. So bestimmt Art. 3 der Verbraucherkredit-RL[78], dass unbeschadet der RL 84/450/EWG[79] sowie der „allgemeinen Vorschriften und Grundsätze über unlautere Werbung" in jeder Werbung oder in jedem in Geschäftsräumen ausgehängten Angebot, durch die oder das jemand seine Bereitschaft zur Gewährung eines Kredits oder zur Vermittlung von „Kreditverträgen" (Art. 1 Abs. 2 lit. c) ankündigt und die oder das eine Angabe über den Zinssatz oder andere Zahlen betreffend die Kreditkosten enthält, auch - und zwar notfalls anhand von repräsentativen Beispielen - der „effektive Jahreszins" (Art. 1

73 RL 2014/40/EG v. 3.4.2014, ABl. EU L 127/1 v. 29.4.2014; dazu EuGH, Urt. v. 4.5.2016, Rs. C-358/14 u.a., ECLI:EU:C:2016:323.
74 WHO-Rahmenübereinkommen zur Eindämmung des Tabakgebrauchs v. 21.5.2003 (BGBl. 2004 II, 1539).
75 RL 90/385/EWG v. 20.6.1990, ABl. EG L 189/17 v. 20.7.1990.
76 RL 93/42/EWG v. 14.6.1993, ABl. EG L 169/1 v. 12.7.1993.
77 (EU) 2017/745 v. 5.4.2017, ABl. EU L 117/1 v. 5.5.2017.
78 RL 87/102/EWG v. 22.12.1986, ABl. EG L 42/48 v. 12.2.1987.
79 S. Fn. 15.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

Abs. 2 lit. e) angegeben werden. Die Nachfolge-Regelung[80] sieht in Art. 4 „Standardinformationen", die in die Werbung für Kreditverträge (Art. 3 lit. c) aufzunehmen sind, vor; zudem verpflichtet Art. 21 lit. a die Mitgliedstaaten sicherzustellen, dass ein Kreditvermittler (Art. 3 lit. f) sowohl in seiner Werbung als auch in den für die Verbraucher (Art. 3 lit. a) bestimmten Unterlagen auf den Umfang seiner Befugnisse hinweist und insbesondere deutlich macht, ob er ausschließlich mit einem oder mehreren Kreditgebern (Art. 3 lit. b) oder als unabhängiger Kreditmakler[81] arbeitet. EG 45 (Satz 2) postuliert, mit der Richtlinie solle „die Einhaltung der Bestimmungen über den Schutz personenbezogener Daten, das Eigentumsrecht, das Diskriminierungsverbot, den Schutz des Familien- und Berufslebens und den Schutz der Verbraucher" gemäß der EuGRCh „in vollem Umfang gewährleistet" werden. Die schon auf Art. 100a EWGV gestützte Richtlinie über Pauschalreisen[82] bestimmt in EG 11 und dann in Art. 3, dem „Verbraucher" (Art. 2 Nr. 4) vom „Veranstalter" (Art. 2 Nr. 2) oder „Vermittler" (Art. 2 Nr. 3) gegebene Beschreibungen einer „Pauschalreise" (Art. 2 Nr. 1), ihr Preis und die übrigen Vertragsbedingungen dürften keine irreführenden Angaben enthalten (Abs. 1); wenn dem Verbraucher ein „Prospekt"[83] zur Verfügung gestellt werde, muss dieser „deutlich lesbare, klare und genaue Angaben zum Preis" und - soweit von Bedeutung – weitere Informationen enthalten (Art. 3 Abs. 2). Die umfangreichere Folge-RL[84] fordert einerseits erneut mehrfach (Art. 5 Abs. 3, 7 Abs. 4) „klare, verständliche und deutliche" Informationen; das Irreführungsverbot ist hingegen nicht mehr explizit enthalten. Ob dies EG 52 Satz 2 gerecht wird, wonach die Richtlinie insbesondere die unternehmerische Freiheit gemäß Art. 16 EuGRCh achte und gleichzeitig ein hohes Verbraucherschutzniveau innerhalb der Union nach Art. 38 EuGRCh sicher stelle, ist fraglich.

Auf konkrete Zielgruppen begrenzte Vorschriften trifft bereits Art. 16 der FernsehRL[85] im Hinblick auf (nicht näher spezifizierte) „Minderjährige"; neuerdings soll Art. 28 DSA diesem Personenkreis (im Rahmen von Art. 1) „Online-Schutz" gewährleisten. Wiewohl Art. 25 EuGRCh auch „älteren

80 RL 2008/48/EG v. 23.4.2008, ABl. EG L 133/66 v. 22.5.2008.
81 In Abgrenzung zum gebundenen Vermittler, s. Art. 4 Nr. 7 iVm Nr. 5 RL 2014/17/EU v. 4.2.2014, ABl. EU L 60/34 v. 28.2.2014.
82 RL 90/134/EWG v. 13.6.1990, ABl. EG L 158/59 v. 23.6.1990.
83 Anders als im Finanzsektor fehlt hier eine Legaldefinition, werden die dort enthaltenen Angaben aber regelmäßig Vertragsbestandteil (Art. 3 Abs. 2 UAbs. 2).
84 RL (EU) 2015/2302 v. 25.11.2015, ABl. EU L 326/1 v. 11.12.2015.
85 S. Fn. 24.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

Menschen" gleiche Rechte verbürgt, werden bislang Werbeformen und -techniken kaum unter dem Gesichtspunkt einer Altersdiskriminierung[86] und/oder Anforderungen im Hinblick auf barrierefreien Zugang[87] erörtert. Mit Art. 47 DSA sind nunmehr jedoch auf Unionsebene „Verhaltenskodizes"[88] im Hinblick auf Barrierefreiheit vorgesehen, um die vorhersehbare Nutzung von Diensten durch „Menschen mit Behinderungen" (Art. 3 lit. v) zu maximieren.

Die Unterscheidung nach bestimmten Werbemitteln („tools") ist zum einen insbesondere bei Massenmedien normiert, etwa im Hinblick auf Sponsoring oder Produktplatzierung, aber auch bezüglich von Werbespots.[89] Jedoch ergibt sich diese auch aus allgemeineren Regeln, wie z.B. zu Marken oder Preisangaben. Bereits Art. 3 lit. g der MarkenRL[90] nennt als Ungültigkeitsgründe für Zeichen oder Marken (Art. 2) solche, „die geeignet sind, das Publikum zum Beispiel über die Art, die Beschaffenheit oder die geographische Herkunft der Ware oder Dienstleistung zu täuschen"; fortgeführt wird dies durch Art. 7 lit. g der Unionsmarken-VO[91]. Die auf Verbraucherschutz (Art. 129a Abs. 2 EG, heute Art. 153 AEUV) fokussierte PreisangabenRL[92] verlangt in Art. 3 Abs. 4, dass bei jeglicher Werbung, bei der der „Verkaufspreis" (Art. 2 lit. a) der Erzeugnisse von „Händlern" (Art. 2 lit. d) gegenüber „Verbrauchern" (Art. 2 lit. e) genannt wird, regelmäßig auch der Preis je Maßeinheit anzugeben sei; insoweit hat die Novelle 2019[93] zu keinen Änderungen geführt.

Schon vor 20 Jahren wurden Lücken im Hinblick auf bestimmte Marketingmethoden wie Preisausschreiben („promotional offers") und Gewinnspiele („lotteries") vor allem durch die e-Commerce-RL[94] (Art. 6 lit. c, d) geschlossen. Sondervorschriften für Werbung gegenüber Kindern, aber auch „Sponsoring" und „product placement" sind allerdings nach wie vor nur bei audiovisuellen Medien(diensten) normiert. Noch vor der Jahrtausendwende begann andererseits die Harmonisierung sowohl des allgemei-

86 Vgl. Art. 1, 2, 6 der auf Beschäftigung und Beruf (s. Art. 3) bezogenen RL 2000/78/EG v. 27.11.2000, ABl. EG L 303/16 v. 2.12.2000.
87 RL (EU) 2016/2102 v. 26.10.2016, ABl. EU L 327/1 v. 2.12.2016.
88 Zu weiteren Kodizes s. Art. 45 f. DSA; unten, III.
89 Vgl. etwa EuGH, Urt. v. 24.11.2011, Rs. C-281/09, ECLI:EU:C:2011:767.
90 RL 89/104/EWG v. 21.12.1988, ABl. EG L 40/1 v. 11.2.1989.
91 VO (EU) 2017/1001 v. 14.6.2017, ABl. EU L 154/1 v. 16.6.2017.
92 RL 98/6/EG v. 16.2.1998, ABl. EG L 80/27 v. 18.3.1998.
93 RL (EU) 2019/2161 v. 27.11.2019, ABl. EU L 328/7 v. 18.12.2019.
94 S. Fn. 1.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

nen als des spezifischen Datenschutzrechts für den Bereich der Telekommunikation, ebenfalls zwecks Verwirklichung des Binnenmarkts.[95]

1998 nahm die EU-Rechtsetzung aber eine systematische Unterscheidung in der Praxis durchaus miteinander verknüpfter Sachverhalte vor, indem zum einen als Dienste der Informationsgesellschaft außer im Fernabsatz erbrachten sowohl „elektronisch" als auch „auf individuellen Abrufe eines Empfängers" erfolgende Dienstleistungen zusammengefasst wurden; andererseits „Hörfunk"- und „Fernsehdienste"[96] ausgeklammert (s. Art. 1 Nr. 2 RL 98/48/EG[97]) und zudem auch „Telekommunikationsdienste"[98] nicht erfasst wurden (s. Art. 1 Nr. 5). Der Art. 1 Nr. 2 ergänzende Anhang V stellte durch zahlreiche Beispiele klar, dass der Einsatz „elektronischer Geräte" allein nicht ausreiche, wenn die Beteiligten „gleichzeitig physisch anwesend" sind oder Dienste in „materieller Form" oder nicht „über elektronische Verarbeitungs- und Speicherungssysteme" erbracht werden, und dass außer Rundfunk auch andere „Punkt-zu-Mehrpunkt-Übertragungen" ebenfalls keine Dienste der Informationsgesellschaft seien. Diese Differenzierung wurde in der Novellierung 2015[99] beibehalten und nur redaktionell modifiziert.

Die für verschiedenste Dienstleistungen fundamentale Basis bildet also das Recht der Tele- bzw. elektronischen Kommunikation, dessen Neugestaltung auch auf supranationaler Ebene bereits in den 80er Jahren einsetzte[100], dann aber zunehmend konsolidiert wurde, erstmals 2002[101], hierauf bezogen 2009[102] (kurz vor Inkrafttreten des Lissabon-Vertrags[103]) und dann letztmals 2018; vor Erlass des europäischen „Kodex" für die elektronische Kommunikation[104] waren auch abrundende technikfokussierte

95 S unten, III.
96 ISv RL 89/552/EWG, Art. 1 lit. a.
97 S. Fn. 46.
98 ISv Art. 2 Nr. 4 der RL 90/387/EWG v. 28.6.1990, ABl. EG L 192/1 v. 24.7.1990: Dienste, „die ganz oder teilweise aus der Übertragung und Weiterleitung von Signalen auf dem Telekommunikationsnetz (Nr. 3) durch Telekommunikationsverfahren bestehen, mit Ausnahme von Rundfunk und Fernsehen".
99 RL (EU) 2015/1535 v. 9.9.2015, ABl. EU L 241/1 v. 17.9.2015.
100 Z.B. RL 86/361/EWG v. 24.7.1986, ABl. EG L 217/21 v. 5.8.1986.
101 RL'en 2002/19/EG, 2002/20/EG, 2002/22/EG v. 7.3.2002, ABl. EG L 108/7, 21, 51 v. 24.4.2002; RL 2002/21/EG (Fn. 32), speziell zum Datenschutz RL 2002/58/EG v. 12.7.2002, ABl. EG L 201/37 v. 31.7.2002.
102 RL'en 2009/136/EG, 2009/140/EG v. 25.11.2009, ABl. EU L 337/11, 37 v. 18.12.2009.
103 1.12.2009; daher noch nicht auch auf Art. 16 AEUV gestützt.
104 RL (EU) 2018/1972 (EECC) v. 11.12.2018, ABl. EU L 321/36 v. 17.12.2018.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

Vorschriften zu Funkanlagen[105] und zur elektromagnetischen Verträglichkeit[106] novelliert worden.[107] Elektronische, zunehmend digitale Netze als Infrastruktur für Individual- wie für Massenkommunikation prägen deren Formen, Arten und Methoden maßgeblich, zumal Telekommunikations(regulierungs)recht auch funktionierenden Wettbewerb zwischen Anbietern verschiedener Dienste im Netz fördern und sicherstellen soll.[108] Eine Besonderheit hierbei ist der bereichsspezifische Datenschutz, weil sich dieser persönlich und sachlich mit dem grundrechtlich verbürgten Fernmelde-/Telekommunikationsgeheimnis (Art. 7 EuGRCh[109], Art. 10 GG) überschneidet und insbesondere auch juristische Personen als Teilnehmer an bzw. Nutzer von Telekommunikationsdiensten erfasst. Nicht zuletzt aus diesem Grunde ergingen hierzu auf Unionsebene spezifische Regelungen und wurden diese bis heute aufrechterhalten, wenngleich die Anpassung an die seit Mai 2018 geltende (allgemeine) Datenschutz-Grundverordnung[110] zwar seit langem debattiert, aber nach wie vor nicht erfolgt ist.

III. Im Kontext von elektronischer Kommunikation und digitalen Diensten

Bereits EG 22 der ersten Telekommunikationsdatenschutz-Richtlinie[111] konstatierte das Erfordernis von „Vorkehrungen", um insbesondere natürliche Personen[112] als „Teilnehmer" (Art. 2 lit. a) „gegen das Eindringen in ihre Privatsphäre durch unerbetene Anrufe oder unerbetene Fernkopieübermittlungen zu schützen". Art. 1 verdeutlichte als Zielsetzung des Rechtsakts, dieser diene „der Harmonisierung der Vorschriften der Mitgliedstaaten, die erforderlich sind, um einen gleichwertigen Schutz der Grundrechte

105 RL (EU) 2014/53 v. 14.4.2014, ABl. EU L 153/62 v. 13.5.2014.

106 RL'en 2014/35/EU v. 26.2.2014, ABl. EU L 96/357 v. 29.3.2014, betr. „elektronische Betriebsmittel" (Art. 1) und 2014/30/EU v. 26.2.2004, ABl. EU L 96/79 v. 29.3.2014, zu „EMV" (Art. 3 Nr. 4).

107 Zur Gewährleistung eines hohen gemeinsamen Sicherheitsniveaus von Netz- und Informationssystemen in der Union RL (EU) 2016/1148 (NIS) v. 6.7.2016, ABl. EU L 194/1 v. 19.7.2016; Neufassung durch RL (EU) 2022/2555 (NIS 2) v. 14.12.2022, Abl. EU L 333/80 v. 27.12.2022.

108 Vgl. die in Art. 1 Abs. 2 ECC formulierten „Ziele".

109 Daneben Art. 8 EMRK, Art. 17 IPBürgR, Art. 37 ITU Constitution.

110 VO (EU) 2016/679 v. 27.4.2016, ABl. EU L 119/1 v. 4.5.2016.

111 RL 97/66/EG v. 15.12.1997, ABl. EG L 24/1 v. 30.1.1998.

112 Der überdies gebotene „Schutz der berechtigten Interessen von Teilnehmern, bei denen es sich um juristische Personen handelt", wird in Art. 1 Abs. 2 Satz 2 betont.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

und Grundfreiheiten, insbesondere des Rechts auf Privatsphäre, in Bezug auf die Verarbeitung personenbezogener Daten im Bereich der Telekommunikation sowie den freien Verkehr dieser Daten und von Telekommunikationsgeräten und -diensten[113] in der Gemeinschaft zu gewährleisten" (Abs. 1), als „Detaillierung und Ergänzung der RL 95/46/EG[114] im Hinblick auf die in Abs. 1 genannten Zwecke" (Abs. 2). Art. 12 befasst sich mit „unerbetenen Anrufen" und trennt dabei zwischen der „Verwendung von Kommunikation mit Automaten als Gesprächspartner (Voice-Mail-System) oder Fernkopien (Telefax) für die Zwecke des Direktmarketing", die nur bei vorheriger Einwilligung der Teilnehmer gestattet werden darf (Abs. 1), und anderen Anrufen zu solchen Zwecken, „die entweder ohne die Einwilligung der betreffenden Teilnehmer erfolgen oder an Teilnehmer gerichtet sind, die keine solchen Anrufe erhalten möchten". Die Wahl „geeigneter" Maßnahmen, „um gebührenfrei sicherzustellen", dass auch letztere „nicht gestattet sind", bleibt den Mitgliedstaaten überlassen und ist durch nationales Recht zu treffen (Abs. 2). Abs. 3 schließlich fordert speziell hier auch den „ausreichenden Schutz" der legitimen Interessen anderer Teilnehmer als natürlicher Personen.

Die im Zuge der ersten Reform 2002 ebenfalls überarbeitete nächste Fassung[115] behielt Geltungsbereich und Zielsetzung (Art. 1) sowie „betroffene Dienste" (Art. 3) im Wesentlichen bei. Nunmehr in Art. 13 wurde eine vorherige Einwilligung des Teilnehmers („opt-in") jetzt auch bei „elektronischer Post" (Art. 2 Abs. 2 lit. h) vorgesehen (Abs. 1)[116], Abs. 2 (als Abs. 3) und Abs. 3 (als Abs. 5)[117] blieben unverändert. Ein neuer Abs. 4 untersagt als Mittel wirksamer Durchsetzung einschlägigen Unionsrechts (EG 43) „auf jeden Fall" die Praxis des Versendens von E-Mails zu Zwecken der Direktwerbung, bei der die „Identität des Absenders", in dessen Auftrag die „Nachricht" (Art. 2 Abs. 2 lit. d) übermittelt wird, „verschleiert oder verheimlicht wird oder bei der keine gültige Adresse vorhanden ist, an die der Empfänger eine Aufforderung zur Einstellung solcher Nachrichten richten

113 Gem. Art. 2 lit. d „Dienste, die ganz oder teilweise in der Übertragung und Weiterleitung von Signalen über das Telekommunikationsnetz" (s. lit. c und Art. 3 Abs. 1) bestehen, mit Ausnahme von Hör- und Fernsehfunk".

114 V. 24.10.1995, ABl. EG L 281/31 v. 23.11.1995.

115 RL 2002/58/EG (Fn. 101); dazu auch „spam"-Mitteilung COM (2004) 28 final v. 22.1.2004.

116 Dazu EG 40; s. EuGH, Urt. v. 26.11.2021, Rs. C-102/20, ECLI:EU:C:2021:954; BGH, Urt. v. 13.1.2022, openJur 2022, 10884, Rn. 31 ff.

117 In EG 45 bezugnehmend auf Robinson-Listen gem. Art. 7 der eCommerce-RL.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

kann". Ebenfalls neu, ergänzt Art. 13 Abs. 2 den ersten Absatz dahingehend, dass „eine natürliche oder juristische Person, wenn sie von ihren Kunden im Zusammenhang mit dem Verkauf eines Produkts oder einer Dienstleistung gemäß RL 95/46/EG deren elektronische Kontaktinformationen für elektronische Post erhalten hat, diese zur Direktwerbung für eigene ähnliche Produkte oder Dienstleistungen verwenden" darf, sofern die Kunden „klar und deutlich die Möglichkeit erhalten, eine solche Nutzung ihrer elektronischen Kontaktinformationen bei deren Erhebung und bei jeder Übertragung gebührenfrei und problemlos abzulehnen". Dieser Option bedarf es aber nur, wenn der Kunde diese Nutzung nicht von vornherein abgelehnt hat. EG 4 stellt klar, vertretbar, im Rahmen einer bestehenden Kundenbeziehung die Nutzung elektronischer Kontaktinformationen zwecks Anbieters ähnlicher Produkte oder Dienstleistungen zuzulassen, sei dies nur für dasselbe Unternehmen, das diese Informationen zudem datenschutzkonform erlangt hat (Satz 1). Sonstige Formen der Direktwerbung, die für den Absender kostspieliger sind und für die Teilnehmer und „Nutzer" (Art. 2 Abs. 2 lit. a) keine finanziellen Kosten mit sich bringen, wie Sprach-Telefon„anrufe" (Art. 2 Abs. 2 lit. e) zwischen Einzelpersonen, können jedoch die Beibehaltung eines Systems rechtfertigen, bei dem die Teilnehmer oder Nutzer die Möglichkeit erhalten „zu erklären, dass sie solche Anrufe nicht erhalten möchten", also einer „opt-out"-Lösung (EG 42 Satz 1). In bestimmten Fällen könnten zusätzlich zu den allgemeinen Verpflichtungen auch Verfahren von Nutzen bleiben, bei denen die Teilnehmer „Absender und Betreffzeile einer elektronischen Post sehen und darüber hinaus diese Post löschen" können, „ohne die gesamte Post oder deren Anlagen herunterladen zu müssen", zumal sich dadurch die Kosten senken ließen, „die möglicherweise mit dem Herunterladen unerwünschter elektronischer Post oder deren Anlagen verbunden sind" (EG 44). An Art. 5 („Vertraulichkeit der Kommunikation") wurde ein weiterer Absatz (3) angefügt; die Mitgliedstaaten wurden dadurch verpflichtet sicherzustellen, dass die Benutzung „elektronischer Kommunikationsnetze" (Art. 2 Abs. 1 iVm Art. 2 lit. a RRL[118]) für die Speicherung von oder den Zugriff auf Informationen, die im „Endgerät" eines Teilnehmers oder Nutzers gespeichert sind, nur „unter der Bedingung gestattet ist, dass der betreffende Teilnehmer oder Nutzer gemäß RL 95/46/EG klare und umfassende Informationen insbesondere über die Zwecke der Verarbeitung erhält und durch den für diese Verarbei-

118 S. Fn. 33.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

tung Verantwortlichen auf das Recht hingewiesen wird, diese Verarbeitung zu verweigern" (Satz 1). Eine technische Speicherung oder der Zugang bleiben aber gestattet, wenn deren alleiniger Zweck die „Durchführung oder Erleichterung der Übertragung einer Nachricht über ein elektronisches Kommunikationsnetz" oder soweit dies „unbedingt erforderlich" ist, um einen vom Teilnehmer oder Nutzer ausdrücklich gewünschten „Dienst der Informationsgesellschaft"[119] zur Verfügung zu stellen (Satz 2). EG 46 rechtfertigt solche Vorgaben für Hersteller mit dem „technologieunabhängigen Schutz personenbezogener Daten und der Privatsphäre". Art. 15 schließlich stellt die Anwendung der Vorschriften über Rechtsbehelfe, Haftung und Sanktionen der allgemeinen Datenschutzrichtlinie auch im Bereich des spezifischen Rechtsakts klar. 2009[120] erfolgten Konkretisierungen von Art. 1 Abs. 1, 5 Abs. 3 (präzisierend im Hinblick auf den Einsatz von „cookies", EG 66) sowie Art. 13. Hier konstatierte EG 68, die Anbieter „elektronischer Kommunikationsdienste" (Art. 2 Abs. 1 iVm Art. 2 lit. c RRL) tätigten zur Bekämpfung unerbetener Werbung („Spam") erhebliche Investitionen; zudem seien sie aufgrund der erforderlichen Sachkenntnis und Ressourcen besser als „Endnutzer" (Art. 2 lit. n iVm lit. h RRL) in der Lage, Spam-Versender festzustellen und zu identifizieren. Betreiber von E-Mail-Diensten und andere Diensteanbieter sollten daher die Möglichkeit haben, rechtlich gegen Spam-Versender vorzugehen, „um auf diese Weise die Interessen ihrer Kunden als Teil ihrer eigenen rechtmäßigen Geschäftsinteressen zu schützen". Art. 13 Abs. 6 erstreckte dieses Recht auf alle beeinträchtigten Personen, die „ein berechtigtes Interesse an der Einstellung oder dem Verbot solcher Verstöße haben". Im selben Rechtsakt (Art. 1) erfolgte auch eine Ergänzung der „Rahmen"-RL[121] durch Regelungen zu einer Gleichstellung von behinderten mit anderen Endnutzern (Art. 7, EG 36).

Das Inkrafttreten der DSGVO[122] beließ die bereichsspezifischen Bestimmungen für elektronische Kommunikation nach Maßgabe von Art. 95 unberührt. Die Kommission legte zwar 2017 einen Vorschlag für eine „e-Privacy"-VO[123] vor, der aber bisher zwischen diesem Organ und Rat bzw. Parlament kontrovers diskutiert wird und daher noch nicht verabschiedet ist. Ihr Gegenstand (Art. 1) soll weithin unverändert bleiben, freilich wird

119 S. Fn. 46.
120 RL 2009/136/EG (Fn. 102), Art. 2.
121 S. Fn. 33.
122 S. Fn. 112.
123 COM (2017) 10 final v. 10.1.2017.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

die breitere Definition der „Kommunikationsdienste" durch den EECC[124] (auf dessen Begriffsbestimmungen ebenso wie auf die der DSGVO Bezug genommen wird, Art. 4 Abs. 1, 2) auch auf die Reichweite der Datenschutz- und Privatsphäre-Vorschriften durchschlagen. Bei „unerbetener Kommunikation" (Art. 16, EG 32 ff.) soll der Fokus stärker auf Pflichten bei „Direktwerbung" (Art. 4 Abs. 3 lit. f) bzw. „persönliche Direktwerbeanrufe" (lit. g) gelegt werden; generell bleibt allerdings die bisherige Rechtslage bestehen. Beim sachlichen Anwendungsbereich wird die Fortgeltung der eCommerce-RL[125] statuiert (Art. 2 Abs. 4) und werden explizit „Anbieter reiner Vermittlungsdienste" ausgeklammert. Art. 10 steckt „bereitzustellende Informationen und Einstellungsmöglichkeiten zur Privatsphäre" ab.

Der DSA - die VO über digitale (Vermittlungs-)Dienste (Art. 3 lit. g) - will „durch die Festlegung harmonisierter Vorschriften für ein sicheres, vorhersehbares und vertrauenswürdiges Online-Umfeld, in dem Innovationen gefördert und die in der EuGRCh verankerten Grundrechte, darunter der Grundsatz des Verbraucherschutzes, wirksam geschützt werden, einen Beitrag zum reibungslosen Funktionieren des Binnenmarkts für Vermittlungsdienste leisten" (Art. 1 Abs. 1). Hierzu trifft sie u.a. Vorschriften über besondere Sorgfaltspflichten, die auf bestimmte Kategorien von Anbietern von Vermittlungsdiensten zugeschnitten sind (Art. 1 Abs. 2 lit. b). In Kap. III wird freilich das maßgebliche „Online-Umfeld" als solches nicht präzisiert; Art. 3 definiert lediglich einzelne Aspekte („Plattform", „Suchmaschine", „Schnittstelle", lit. i, j, m). Nicht bei den für alle Anbieter geltenden, sondern erst bei spezielleren Bestimmungen (Abschn. 3) werden auch „Werbung" (Art. 3 lit. r) bzw. „kommerzielle Kommunikation" (lit. w) adressiert, zunächst bei Online-Plattformen (vorbehaltlich der Bagatellausnahme in Art. 19) in Art. 26, sodann für „sehr große" Plattformen und Suchmaschinen (Art. 33 Abs. 1) in Art. 39 („zusätzliche Transparenz") und Art. 46 („Verhaltenskodizes"), aber jeweils nur für Online-„Werbung". Spezieller „Online-Schutz Minderjähriger" wird außer in Art. 14 Abs. 3 (AGB iSv Art. 3 lit. u betreffend) nur in Abschn. 3 (Art. 28) normiert. Insoweit wird das (auf besondere Kategorien personenbezogener Daten nach Art. 9 iVm Art. 4 Nr. 1 DSGVO bezogene) Profiling-Verbot nach Art. 26 Abs. 3 (iVm Art. 4 Nr. 4 DSGVO) auf Fälle erweitert, in denen ein Plattformanbieter „hinreichende Gewissheit" über die Minderjährigkeit des „Nutzers"

124 S. Fn. 104.
125 S. Fn. 1.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

(Art. 3 lit. b) hat (Art. 28 Abs. 2). Art. 26 verpflichtet Anbieter nicht nur zu Informationen über von ihnen dargestellte Werbung (Abs. 1), sondern auch dazu, ihren Nutzern eine Erklärung über von diesen bereitgestellte Inhalte als „kommerzielle Kommunikation" zu ermöglichen und dann anderen deren Überprüfung zu ermöglichen (Abs. 2). Erstmals vorgesehen sind im DSA auch Regeln zur Transparenz von „Empfehlungssystemen" (Art. 3 lit. s). Anders als im Hinblick auf eine „Moderation von Inhalten" (Art. 3 lit. t) werden hierzu aber keine alle Anbieter treffenden Pflichten (s. Art. 15) aufgestellt, sondern wird nach verschiedenen Gruppen unterschieden (Art. 27, 38). In den überaus umfangreichen Begründungserwägungen wird höherrangiges Recht nur am Ende und recht lapidar angesprochen (EG 153): Die Verordnung wahre die mit der EuGRCh anerkannten „sowie die Grundrechte, die allgemeine Grundsätze des Unionsrechts darstellen" und „sollte daher im Einklang mit diesen Grundrechten ausgelegt und angewandt werden, einschließlich der Freiheit der Meinungsäußerung und der Informationsfreiheit sowie der Pressefreiheit und -pluralität". Vor allem auf Kap. IV bezogen verlautet (ebenso zutreffend wie letztlich banal), bei der Ausübung der in der Verordnung vorgesehenen Befugnisse „sollten alle beteiligten Behörden im Einklang mit dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit bei einem Konflikt zwischen verschiedenen Grundrechten die betreffenden Rechte in ausgewogener Weise berücksichtigen". Art. 2 grenzt den Geltungsbereich der DSA dadurch wesentlich ein, dass daneben bestehen bleiben (u.a.) die E-Commerce- und die Audiovisuelle Mediendienste-RL[126] sowie die Rechtsakte zum Datenschutz (Art. 2 Abs. 3, 4), aber auch das Recht der elektronischen Kommunikation(sdienste)[127] nach Maßgabe von Art. 2 Abs. 2 (s. EG 6, 11).

IV. Fazit und Ausblick

Ungeachtet der primärrechtlich bis heute a priori begrenzten Breite und Tiefe der Unionszuständigkeit (Art. 4 Abs. 1, Art. 5 EUV, Art. 2 Abs. 1, 6 AEUV) ist, im Wesentlichen allein gestützt auf die Binnenmarkt-Kompetenz, eine Vielzahl und Vielfalt von Regelungen (zunehmend mit unmittelbarer Geltung in den Mitgliedstaaten und damit zugleich einer Verringerung nationaler Parlamentsrechte) geschaffen worden, bei denen wirt-

126 S. Fn. 32.

127 Vgl. zum Anwendungsbereich des ECC (Fn. 104) dessen Art. 2 Nr. 4 sowie EG 15 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

schaftliche Interessen der Anbieter im Vordergrund stehen und die Seite der Nachfrager nach Produkten oder Dienstleistungen vor allem aus der Perspektive der Bedürfnisse (und des damit einhergehenden notwendigen Schutzes) von „Verbrauchern" im Allgemeinen betrachtet wird. Der Bezug zu realen Menschen kommt nur partiell, am ehesten noch bei im Hinblick auf ihr Alter oder auf Behinderungen schutzbedürftigen Gruppen in das Blickfeld. Der bei elektronischer Kommunikation wie bei Diensten der Informationsgesellschaft zentrale Trend, dass Transaktionen unter Anwesenden durch Einsatz spezifischer Technik und notwendiger Mitwirkung spezieller Intermediäre (Vermittler) verdrängt und letztlich ersetzt werden, bewirkt bisher allenfalls bei „Grundversorgung" oder „Universaldiensten"[128], dass auch insoweit die tatsächliche Angewiesenheit aller oder doch vieler Menschen auf für sie nutzbare, teils vitale Angebote rechtlich durchsetzbar ausgestaltet wird, ohne die im Kern zur Menschenwürde zählende Privatsphäre durch Zwang zur „Datenzahlung" mehr als notwendig zu beeinträchtigen. Das betrifft auch Mechanismen zur Gewährleistung eines Rechts in Ruhe gelassen zu werden („right to be let alone"[129]) bzw. über die Entgegennahme für nützlich erachteter Informationsangebote eigenverantwortlich zu entscheiden, über bereits vorhandene Vorkehrungen des Datenschutzrechts hinaus.

Die zunehmende Verwendung von „künstlicher Intelligenz"[130] bzw. allgemeiner von Mensch-Maschine-Beziehungen sollte jedoch auch eine Diskussion darüber beleben, ob sich legitime kommerzielle Kommunikation darauf beschränken darf, das Verhältnis der Beteiligten (Auftraggeber/[Ab-]Sender – Empfänger/Adressat) vor allem als einseitiges Mittel der Absatzförderung zu begreifen. Nicht weniger wichtig ist die Aufnahme und Aufrechterhaltung der Kommunikation in umgekehrter Richtung, vor allem auch nach Vertragsabschluss, im Zuge der Erfüllung und bei Leistungsstörungen. Dem (End-)Kunden/Nutzer müssen hier ebenfalls effektive und

128 Wie im ECC (Art. 1 Abs. 2 lit. b, 84 ff.) und bei (physischen) Postdiensten (Art. 3 RL 97/67/EG v. 15.12.1997, ABl. EG L 15/14 v. 21.1.1998).

129 Vgl. etwa *van der Sloot*, The right to be let alone by oneself: narrative and identity in a data-driven environment, Law, Innovation and Technology, Volume 13 (2021), 223 ff. (https://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/17579961.2021.1898315); EDPS, https://edps.europa.eu/data-protection/data-protection_en („what is privacy?").

130 Vgl. COM (2021) 206 final v. 21.4.2021; dazu Allgemeine Ausrichtung des Rats v. 25.11.2022, https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-14954-2022-INIT/de/pdf.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

effiziente (elektronische) Kommunikationswege[131] eröffnet werden, um vertragliche oder auch gesetzliche Ansprüche geltend machen zu können. Die meisten Motive, die für die angemessene Ausgestaltung der eigenen kommerziellen Kommunikation (von Unternehmern) angeführt werden, gelten hier genauso, wenn nicht sogar in verstärktem Maße; dass seit langem diverse Werbeblocker[132] erprobt, bewährt und erlaubt sind, ist nicht etwa ein Gegenargument, sondern lediglich ein Merkmal und Instrument zur Abschichtung zwischen kommerzieller (Sozial-) und privater Sphäre. Daher wären erhöhte Kommunikationspflichten für die geschäftliche Seite von Trans- und Interaktionen letztlich nur die Kehrseite ihrer Kommunikationsrechte und ihre legislative Ausformulierung ein weiterer Baustein zu praktischer Konkordanz.

131 Aufschlussreich etwa *Wichert*, Rufen Sie uns nicht an!, NZZ v. 5.12.2022, S. 23; *Dieterich*, Auf unsere Kosten, FR v. 12.12.2022, S. 14.

132 Vgl. BGH, Urt. v. 19.4.2018, BGHZ 218, 236 ff.; v. 8.10.2019, openJur 2019, 33354; *Schippel*, AfP 2017, 185 ff.; *Katsivelas,* MMR 2017, 286 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

Werbung „mittels“ Amtspflichtverletzung

Herbert Grziwotz

I. Striktes Werbeverbot für notarielle Amtsträger?

1. Systematik der Einschränkungen hinsichtlich der Berufszulassung

Beim Notarberuf handelt es sich um ein öffentliches Amt[1] bzw. einen staatlich gebundenen Beruf.[2] Bei ihm sind gleichsam als Korrelat zu den mit ihm verbundenen Privilegien weitergehende gesetzliche Einschränkungen zur Sicherung der vorsorgenden Rechtspflege zulässig. Dies betrifft zum einen die Anforderungen an die Vergabe von Notarstellen, die vor allem in Sozietäten nicht gerechtfertigte Diskriminierungen und Manipulationsmöglichkeiten vermeiden müssen.[3] Deshalb kann das Verbot jeglicher Diskriminierung, vor allem wegen des Geschlechts, der Rasse, der Hautfarbe, der ethnischen und sozialen Herkunft, der Religion oder der Weltanschauung, der politischen oder sonstiger Anschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Ausrichtung, im Hinblick auf den Notarberuf nur zur Erreichung von Gemeinwohlzielen eingeschränkt werden.[4] Dies betrifft, wie die Altersgrenzen für eine Einstellung und für eine spätere Entlassung aus dem Notardienst zeigen, nicht nur die Rechtfertigung durch ein legitimes Ziel, sondern auch die Verhältnismäßigkeit, d. h. die Angemessenheit und Erforderlichkeit, der zur Verfolgung dieses Ziels angewandten Mittel.[5] Es handelt sich um die Gewährleistung einer kontinuierlichen Amts-

1 BVerfGE 98, 49, 68; BVerfG, 1 BvR 1506/04, NJW-RR 2005, 1431, 1432; BVerfG, 1 BvR 76/08, NJW 2008, 1212, 1213; BVerG, 1 BvR 121/08, NJW-RR 2010, 263, 265.

2 BVerfG, 1 BvR 2231/02, 1 BvR 572/03, 1 BvR 586/03, 1 BvR 629/03, NJW-RR 2005, 998, 999; BVerfG, 1 BvR 574/15, NJW 2015, 2642, 2643.

3 BVerfGE 110, 304, 321; BVerfG, 1 BvR 2231/02, 1 BvR 572/03, 1 BvR 586/03, 1 BvR 629/03, NJW-RR 2005, 998. S. dazu ausführlich *Grziwotz*, Notar – öffentliches Amt oder Ämterkauf?, DVBl. 2008, 1159 ff.

4 Vgl. EGMR, Entsch. v. 25.5.1999, *Olbertz v. Deutschland,* Nr. 37592/97, NJW 2001, 1558, 1559; *Sachs,* in: Stern/Sachs (Hrsg.), Europäische Grundrechte-Charta. GRCh, München 2016, Art. 21 GRCh, Rn. 20.

5 S. nur EuGH, Urt. v. 3.6.2021, Rs. C-914/19, ECLI:EU:C:2021:430, Rn. 28 ff. - Ministero della Giustizia v. GN.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

ausübung, die Sicherstellung einer Professionalität bei der Berufsausübung und die Herstellung einer geordneten Altersstruktur des Berufsstandes.[6]

2. Beschränkungen der Berufsausübung und ihre Begründung

a) Auftreten des Notars und Marktverhalten

Auch Beschränkungen der Ausübung des Notarberufs sind durch die Gemeinwohlbindung des Notaramts gerechtfertigt. Sie müssen ebenfalls bei Verfolgung dieses Ziels dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit entsprechen. Da mit der Stellung des Notars als unabhängiger Träger eines öffentlichen Amtes auf dem Gebiet der vorsorgenden Rechtspflege Privilegien, wie die Begrenzung der Notarstellen, die Zugangsbeschränkungen, die Zuweisung von bestimmten Amtsbereichen, die Einkommenssicherung durch ein Gebührengesetz und eine gewisse Unabhängigkeit von staatlichen Eingriffen,[7] verbunden sind, könnte dies umgekehrt auch strenge Verhaltensanforderungen rechtfertigen. So wurden die früheren Wettbewerbsverbote für Notare mit den berufsspezifischen Anforderungen des Integritätsgebots gerechtfertigt.[8] Es soll „gewerbliches Marktverhalten" verbieten.[9] Eine marktabhängige Produktqualität, ein Preiswettbewerb und eine gewerbliche Werbung („Reklame") lassen sich nach herkömmlichem Verständnis des Publikums mit den Aufgaben des unparteiischen, auf persönliches Vertrauen angewiesenen Notars schwerlich vereinbaren. Grund ist die Einbindung des Notaramts in die verfasste Rechtspflege, mit der die Ausrichtung der Berufsleistung an gewerblichen Marktparametern nicht konform geht.[10] Als Beispiele verbotener Verhaltensweisen werden Art, Größe und Zahl von Anzeigen in der Presse, die Nennung des Namens im Zusammenhang mit der Berufsbezeichnung „Notar" als Werbung, das Vorstelligwerden bei öffentlichen Stellen wegen der Vergabe von Beurkundungsaufträgen und

6 Vgl. auch BGH, NotZ (Brfg) 7/18, BWNotZ 2019, 399, 400 ff.

7 Vgl. *Hoffmann-Riem,* Modernisierung von Recht und Justiz, Frankfurt a. M. 2001, 309 f.

8 *Bohrer*, Das Berufsrecht der Notare, München 1991, Rn. 21 u. 104.

9 *Bohrer* (Fn. 8), Rn. 105.

10 S. nochmals *Bohrer* (Fn. 8), Rn. 104. Vgl. § 2 Abs. 1 Allg. Richtlinien für die Berufsausübung der Notare (RLNot), aufgestellt von der Bundesnotarkammer am 8.12.1962: „ Das Werben um Praxis ist mit dem Ansehen und der Würde des Notars unvereinbar."

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

die Aufnahme in Verzeichnisse, die nur eine beschränkte Zahl der örtlichen Notare aufführen, genannt.[11] Begründet werden die Einschränkungen damit, dass der Beruf des Notars „nicht auf den Zweck angelegt (ist), Gewinn zu erzielen".[12] Der langjährige Präsident der Bundesnotarkammer, Helmut Schippel, hat gefordert, der Notar müsse „alles vermeiden, was den Eindruck erwecken könnte, dass seine Unparteilichkeit von dem Streben nach Gewinn angetastet werden könnte… Um des Vertrauens zur unanfechtbaren Objektivität und Uneigennützigkeit des Notars willen darf daher der Notar nichts unternehmen, um Klienten zu werben und auch nichts, was als Kundenfang angesehen werden könnte. Einem geworbenen Klienten gegenüber erscheint der Notar nicht als frei."[13]

b) Rechtliche Unabhängigkeit und materielle Klientenbindung

Ein gewisses Misstrauen gegenüber der notariellen Unabhängigkeit beruht auf der Stellung der Notare als Gebührenbeamte.[14] Die wirtschaftliche Abhängigkeit vom Beurkundungsaufträgen und damit vor allem von den Klienten, die diese in größerem Umfang „vergeben", steht in einem gewissen Widerspruch zur rechtlichen Unabhängigkeit.[15] Dieser Konflikt zwischen dem Ideal der Unabhängigkeit einerseits und den materiellen Anforderungen andererseits betrifft in erster Linie nicht wirtschaftliche Drucksituationen, in denen die Ertragslage der Notariate aufgrund von Wirtschafts- oder Finanzmarktkrisen schlecht ist. Gerade in Zeiten wirtschaftlicher Prosperität ergeben sich erhöhte Gefährdungen durch die finanzielle Abhängigkeit von Großkunden aufgrund der von ihnen vermittelten Vielzahl von Beurkundungsaufträgen.[16] Richtig ist, dass hohe Einnahmen finanzielle Dimensionen erzeugen, die vom Berufsbild des „klassischen" Amtsträgers

11 Vgl. dazu im Einzelnen § 2 RLNot.

12 *Schippel,* in: Seybold/Schippel (Hrsg.), BNotO, 6. Aufl., München 1995, § 14 BNotO, Rn. 45. Vgl. auch BT-Dr. 13/4184, 27.

13 Zur sog „Kaltakquise" s. *Schippel,* in: Seybold/Schippel (Hrsg.) (Fn. 12), § 14 BNotO, Rn. 45. Vgl. aber auch *Kleine-Cosack*, Vom Amt des Notars zum freien Beruf – Grundrechtsdefizite im notariellen Berufsrecht, DNotZ 2004, 327, 329 ff.

14 Vgl. § 17 Abs. 1 S. 1 BNotO, § 19 GNotKG.

15 So insbes. *Stürner,* Der Notar - unabhängiges Organ der Rechtspflege?, JZ 1974, 153, 155 ff. Vgl. auch *H. Roth*, Übertragung nachlassgerichtlicher Aufgaben auf Notare?, ZRP 2010, 187, 188.

16 *Hoffmann-Riem* (Fn. 7), 316.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

wegführen können.[17] Die „Kundenbindung" wird zur Gefährdung der Unabhängigkeit, da Beurkundungsaufträge im großen Umfang nicht die Verbraucher, sondern regelmäßig Bauträger, Banken und Immobilienvertriebe vergeben.

Dieser Gefahr des Anscheins einer Kommerzialisierung, insbesondere eines Gewinnstrebens, sollen die Notare durch ihr Verhalten innerhalb und außerhalb ihrer Amtstätigkeit entgegenwirken.[18] Bei der Neufassung des Werbeverbots in § 29 BNotO ging der Gesetzgeber davon aus, dass die Grenzen der notariell zulässigen Werbung in nicht seltenen Fällen überschritten wurden.[19] Das öffentlichkeitswirksame Verhalten, wie z.B. die Unterrichtung über die Aufgaben, Befugnisse und Tätigkeitsbereiche, aber auch Informationen in Medien, Fachveröffentlichungen und Vorträge, ist von einer „überschießenden", werbemäßigen Außendarstellung zu trennen. Eine solche liegt vor, wenn konkrete Zweifel an der Unabhängigkeit oder Unparteilichkeit, insbesondere durch eine Verletzung des Sachlichkeitsgebots und eine reklamehafte Selbstdarstellung,[20] begründet werden oder die Bereitschaft zu Amtspflichtverletzungen signalisiert wird.[21] Lediglich der letztgenannte Aspekt wird im Folgenden anhand von Beispielen aus der Rechtsprechung und der Praxis behandelt.[22]

---

17 Vgl. dazu *Grziwotz,* Notarielle Form und richterliche Kontrolle – Von Wirtshaustischen, Marktmacht und Abhängigkeiten, ZfIR 2014, 77, 84. Allg. dazu *Zoche*, Die sieben Todsünden unserer Zeit, Berlin 2008, 155 und zur psychoanalytischen Sichtweise Weinrich, Über das Haben. 33 Ansichten, München 2012, 44 ff.

18 *Sandkühler*, in: Arndt/Lerch/Sandkühler, BNotO, 8. Aufl., Köln 2016, § 29 BNotO, Rn. 4. Vgl. auch *Miermeister/de Buhr*, in: Frenz/Miermeister (Hrsg.), BNotO, 5. Aufl., München 2020, § 29 BNotO, Rn. 12.

19 Zu den Motiven BT-Dr. 18/9948, Vgl. zur jüngsten Novelle auch BT-Dr. 20/21, 154 f. und dazu Sandkühler, Novellierung der Bundesnotarordnung, NJW 2021, 2614. 2616. S. zu den Einzelheiten *Ring*, Amtswidrige Werbung eines (Anwalt-)Notars. Zugleich Besprechung von BGH, Beschl. v. 23.4.2018 – NotBZ (Brfg) 6/17, NotBZ 2018, 468, NotBZ 2018, 449, 450 ff. und *Wöstmann*, Zulässigkeit der Werbung der Notare unter Berücksichtigung der Richtlinienempfehlung der Bundesnotarkammer (§ 29 BNotO, Nr. VII RL-E), ZNotP 2002, 51, 53 ff.

20 Zur schwierigen Abgrenzung von Reklame, Werbung, werbewirksamen Verhalten und Vertrauens- bzw. Sympathiewerbung s. nur *Diehn*, in: Diehn (Hrsg.), BNotO, 2. Aufl., Köln 2019, § 29 BNotO, Rn. 16 ff.; *Kobitzsch,* in: Heinemann/Trautrims /Hrsg.), Notarrecht, Baden-Baden 2022, § 29 BNotO, Rn. 3 ff.; *Miermeister/de Buhr*, in: Frenz/Miermeister (Hrsg.) (Fn. 18), § 29 BNotO, Rn. 4 ff.

21 BVerfG, 1 BvR 2561/03, NJW 2005, 1483, 1484 zur Urkundstätigkeit außerhalb des Amtsbereichs. S. dazu auch *Sandkühler* (Fn. 18), § 29 BNotO, Rn. 7.

22 Nicht eingegangen wird auch darauf, ob das Wettbewerbsrecht eine Quelle notarieller Amtsplichten enthält und ein Berufsrechtsverstoß die Wettbewerbswidrigkeit

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

II. Amtspflichtverletzungen mit Außenwirkung anhand der Rechtsprechung

1. Amtspflichtverletzungen „lediglich" im „Innenverhältnis"

Nach § 13 Abs. 1 S. 1 BeurkG muss die Niederschrift den Beteiligten in Gegenwart des Notars vorgelesen werden. Die vollständige Verlesung ist damit Wirksamkeitserfordernis der Beurkundung, auf die die Beteiligten, da es sich um eine notarielle Amtspflicht handelt, auch nicht verzichten können.[23] Bei dem „Gesamtvorgang" wird das Vorgelesene vorgestellt und das Vorgestellte kontrolliert.[24] Es handelt sich um einen Formalakt, der mitunter als Formalie oder Förmelei angesehen wird.[25] Die Verlesung der Urkunde ist jedoch verbunden mit der auf das konkrete Rechtsgeschäft und die Personen der Beteiligten abgestellte Belehrung. Sie stellt auch für den Notar nochmals durch die mit ihr verbundene Distanz vom Text eine Kontrolle hinsichtlich der Richtigkeit dar. Es handelt sich um eine „höchst effiziente Methode der Qualitätssicherung".[26]

Gleichwohl musste der Bundesgerichtshof über einen Fall eines in einer Großstadt ansässigen Notars entscheiden, bei dem Gegenstand des Disziplinarverfahrens unter anderem der Vorwurf das Unterlassen des Vorlesens von Passagen in Grundschuldurkunden in mindestens 29 Fällen war.[27] Dieser hat sich dahingehend eingelassen, dass es sich um überflüssige Teile von Bankformularen handelte, er aufgrund eines hohen Urkundsaufkommens unter Zeitdruck gestanden und deshalb lediglich die Streichung dieser (überflüssigen) Textteile vergessen habe, deren Vorlesen die Beteiligten, aber auch der Notar selbst jedoch mit ihrer Unterschrift bestätigten. In der Entscheidung wurde ein Handeln aus Gewinnsucht verneint.[28] Ein sorgfältiges Vorlesen bzw. in diesem Zusammenhang erfolgtes Streichen steht einer hohen Urkundenzahl und den damit verbundenen Einnahmen zwar entgegen. Der Entscheidung ist aber insofern zuzustimmen, als das amtspflichtwidrige Verhalten - abgesehen davon, dass professionelle Mandanten den geringen Zeitaufwand goutierten - weder als Werbung um Mandate

indiziert, insbes. bei Verstößen gegen das GNotKG; s. hierzu nur *Sander*, in: Schippel/Görk (Hrsg.), BNotO, 10. Aufl., München 2021, § 14 BNotO, Rn. 9a m. w. Nachw.

23 So bereits RG, 375/13 V, JW 1914, 410.

24 So *B. Keim*, Das notarielle Beurkundungsverfahren, München 1990, Rn. 55.

25 *Hertel*, in: Staudinger, BGB, Neubearb., Berlin 2017, BeurkG Rn. 358.

26 So *Winkler,* BeurkG, 20. Aufl., München 2022, § 13 BeurkG, Rn. 2.

27 BGH, NotSt(Brfg) 2/21, NJOZ 2022, 722, 724.

28 BGH, NotSt(Brfg) 2/21, NJOZ 2022, 722, 726.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

noch als gewinnorientiertes Handeln nach außen hervorgetreten ist. Ein mit ihm verbundener Wettbewerbsvorteil war deshalb allenfalls gering-

2. Sonderqualifikation oder unzulässiger zweiter Beruf?

Notare und Notarinnen sind nicht berechtigt, anstatt der gesetzlich bestimmten Amtsbezeichnung („Notar", „Notarin") eine andere Bezeichnung, insbesondere „Notariat", zu verwenden. Grund ist zum einen die personengebundene Natur des Amtes. Hinzu kommt auch insoweit eine unzulässige werbemäßige Selbstdarstellung wegen des damit verbundenen Eindrucks einer verfestigten Institution.[29] Schließlich war diese Bezeichnung im entschiedenen Fall mit dem Hinweis auf ein „starkes Netzwerk von Steuerberatern, Banken, Insolvenzverwaltern und Vermögensberatern" verbunden, was Zweifel an der Unabhängigkeit der notariellen Amtsausübung signalisieren kann.[30]

Dem hauptberuflichen Notar (§ 3 Abs. 1 BNotO) ist die Ausübung anderer Berufe neben dem Notaramt untersagt (§ 8 Abs. 2 S. 1 BNotO).[31] Ein hauptberuflicher Notar darf deshalb auch nicht gleichwertig neben der Amtsbezeichnung „Notar" beim rechtsuchenden Publikum den Eindruck erwecken, er würde neben seinem Amt einen weiteren Beruf ausüben. Es handelt sich bei der in einem aktuellen Fall gewünschten Berufsbezeichnung „Notar & Mediator" nach Ansicht des Bundesgerichtshofs um eine irreführende Selbstdarstellung und damit um einen Verstoß gegen das Verbot berufswidriger Werbung.[32] Grund ist auch, dass es sich bei der Mediation bereits um einen Teil der notariellen Amtstätigkeit nach § 24 BNotO handelt, die von jedem Notar durchgeführt werden kann. Auch wenn der einzelne Notar eine Zusatzausbildung zum zertifizierten Mediator absolviert hat , ist ihm die Führung einer zusätzlichen Berufsbezeichnung zur Abgrenzung von den von ihm so bezeichneten notariellen „Hobbymediato-

29 Schwer verständlich ist insofern die Unterscheidung zwischen „Notariat am Mühlentor" als zulässiger örtlicher Beschreibung und „Notariat Stuttgart" als unzulässigem Eindruck einer verfestigten Institution (so aber *Kobitzsch,* in: Heinemann/Trautrims [Hrsg.] (Fn.20], § 29 BNotO, Rn. 9).

30 BGH, NotZ (Brfg) 6/17, NJW 2018, 2567; teilw abl. Anm. *Terner*, DNotZ 2018, 938 ff. Ausführlich dazu *Ring,* NotBZ 2018 (Fn. 19), 449 ff.

31 Zur Regelung für Anwaltsnotare s. § 8 Abs. 2 S. 2 BNotO.

32 BGH, NotZ (Brfg) 6/21, NJW 2022, 3159.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

ren" nicht gestattet. [33] Dies bedeutet allerdings nicht, dass ein Notar nicht auf seine Zusatzqualifikation als zertifizierter Mediator hinweisen dürfte. Erlaubt ist ihm dies z.B. im Rahmen einer (zurückhaltenden) Gestaltung von Werbemedien, wie Visitenkarten, Broschüren und des Internetauftritts (Homepage). Allerdings bestehen insoweit Unsicherheiten, da akademische Grade nach den Berufsrichtlinien grundsätzlich geführt werden dürfen. Die Abgrenzung zu beruflichen Qualifikationen ist in sich nicht schlüssig. Schließt die Mediatorenausbildung mit dem MBA ab, darf dieser Titel geführt werden; demgegenüber ist der „Wirtschaftsmediator IHK" kein (akademischer) Titel, der geführt werden darf. Eindeutig ist jedoch, dass ein Hinweis auf einen zweiten Beruf mit dem Amt des hauptberuflichen Notars nicht vereinbar ist. Dies betrifft nicht nur Berufe, die mit der notariellen Amtstätigkeit (teilweise) Schnittmengen aufweisen, sondern auch andere Berufe, die der Notar ebenfalls trotz einer entsprechenden abgeschlossenen Ausbildung nicht ausüben und deshalb auch nicht auf sie hinweisen darf.

3. Das (Internet-)Angebot einer „großzügigen Auslegung" beurkundungsrechtlicher Anforderungen

Ein Hauptzweck der notariellen Form, insbesondere bei Grundstücksgeschäften (§ 311b Abs. 1 S. 1 BGB), ist der Übereilungsschutz. Geschützt werden sollten ursprünglich vor allem Landwirte vor übereilten Wirtshausgeschäften.[34] Beim Verkauf von „Schrottimmobilien" wurde aufgrund der Praxis von Mitternachts- und Sonntagsnotaren, die Terminabsprachen mit Strukturvertrieben kurzfristig trafen und fast zu jeder Zeit zur Beurkundung zur Verfügung standen,[35] die Notariatskanzlei zum Ort betrügerischer Grundstücksgeschäfte. Der Gesetzgeber sah sich deshalb zu einer wiederholten Verschärfung das Beurkundungsverfahrens veranlasst.[36] Unter anderem soll der Notar das Verfahren so gestalten, dass bei Immobilienverbraucherverträgen der Formzweck des Übereilungsschutzes durch eine mindestens zweiwöchige Wartefrist nach Aushändigung des beabsich-

33 So bereits *Sandkühler,* in: Arndt/Lerch/Sandkühler (Fn. 18), § 29 BNotO, Rn. 16.

34 Vgl. *Mugdan,* Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, II. Band, Berlin 1899 (Neudruck Aalen 1979), 621.

35 Vgl. OLG München, VA-Not 4/983, MittBayNot 1994, 373; KG, 9 W 133/07, ZfIR 2009, 673.

36 BT-Dr. 14/9266, 50 f. und BR-Dr. 17/12035 u. BT-Dr. 17/13137.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

tigten Textes des Rechtsgeschäfts bis zur Beurkundung gewahrt wird (§ 17 Abs. 2a S. 2 Nr. 2 BeurkG). Nach dem Gesetzeswortlaut soll der Notar auf die Einhaltung der (Mindest-)Wartefrist „hinwirken". Auch wenn sie für die Urkundsbeteiligten nicht dispositiv ist,[37] lässt der Bundesgerichtshof in Ausnahmefällen eine Unterschreitung zu.[38] Manche Notariate haben bis zur Novelle 2013 auf ihrer Homepage gewerblichen Vermittlern von Immobilien angeboten, zum Gespräch über eine Verkürzung der Wartefrist zur Verfügung zu stehen. Nach unwidersprochenen Presseveröffentlichungen fragten manche Notare sogar bereits am Telefon die Immobilienvermittler, ob die Beurkundung „mit oder ohne Siebzehnzwei" erfolgen solle.[39] Damit wird der Eindruck erweckt, notarielle Amtspflichten stünden zur Disposition des Amtsträgers. In Wirklichkeit handelt es sich um ein Anerbieten einer Amtspflichtwidrigkeit, bei der es sich zudem um eine unerlaubte Werbung in der Form der Akquirierung von Beurkundungsaufträgen (unsolider) Immobilienmarktakteure handelt.

4. Gefährdungen aufgrund eines beruflichen Näheverhältnisses?

Das Gebot der Unparteilichkeit soll ein besonders Näheverhältnis zu einer Urkundspartei ausschließen. Dem sprichwörtlichen „Hausnotar" ist deshalb mit Skepsis zu begegnen. Dies betrifft nicht nur Bauträgernotare, sondern auch das Verhältnis von Notaren zu Beteiligten, die der öffentlichen Hand im weitesten Sinne zuzurechnen sind.[40] Wiederholte Auswärtsbeurkundungen in den Räumlichkeiten einer Gemeinde sollen nach Ansicht des Bundesgerichtshofs die Gefahr des Anscheins einer Abhängigkeit und damit Parteilichkeit des Notars begründen.[41] Begründet wurde dies mit dem Interessengegensatz zwischen der Gemeinde als Bauplatzverkäuferin, die eigene wirtschaftliche, planerische und auch politische Interessen verfolgt,

37 BGHZ 196, 166.

38 BGH, III ZR 506/16, NJW-RR 2018, 1531.

39 *Junglas,* Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung des Verbraucherschutzes im notariellen Beurkundungsverfahren, VuR 2013, 114, 116. Vgl. auch *Terner,* Verbraucherschutz durch Notare, NJW 2013, 1404, 1405.

40 Zu Vorbehalten gegenüber Vertragsmustern und der Verfahrensgestaltung der öffentlichen Hand s. *H. Hagen*, Zur Beurkundung von Kaufverträgen unter Beteiligung der öffentlichen Hand, RNotZ 2001, 40 ff.

41 BGH, NotSt(Brfg) 4/20, NJW 2021, 782; vgl. bereits OLG Celle, Not1/18, ZfIR 2019, 242.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

und dem anders gelagerten Interesse des jeweiligen Grundstückskäufers. Außerdem wurde anders als bei Beurkundungen in den Räumen eines Unternehmens, z.B. eines Bauträgers, zwar nicht die Einbindung des Notars in die Vertriebsstruktur als bedenklich angesehen, aber die aus Sicht des Bürgers ohnehin bestehende Nähe zwischen einer Gebietskörperschaft als einem Träger öffentlicher Verwaltung und dem Notar als Träger eines öffentlichen Amtes, die die Grenzen zwischen Exekutive und freiwilliger Gerichtsbarkeit verschwimmen lässt, so dass ein Eindruck der Parteilichkeit entstehen kann.[42]

a) Gebührenerlass aufgrund des außergewöhnlichen Umstands eines hohen Geschäftsaufkommens?

Gerade auch öffentliche Körperschaften schreiben mitunter bestimmte Projekte mit dem Ziel aus, bei der Berechnung der notariellen Kosten bevorzugt zu werden. Noch häufiger ist der Wunsch nach einem kostenmäßigen „Entgegenkommen" bei Privatunternehmen, die im großen Umfang Beurkundungen vornehmen. Der Notar ist jedoch verpflichtet, für seine Tätigkeit die gesetzlich vorgeschriebenen Gebühren, die sich aus dem GNotKG ergeben, zu erheben (§ 17 Abs. 1 S. 1 BNotO). Eine Ausnahme war nach früherer Rechtslage aus Billigkeitsgründen nur zulässig, wenn sie durch eine sittliche Pflicht oder durch eine auf den Anstand zu nehmenden Rücksicht geboten war und die Notarkammer allgemein oder im Einzelfall zugestimmt hatte (§ 17 Abs. 1 S. 2 BNotO a.F.). Nur soweit die Gebührenerhebung aufgrund außergewöhnlicher Umstände des Einzelfalls unbillig wäre und die Notarkammer dem Gebührenerlass oder der Gebührenermäßigung zugestimmt hat, soll nunmehr von der Gebührenerhebungspflicht eine Ausnahme gelten (§ 17 Abs. 1 S. 2 BNotO).[43] Die Höhe der Gebühr, eine Freundschaft oder eine ständige berufliche Zusammenarbeit mit einem Kostenschuldner reichen hierfür nicht aus.[44] Eine Befreiung aufgrund „persönlicher" Näheverhältnisse kommt somit nicht in Betracht.[45]

42 A. A. *Diehn*, in: Diehn (Hrsg.) (Fn. 20), § 29 BNotO, Rn. 56, der insoweit von einem verfassungsrechtlich gesicherten Recht der Auswärtsbeurkundungen ausgeht.

43 Zur Gesetzesbegründung BT-Dr. 19/26828, 98 u. 123.

44 *Bormann*, in. Bormann/Diehn/Sommerfeldt, GNotKG, 4. Aufl., München 2021, § 91 GNotKG, Rn. 7.

45 Krit. wegen der Diskriminierung von Privatangestellten der Notare im Vergleich zu anderen Arbeitnehmern *Grziwotz*, Modernisierung des notariellen Berufs?, MDR

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

Als Anwendungsbereich bleibt somit nur das Vorliegen eines besonderen Sachverhalts, z.B. einer Naturkatastrophe. Werden Gebühren im Gegenzug für eine „Bevorzugung" bei Beurkundungsaufträgen nicht (in voller Höhe) erhoben, handelt es sich nicht lediglich um eine Amtspflichtwidrigkeit, sondern um ein strafbares Bestechungsdelikt (§§ 332, 334 StGB).[46] Schon das diesbezügliche Sichbereiterklären zur Mandatsakquise stellt eine unzulässige (strafbare) Werbung dar.

b) „Maklerklauseln" wesensmäßig zur Notartätigkeit gehörend?

Es ist kein Zufall, dass Sachverhalte, in denen es um eine unzulässige Gebührenermäßigung ging, häufig mit Maklercourtageklauseln in Verbindung standen.[47] Allerdings hat der Bundesgerichtshof in einem in der notarrechtlichen Literatur wiederholt zitierten Urteil zu sogenannten Maklerklauseln entschieden, dass diese „normalerweise wesensmäßig zum Kaufvertrag" gehören würden.[48] Diese Aussage betrifft die Verteilung der Maklerkosten zwischen den Kaufparteien. Es geht darum, wer von ihnen welchen Anteil der für das Zustandekommen des Kaufvertrages anfallenden Maklerkosten im Endergebnis zu tragen hat. In den Urteilsgründen werden diese Kosten mit dem Beurkundungsgebühren verglichen und dem Gesamtaufwand, den der Käufer für den Erwerb zu erbringen hat, zugerechnet.[49] In der notariellen Praxis wurden Maklerklauseln Anfang der 1990er Jahre in manchen Kammerbezirken in großem Umfang üblich. Makler ersuchten um einen (möglichst schnell gefertigten) Entwurf eines von ihnen vermittelten Kaufvertrages über eine Immobilie und die Aufnahme einer Maklerklausel mit einer Bestätigung der Parteien über die Vermittlung des Vertrages und einer Verpflichtung zur Zahlung einer Maklerprovision in bestimmter Höhe als echtem Vertrag zugunsten des Maklers (§ 328 Abs. 1 BGB). Hinzu kamen in vielen Fällen eine Zwangsvollstreckungsunterwerfung hinsichtlich des Provisionsanspruchs (§ 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO), die dem Makler unabhängig

2021, 1173, 1179. Davon zu unterscheiden sind unzulässige Amtshandlungen zugunsten des Personals des Notars; vgl. BGH, NotSt(Brfg) 3/17, NVwZ-RR 2018, 274.

46 BGH, 5 StR 566/17, NJW 2018, 1767. Vgl. auch BGH, NotSt(Brfg) 1/14, NJW 2015, 1883.

47 Besonders deutlich BGH, NotSt(Brfg) 1/14, NJW 2015, 1883.

48 BGHZ 131, 318, 324.

49 Zu Unklarheiten in dieser Entscheidung *Grziwotz,* Maklerprovision und (gemeindliches) Vorkaufsrecht – Dogmatisches Umdenken, DVBl. 2020, 1119, 1121.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

von der Existenz und der Wirksamkeit des Maklervertrages einen unmittelbaren Zugriff auf Vermögenswerte der Kaufparteien ermöglichte, sowie mitunter auch eine Freizeichnung von Prospekthaftungsansprüchen.[50] Notaren, die ohne Rücksprache mit den Kaufparteien nicht bereit waren, eine diesbezügliche Klausel in den Vertragsentwurf aufzunehmen, wurde der Auftrag zur Entwurfsfertigung entzogen bzw. nicht erteilt.

Die Bereitschaft zur Aufnahme einer Maklerklausel in den vom Makler gewünschten Vertragsentwurf, bei der der Notar das Bestehen des Provisionsanspruchs nicht geprüft hat, kann zu Bedenken hinsichtlich der Unparteilichkeit des Notars Anlass geben. Da derartige Klauseln beim Geschäftswert zusätzlich zu berücksichtigen sind, führen sie teilweise auch zu einer Erhöhung der Notargebühren.[51] Die Wirkungsweise derartiger Klauseln beruht darauf, dass sich die Immobilienvertriebe die von dem rechtssuchenden Publikum vorausgesetzte Richtigkeitsgewähr und Unparteilichkeit der notariellen Beurkundung zur Verfolgung ihrer eigenen wirtschaftlichen Interessen zunutze machen. Die Beteiligten gehen nämlich davon aus, dass es sich um übliche Vereinbarungen im Rahmen des Immobilienkaufs handelt, deren Zulässigkeit der Notar geprüft hat. Die Vertragsparteien selbst haben an der Aufnahme einer derartigen Klausel in den allermeisten Fällen allerdings kein Interesse.[52] Sie beruht allein auf den Wünschen des Vermittlers. Übernimmt sie der Notar ohne vorherige Kontaktaufnahme mit den Vertragsparteien, geschieht dies, weil die Auftragserteilung für Beurkundungen im Immobilienverkehr, insbesondere in großstädtischen Amtsbereichen, überwiegend durch professionelle Vertriebe erfolgt.[53] Die

50 Ausführlich *Althammer*, Die Maklerklausel im notariellen Grundstückskaufvertrag, Tübingen 2004 (zugl. Diss. Regensburg 2003/2004), 25 ff. und *H. Roth*, Maklerprovisionsvereinbarungen und Maklerklauseln in Grundstückskaufverträgen, ZfIR 2014, 85 ff.

51 Vgl. OLG Oldenburg, 1 W 36/99, NdsRpfl. 1999, 320; OLG Zweibrücken, 3 W 129/98, ZfIR 1999, 172.

52 Konsequenterweise gilt dies auch für sog. deklaratorische Maklerklauseln, die nicht Angaben der Beteiligten dokumentieren und zur Streitvermeidung dienen (so aber *Rachlitz*, Anm. zu BGH, NotSt(Brfg) 1/14, DNotZ 2015, 461, 473, der zusätzlich eine Vereinbarung zwischen den Kaufparteien darüber, wer den Makler beauftragt hat, für geeignet hält, eine Inanspruchnahme durch den Makler zu vermeiden, und die davon ausgehende Wirkung zugunsten des Makler als bloßen Reflex ansieht, obwohl der Makler durch eine Vereinbarung, an der er nicht beteiligt ist, schwerlich gebunden werden kann).

53 Zur Aufnahme einer missverständlichen Maklercourtageklausel s. BGH, NotSt(Brfg) 1/14, NJW 2015, 1883 und BVerfG, 1 BvR 574/15, NJW 2015, 2642.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

Verknüpfung zwischen Urkundsauftrag und Verschaffung eines vermögenswerten Vorteils in Form eines (zumindest zusätzlichen) Anspruchs stellt wiederum nicht nur ein gewerbemäßiges Verhalten dar, sondern kann auch strafrechtliche Relevanz erlangen. Dass davon ein (unzulässiger, aber nicht unbeabsichtigter) Werbeeffekt ausgeht, zeigen die Listen diesbezüglich „williger" Notare von Strukturvertrieben, die auch in Notarkreisen bekannt sind. Gleiches gilt übrigens auch für den Werbeeffekt von Grundbucheinsichten, die Notare im Auftrag eines Maklers tätigen, ohne sich eines dahinter stehenden berechtigten Interesses eines Beteiligten (§ 12 GBO) zu vergewissern.[54]

III. Officia sua legaliter, fideliter et sincere exercere

Vor 510 Jahren erließ Kaiser Maximilian I. auf dem Reichstag zu Köln die „Ordnung ... zu Underrrichtung der offen Notarien, wie die ir Aempter üben sollen". In der Präambel der Reichsnotariatsordnung von 1512 werden als Grund ihres Erlasses Gebrechen und Mängel der Amtsführung der Notare genannt.[55] Die sprichwörtliche „imperitia notariorum"[56] hatte finanzielle Gründe. Da die Hofpfalzgrafen, die das Recht hatten, „Notarien zu machen",[57] hierfür Gebühren von den Ernannten erhielten, nahm die Zahl der Notare, auch ungeeigneter, ständig zu. Viele Notare waren zudem zur Bestreitung ihres Lebensunterhalts gezwungen, einen zweiten Beruf auszuüben.[58] Sie sollen in ihren „Notariat-Aembtern" „etliche Falschheit" oder andere „Mißthaten" begangen haben.[59] Einzeluntersuchungen haben allerdings gezeigt, dass es eine zumindest gleichgroße Zahl, wenn nicht

54 OLG Celle, Not 26/10, RNotZ 2011, 367; OLG Celle, Not 7/11, MittBayNot 2012, 65. Vgl. auch BGH, NotSt (Brfg) 3/11, ZMtP 2012, 196.

55 Abgedruckt in *Grziwotz,* Kaiserliche Notariatsordnung von 1512. Spiegel der Entwicklung des Europäischen Notariats, München 1995, 3 und 19 (Übersetzung von *A. Meyer).*

56 Ausspruch des Postglossators *Baldus* (zit. nach *Oesterley,* Das deutsche Notariat, Bd. 1, Hannover 1842 (Neudruck Aalen 1965), 484.

57 S. dazu nur *Schröder/von Künßberg*, Lehrbuch der deutschen Rechtsgeschichte, 7. Aufl., Berlin, Leipzig 1932, 528 ff.

58 Schmidt-Thomé, Das Notariat, in: Kaspers (Hrsg.), Vom Sachsenspiegel zum Code Napoléon, 4. Aufl., Köln 1978, 171, 187 f.

59 Präambel der Reichnotariatsordnung von 1512, zit. nach *Grziwotz* (Fn. 55*)*, 3 und 19 (Übersetzung von *A. Meyer).*

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

sogar eine Mehrheit fachlich geschulter solider Kollegen gab.[60] Der Topos der Fernhaltung unqualifizierter Personen von der Rechtsausübung liefert der Politik mitunter auch einen Vorwand für eine stärkere Kontrolle des Rechtswesens.[61] Es ist kein Zufall, dass im Auftrag zur „Reformation der Notarien" des Reichtags zu Freiburg von 1498 die Obrigkeiten verpflichtet wurden, „alle Notarien in irer Oberkeyt mit Fleiß (zu) examinieren",[62] während die fragwürdige Ernennungspraxis der Obrigkeit selbst mit keinem Wort erwähnt wurde.

Die Ordnung des Notariatswesens stand in der Vergangenheit und steht auch heute in engem Zusammenhang mit der jeweiligen Ordnung und ist Ausdruck der maßgebenden Rechtsauffassung der jeweiligen Zeit.[63] Die Reichsnotariatsordnung von 1512 bezeichnet den Notar als „Diener … gemeinen Nutzens" (Rei publ. serviens, § 15 RNO). Diese Bindung unterstreicht die Funktion eines öffentlichen Amtes, bei dem nicht die Einzelinteressen seiner Träger im Vordergrund stehen, sondern die Verantwortung für die Gesamtgerechtigkeit. Die Forderung, Notare dürfen nicht zu Machtverstärkern der ohnehin Machtstarken" werden,[64] betrifft zum einen ihre Einbindung in Marktmechanismen, die auch das eigene Werbeverhalten beeinflussen. Zum anderen geht es aber auch um Gefährdungen der Unabhängigkeit und Unparteilichkeit, die von neuen Aufgaben ausgehen, die wesensmäßig nicht zur freiwilligen Gerichtsbarkeit gehören. Die Fehlentwicklung einer Amtsermittlung und damit eines Widerspruchs zu grundlegenden zivilprozessualen Grundsätzen im Rahmen des notariellen Nachlassverzeichnisses gemäß § 2314 BGB ist hierfür ein Beispiel.[65] Gravierender sind die Prüfungs- und Meldepflichten im Rahmen von Vaterschaftsanerkennungen (§ 1597a BGB), die lediglich „Auslandssachverhalte", nämlich die Schaffung der Voraussetzungen für die erlaubte Einreise oder den erlaubten Aufenthalt, bestimmter Flüchtlinge betreffen und damit dis-

60 Vgl. dazu *Grziwotz* (Fn. 55), 44.

61 *Wolf,* Das öffentliche Notariat, in: Coing (Hrsg.), Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte, 1. Bd., München 1973, 505, 507.

62 Zit. nach Neue und vollständigere Ausgabe der Reichs-Abschiede, Bd. II, Frankfurt a. M. 1747 (Schmauß-Senckenberg'sche Sammlung), 46 § 35.

63 *B. Keim* (Fn. 24), XIX.

64 *Hoffmann-Riem* (Fn. 7), 322.

65 Kritisch auch *Koroch*, Aktuelle Einzelfragen des notariellen Nachlassverzeichnisses, RNotZ 2020, 537, 556; *Zimmer*, Der Auskunftsanspruch über den „fiktiven Nachlass". Zwischen Wahrheitspflicht, Beibringungsgrundsatz und Ausforschung durch Parteien oder Notar, NJW 2015, 1, 5 und *Grziwotz*, in: Dauner-Lieb/Grziwotz/Herzog (Hrsg.), Pflichtteilsrecht, 3. Aufl. 2022, § 2314 BGB, Rn. 55 a.E.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

kriminierend wirken. Will man Missbrauchsmöglichkeiten aus politischen Gründen verhindern, ist die Instrumentalisierung des notariellen Beurkundungsverfahrens hierzu der falsche Ansatzpunkt. Durch die Dienstaufsicht überwachte, für die Mandanten nicht justiziable Meldepflichten an die Ausländerbehörde, die zudem auf moderne Familienformen und künstliche Fortpflanzungsmethoden keine Rücksicht nehmen,[66] zerstören das Vertrauen des rechtssuchenden Publikums in die Unabhängigkeit der Notare mindestens ebenso wie ein gewerbsmäßiges Verhalten. Unabhängigkeit des Notaramts bedeutet Freiheit von wirtschaftlichen Abhängigkeiten, aber auch von der freiwilligen Gerichtsbarkeit fremden politischen Einflussnahmen. *Gerhard Ring* hat zu Recht darauf hingewiesen, dass die den Notaren übertragenen Funktionen jenen der Richter nahestehen.[67] Gewinnorientierte Werbung und Aufspürungsfunktionen widersprechen gleichermaßen diesem Verständnis des öffentlichen Notaramts.[68]

66 Vgl. auch BVerwGE 173, 37 und dazu bereits *Grziwotz*, Familienrecht als Mittel zum Aufenthaltsmissbrauch?, FF 2022, 63, 64. S. ferner OLG Köln, DNotZ 2019, 688 und OLG Frankfurt a. M., NZFam 2022, 469.

67 Ring, NotBZ 2018 (Fn. 19), 449.

68 Unzutreffend dagegen der Hinweis von *Miermeister/de Buhr*, in: Frenz/Miermeister (Hrsg.) (Fn. 18), § 29 BNotO, Rn. 9 auf den „Tag der offenen Tür" von Gerichten als Werbemaßnahme.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

Kinderbeschäftigung in Kunst, Kultur und Werbung – ein Überblick zur rechtlichen Situation in der Türkei

Alpay Hekimler

Werbung ist ein fester Bestandteil unseres Alltags und zugleich ein unverzichtbarer Faktor für einen freien, fairen sowie lauteren Wettbewerb. Der Jubilar hat sich in seiner akademischen Laufbahn immer wieder mit dem Thema „Werbung" aus rechtspolitischer Perspektive auseinandergesetzt. Es sind von ihm zahlreiche Werke erschienen, die nicht nur im deutschen Sprachraum, sondern weltweit - somit auch in der Türkei - bekannt sind. Gerhard Ring forschte über das Werberecht der Ärzte, der Anwälte, der steuerberatenden Berufe. Da diese Berufsgruppen nicht mit jedem Mittel werben können, stechen die Ergebnisse seiner Arbeiten hervor und gelten international als wegweisend. Er hat sich somit zeitgleich, neben weiteren zahlreichen Themen des privaten Rechts, mit einem Nischenbereich beschäftigt und diesen durchschaubar gemacht. Mit dieser Arbeit, die dem Jubilar gewidmet ist, wird ein Bereich des türkischen Arbeitsrechtes skizziert, der meiner Kenntnis nach im deutschen Sprachraum noch nicht behandelt wurde.

Heute sind in nicht gerade wenigen Werbungen weltweit immer wieder Kinder als Darsteller zu sehen, wobei der Einsatz von Kindern zur Vermarktung besonderer Produkte keinesfalls eine neue Entdeckung ist. Neu ist jedoch in der Branche, dass in den letzten Dekaden Kinder sich immer mehr zur Zielgruppe entwickelt haben. Kurz gesagt, haben sich die Kinder, bedingt durch verschiedene Faktoren, gleichzeitig zu begehrten Werbekunden gewandelt.

Da Kinder faktisch auch Konsumenten sind und heute wesentlich stärker als früher selbst entscheiden können, was sie besitzen möchten, haben Unternehmen - sowohl internationale als auch nationale Marken - im Laufe der Zeit unterschiedliche Methoden und Verfahren entwickelt, um das Interesse der Kinder auf ihre Produkte zu lenken. Eine dieser Methoden ist

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

der Einsatz von Kindern als Darsteller in den Werbekampagnen.[1] Wo die ethischen Grenzen liegen und liegen sollten, darüber wurde schon früh in der Fachliteratur diskutiert.[2] Diese Ergebnisse können hier allerdings nicht einfließen.

Kinderdarsteller sind jedoch auch als Schauspieler oder Sänger in Film und Fernsehen nicht wegzudenken. Jedes Land hat wohl im Laufe der Zeit seine eigenen berühmten Kinderdarsteller hervorgebracht, von denen einige weltweiten Ruhm erlangten und heute immer noch in den Gedächtnissen verankert sind. Zwar treten Kinderdarsteller auch im Theater oder in der Oper auf, jedoch sind sie hier eher seltener als bei Film- und Fernsehproduktionen. Ungeachtet dessen, dass immer mehr Kinder in der Medienbranche beschäftigt werden, scheint das von der Öffentlichkeit nicht als eine Art der Kinderarbeit wahrgenommen zu werden.[3] Wissenschaftliche Studien belegen, dass die Beschäftigung von Kindern in diesem Bereich von ihren Eltern eher sogar gewollt ist, wobei nicht immer ein finanzieller Anreiz, sondern z.B. der Wunsch nach dem Erlangen eines neuen sozialen Status als Motiv dient.[4]

Diese Situation berechtigt zu der Frage, wie Beschäftigung von Kindern, die ja im Grunde nach internationalem sowie auch nach nationalem Recht verboten ist, überhaupt möglich ist. Unter welchen Bedingungen können Kinder im Kunst- und Kulturbereich, in der Medien- und Werbebranche aber auch bei Dreharbeiten beschäftigt werden? Zweifelsohne muss ein Gleichgewicht zwischen dem Bedarf an Kinderbeschäftigung - soweit diese überhaupt unabdingbar ist - und dem Schutzbedarf der Kinder hergestellt werden.

Die Beschäftigung von Kindern ist im Allgemeinen auch in der Türkei verboten. Es bestehen nur vereinzelte Ausnahmen, die eine Beschäftigung unter bestimmten Auflagen zulassen. Im Folgenden werden als Erstes in einem kurzen Überblick die Verbreitung der weltweiten Kinderarbeit und die aktuellen Zahlen in der Türkei dargestellt. Nachdem der internationale Rechtsrahmen ebenfalls kurz, ohne spezifische Bereiche aufzugreifen, erläutert wird, werden die Normen der Kinderarbeit nach dem türkischen

1 Näher dazu *Koçak/Altincik*, Reklamlarda Çocuklara Yönelik Kullanılan Söylemler: Koton Örneği, GİFDER Eylül 2019, 846.

2 Siehe *Elden/Ulukök*, Çocuklara Yönelik Reklamlarda Denetim ve Etik, Küresel İletişim Dergisi 2006, 1, 23.

3 *Yılmaz*, Çocuk İşçiliğinin Yeni Formları: Çocuk Oyuncular, Çalışma ve Toplum Dergisi 2014, 211, 213.

4 Ausführlich *Yılmaz* (Fn. 3), 217.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

Recht erörtert. Die Arbeit endet mit einer Zusammenfassung und einem Ausblick.

I. Die Verbreitung der Kinderarbeit

Weltweit ist Kinderarbeit immer noch ein bedeutendes Problem, das die Menschheit bedauerlicherweise nicht in den Griff bekommen hat. Nach Schätzungen der Internationalen Arbeitsorganisation (ILO) arbeiten 160 Millionen Kinder im Alter von 5 bis 17 Jahren unter Bedingungen, die als Kinderarbeit einzustufen sind, wobei mehr als die Hälfte der Kinder zwischen 5 und 11 Jahre alt sind. 79 Millionen Kinder arbeiten unter ausbeuterischen, gesundheitsschädlichen und gefährlichen Bedingungen. Die Erscheinungsformen der Kinderarbeit sind unterschiedlich: als Zwangsarbeit, in Schuldknechtschaft, in Privathaushalten und Industriebetrieben. 70 Prozent der Kinderarbeit findet dabei in der Landwirtschaft statt. Von den 160 Millionen arbeitenden Kindern leben rund 87 Millionen in den afrikanischen Staaten südlich der Sahara.[5]

Hervorzuheben ist jedoch, dass die Kinderarbeit in den letzten Jahrzehnten offiziell zurückgegangen ist. Im Jahr 2000 arbeiteten noch 246 Millionen Kinder weltweit, 86 Millionen mehr als im Jahr 2020. Aktuell ist jedoch noch immer fast jedes zehnte Kind gezwungen zu arbeiten, wobei die Lage insbesondere in Afrika noch viel schlimmer ist.[6] Besonders betroffen sind Kinder in Konflikt- und Krisenregionen, weil sie etwa verwaist und auf sich selbst gestellt sind. Oder weil das Familieneinkommen einfach nicht ausreicht, um zu überleben.

Um das Thema mehr in den Fokus der Öffentlichkeit zu rücken und somit auf die Schicksale der Kinder aufmerksam zu machen, wurde im Jahr 2002 von der ILO der „Welttag gegen Kinderarbeit" ins Leben gerufen. Der jährlich am 12. Juni begangene internationale Aktionstag soll die weltweite Bewegung gegen Kinderarbeit fördern. Das erklärte Ziel der Vereinten Nationen (UN) ist es, bis 2025 alle Formen von Kinderarbeit zu beenden und zu verbieten.[7] Meines Erachtens scheint es jedoch, zumindest nach den gegenwärtig vorliegenden Daten und Fakten, unmöglich zu sein, dieses Ziel zu erreichen.

5 https://www.bmz.de/de/entwicklungspolitik/kinderarbeit, abgerufen 19.05.2022.
6 https://www.bmz.de/de/entwicklungspolitik/kinderarbeit, abgerufen 19.05.2022.
7 https://www.bpb.de/kurz-knapp/hintergrund-aktuell/334704/internationaler-tag-gegen-kinderarbeit/, abgerufen 19.04.2022.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

Gründe für eine Kinderbeschäftigung unterscheiden sich von Land zu Land, sogar regional gesehen können verschiedenste Phänomene verantwortlich sein. Im Allgemeinen sind es die wirtschaftlichen Bedingungen, deutlicher ausgedrückt die finanzielle Not der Familien, die zur Kinderarbeit zwingen. Somit ist Dreh- und Angelpunkt die Armut. Sie ist Ursache, aber zugleich auch Folge der Kinderarbeit. Da Kinder anstelle zur Schule zu gehen arbeiten müssen, können sie später nur als Hilfsarbeiter oder Tagelöhner eine Arbeit finden. Darüber hinaus können durchaus auch kulturelle Aspekte für Kinderarbeit verantwortlich sein.

Um gegen die Kinderarbeit vorzugehen hat die ILO 1991 das IPEC Projekt ins Leben gerufen.[8] Laut Angaben der ILO konnte im Zeitraum 2000 – 2012 die Zahl der Kinderarbeiter um ein Drittel gesenkt werden.[9] Die Türkei hat bereits 1992 an diesem Programm aktiv teilgenommen und in diesem Zusammenhang eine Reihe von Projekten ins Leben gerufen.[10] Ein weiteres Programm hat die ILO im Jahr 2013 unter dem Namen „Music Against Child Labour Initiative" (MACLI)[11] gestartet. Hier sind Musiker aller Länder aufgerufen, durch ihre musikalischen Beiträge gegen Kinderarbeit aufzutreten.

Das türkische Statistikamt (TÜİK - Türkiye İstatistik Kurumu) erhob bis ins Jahr 2012 alle vier Jahre Daten über die Lage der Beschäftigung von Kindern im Land. Im Jahr 2016 wurden jedoch keine neuen Statistiken veröffentlicht, die Gründe dafür sind nicht bekannt. Die aktuellen Zahlen, die von der TÜİK am 31. März 2020 veröffentlich wurden, geben den Stand von Ende 2019 wieder.

Im Folgendem werden einige Daten genauer betrachtet, um die allgemeine Lage ersichtlich zu machen. Die TÜİK berechnete, dass 16,4 Millionen Menschen in der Türkei zwischen 5 und 17 Jahre alt sind. Das sind in etwa 20,3% der Gesamtbevölkerung, wobei ungefähr 9 Millionen zwischen 5 und 11 Jahre, 3,7 Millionen zwischen 12 und 14 Jahre und 3,6 Millionen zwischen 15 und 17 Jahre alt sind.

Von den 16,4 Millionen Kindern gehen zirka 720.000 einer Beschäftigung nach, was einer Kinderbeschäftigungsquote von 4,4% gleichkommt. Der

8 *Lordoğlu*, Türkiye'de Çocuk İşçiliğine İlişkin Değerlendirme ve Saptamalar, Türk Tabipler Birliği Mesleki Sağlık ve Güvenlik Dergisi Mart 2017, 19.

9 https://www.ilo.org/berlin/arbeitsfelder/kinder-und-zwangsarbeit/WCMS_546561/lang--de/index.htm.

10 https://www.csgb.gov.tr/medias/5828/ilococuk.pdf.

11 Näheres über das Programm https://www.ilo.org/ipec/Campaignandadvocacy/MusicInitiative/lang--en/index.htm.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

größte Anteil der arbeitenden Kinder liegt mit 79,7% bei denjenigen, die zwischen 15 und 17 Jahre alt sind. Bei denen, die zwischen 12 und 14 Jahre alt sind, sinkt die Quote auf 15,9% und bei den 5- bis 11-Jährigen auf 5,5%. Nur 65,7% aller Kinder besuchen auch eine Schule oder befinden sich in Ausbildung. Wirft man einen Blick auf die einzelnen Branchen, so ist aus den Statistiken abzulesen, dass mit 45,5% die meisten Kinder in der Dienstleistungsbranche beschäftigt werden, wobei der Anteil im Agrarbereich bei 30,8% und in der Industrie bei 23,7% liegt. 63,3% der Kinder beziehen für ihre Arbeitsleistung einen Lohn, während 36,5% als sogenannte unbezahlte Familienhelfer *(ücretsiz aile işçisi)*[12] bezeichnet werden, die kein Entgelt erhalten. 0,5% sind sogar als Selbstständige eingestuft.

Zweifelsohne lautet eine der wichtigsten Fragen, warum die Kinder, die in den Statistiken erfasst wurden, überhaupt einer Arbeit nachgehen. Laut der TÜİK arbeiteten 35,9%, um ihren Familien behilflich zu sein. Unter diesen Bereich fallen klassische einfache Hausarbeiten.[13] 34% arbeiteten, um einen Beruf zu erlernen, 23,2% um ihre Familie finanziell zu unterstützen und die Zahl derer, die einer Beschäftigung nachgegangen sind um ihre eigenen Bedürfnisse zu decken, liegt bei 6,4%.[14]

Aus den Statistiken der TÜİK ist jedoch nicht herauszulesen, wie viele Kinder in den letzten Jahren in der Medien- und Werbebranche sowie bei Dreharbeiten beschäftigt geworden sind. Diese müssten meines Erachtens nach in der Gruppe der Selbstständigen erfasst sein. Es gibt zwar einige Zahlen, die von unterschiedlichen Organisationen veröffentlicht wurden, da diese jedoch erhebliche Unterschiede aufweisen, wurden sie nicht in diese Arbeit aufgenommen.

Dass einige Firmen im Internet für Kinderdarsteller werben und einige Agenturen sich auf Kinderdarstellervermittlung spezialisiert haben, zeigt wohl, dass es sich hier anscheinend um eine lukrative Branche handelt. Wie weit die Rechte der Kinder dabei eingehalten werden und ob Inspektionen durchgeführt werden[15] bzw. ob diese ausreichend sind, ist nun eine andere Frage.

---

12 Näheres über diesen Begriff und seine Bedeutung im türkischen Arbeits- und Sozialrecht *Çelikalp*, Ücretsiz Aile İşçisi Çocuklar ve Sorunları, Çalışma Ortamı Dergisi Haziran 2012, 6, 9.

13 Die wöchentliche Arbeitszeit liegt im Durchschnitt bei 5,8 Wochenstunden.

14 https://data.tuik.gov.tr/Bulten/Index?p=Child-Labour-Force-Survey-2019-33807, abgerufen 19.04.2022.

15 Insbesondere *Bilgili*, Çocuk İşçiliğin Denetimi, Jornal of Social Security 2018, 195, 214.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

II. Internationales Recht

Auf internationaler Ebene wurde im Laufe der Jahre eine bedeutende Zahl von Vereinbarungen über die Rechte der Kinder und das Verbot der Kinderarbeit geschlossen. Wie weit diese jedoch in der Praxis dazu beigetragen haben die Kinderarbeit zu begrenzen bzw. abzuschaffen ist eine Frage, auf die hier keine Antwort gefunden werden kann. Alle Vereinbarungen in Bezug auf Kinderarbeit hier darzustellen, würde den Rahmen dieses Beitrages bei weitem sprengen. Im Folgenden soll aber, um die Bedeutung des internationalen Rechts für die hier behandelte Thematik noch einmal hervorzuheben, doch auf einige der Übereinkommen näher eingegangen werden.

1. UN-Kinderrechtskonvention

In der Fachliteratur wird zu Recht gewürdigt, dass an der UN-Kinderrechtskonvention von 1989, die auch als Übereinkommen über Rechte des Kindes bekannt ist, mehr Staaten beteiligt sind als an allen anderen UN-Konventionen. Auch einige Nichtmitgliedsstaaten haben die Konvention ratifiziert. Dieses Abkommen gilt als zentrales Referenzwerk auf internationaler Ebene. Später wurde die Kinderrechtskonvention durch zwei Zusatzprotokolle ergänzt und somit erweitert.[16]

Mit der Ratifikation verpflichten sich die Staaten, die Kinder- und Jugendrechte in nationales Recht überzuführen und konkrete Maßnahmen zum Schutz und zur Förderung des Kindeswohls zu ergreifen. Die Kinderrechtskonvention enthält vier Grundprinzipien, die die Vertragsstaaten berücksichtigen und fördern sollen.[17]

Insbesondere ist hier Art. 32 herauszustreichen, der Art. 10 Nr.3 Satz 2 des Internationalen Paktes über wirtschaftliche und soziale Rechte (UN-Sozialpakt)[18] konkretisiert. Demnach erkennen die Unterzeichnerstaaten das Recht des Kindes auf Schutz vor wirtschaftlicher Ausbeutung und vor

16 Näheres über die Zusatzprotokolle und deren Bedeutung *Schmahl*, Kinderrechtskonvention mit Zusatzprotokollen, Baden-Baden 2013, 14; *Gençcan*, Çocuk Hukuku, Ankara 2021, 12; *Fendoğlu*, Çocuk Hukuku, Ankara 2021, 18; *Özdemir/Ruhi*, Çocuk Hukuku ve Çocuk Hakları, İstanbul 2016, 22.

17 Näher dazu *Düring/Herzog/Scholz/Kersten*, 96. EL November 2021, GG Art. 102 Rn. 59.

18 https://www.sozialpakt.info, abgerufen 15.06.2022.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

einer Heranziehung zu einer seine Entwicklung schädigenden Arbeit an. Die Staaten werden verpflichtet, Gesetzgebungs-, Verwaltungs-, Sozial- und Bildungsmaßnahmen zu ergreifen, um die Einhaltung der Bestimmungen des Artikels zu gewährleisten. Insbesondere müssen die Vertragsstaaten ein Mindestalter für die Zulassung zur Arbeit festlegen (Art. 31 Abs. 2a) sowie eine angemessene Regelung der Arbeitszeit und der Arbeitsbedingungen vorsehen (Art. 31 Abs. 2b).[19]

2. ILO Übereinkommen

Seit Gründung der ILO ist die Abschaffung der Kinderarbeit ein zentrales Anliegen. Die Türkei ist seit 1932 Mitglied der ILO. Während der 90-jährigen Mitgliedschaft hat das Land 59 Übereinkommen ratifiziert (Stand 2022)[20] und in ihr nationales Recht einfließen lassen. Darunter fallen auch jene, die zum Schutz der Kinder und Jugendlichen getroffen wurden.

Die Organisation hat zwei Übereinkommen zur Abschaffung und Regulierung von Kinderarbeit verabschiedet. Das Übereinkommen 138 aus dem Jahr 1973 verpflichtet die Unterzeichnerstaaten, ein bestimmtes Mindestalter für die Zulässigkeit zur Beschäftigung gesetzlich festzuschreiben. Dieses Alter variiert bei den unterzeichnenden Staaten zwischen 14 und 16 Jahren.

Das Übereinkommen 182 aus dem Jahr 1999, das die Überschrift „*Übereinkommen über das Verbot und unverzügliche Maßnahmen zur Beseitigung der schlimmsten Formen der Kinderarbeit*" trägt, verbietet den Einsatz von Kindern bis zur Vollendung des 18. Lebensjahres für jegliche Arbeit, die ihre Gesundheit, Sicherheit und moralische Entwicklung gefährdet. Die Unterzeichnerstaaten haben nationale Aktionspläne zur Bekämpfung der Kinderarbeit zu verabschieden. Dieses Übereinkommen zählt zu den acht grundlegenden ILO Kernarbeitsnormen[21] und wurde von allen Mitgliedsländern unterzeichnet.

19 *Gürsel*, Çalışan Çocuk ve Gençlerin Korunması, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 2016, 417; *Centel*, Çocuk Hakları Sözleşmesi, Çalışan Çocuklar ve Türkiye, Prof. Dr. Kemal Oğuzman'a Armağan, Ankara 1997, 186.

20 https://www.ilo.org/ankara/conventions-ratified-by-turkey/lang--tr/index.htm, abgerufen 15.06.2022.

21 *Immenga/Mestmäcker/Kling*, 6. Auflage 2021, GWB § 128 Rn. 59-72.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

3. Europäische Charta der Grundrechte

Die EU-Grundrechtscharta kodifiziert und definiert klar die Rechte und Freiheiten der Menschen in der Europäischen Union. Diese Rechte sind von den Organen und Institutionen der EU ebenso wie von den Mitgliedsstaaten zu achten und zu garantieren.

Ähnlich wie die UN-Kinderrechtskonvention benennt die Grundrechtscharta verbindlich Kinderrechte. Durch Art. 32 Abs. 1 S.1 der Charta wird Kinderarbeit ausdrücklich verboten.[22] Der Begriff des Kindes wird im Rahmen des Art. 32 jedoch anders definiert als bei Art. 24. Kinder sind demnach nicht alle Menschen bis zur Vollendung des 18. Lebensjahres, sondern Personen, die noch der Schulpflicht unterliegen. Die Dauer dieser Pflicht ist in den Mitgliedsstaaten unterschiedlich geregelt. Jedoch ist unionsrechtlich festgeschrieben, dass unionsweit ein Mindestalter von 15 Jahren gilt, sodass als Kinder stets alle Menschen gelten, die das 14. Lebensjahr noch nicht vollendet haben.[23] Jugendliche sind daher alle Personen, die mindestens 15 Jahre alt sind, aber noch nicht das 18. Lebensjahr erreicht haben.

Die Charta verbietet zwar die Kinderarbeit grundsätzlich, nach Abs. 1 S.2 des Art. 32 sind jedoch begrenzte Ausnahmen möglich. Es heißt dort, *„Unbeschadet günstigerer Vorschriften für Jugendliche und abgesehen von begrenzten Ausnahmen darf das Mindestalter für den Eintritt in das Arbeitsleben das Alter, in dem die Schulpflicht endet, nicht unterschreiten".*

Um dem Schutz der Jugendlichen Rechnung zu tragen, ist durch Abs. 2 S.1 des Art. 32 festgehalten, dass für zur Arbeit zugelassene Jugendliche ihrem Alter angepasste Arbeitsbedingungen gelten und sie vor wirtschaftlicher Ausbeutung und vor jeder Arbeit geschützt werden müssen, die ihre Sicherheit, ihre Gesundheit, ihre körperliche, geistige, sittliche oder soziale Entwicklung beeinträchtigen oder ihre Erziehung gefährden könnte.

4. Richtline 94/33/EWG des Rates über den Jugendarbeitsschutz

Durch die Richtline 94/33/EWG wurden die Mitgliedsstaaten in die Pflicht genommen, erforderliche Maßnahmen zu treffen, um die Kinderarbeit zu verbieten, und dafür Sorge zu tragen, dass das Mindestalter für den Zugang

22 Ausführlich *Jarass,* Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 4. Auflage, München 2021, Art. 32, Rn. 1-4.

23 *Lemke* in: von der Groeben/Schwarze/Hatje, Europäisches Unionsrecht, 7. Auflage, Baden-Baden 2015, Art. 24 GRCh, Rn. 9.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

zur Beschäftigung oder Arbeit nicht unter dem Alter, mit dem gemäß den einzelstaatlichen Rechtsvorschriften die Vollzeitschulpflicht endet, und in keinem Fall unter 15 Jahren liegt (Art. 1 Abs. 1).

Die Mitgliedsstaaten müssen darüber hinaus dafür sorgen, dass der Arbeitgeber gewährleistet, dass die Arbeitsbedingungen dem Alter der jungen Menschen angepasst sind (Abs. 3 S. 1 des Art. 1). Nach Abs. 1 des Art. 4 haben die Mitgliedsstaaten die erforderlichen Maßnahmen für ein Verbot der Kinderarbeit zu treffen. Als Kind wird jeder junge Mensch, der noch nicht 15 Jahre alt ist oder gemäß den einzelstaatlichen Rechtsvorschriften noch der Vollzeitschulpflicht unterliegt, definiert.

Besonders hervorzuheben ist Art. 5, in dem festgehalten wird, dass die Einstellung von Kindern in Hinblick auf ihre Mitwirkung bei kulturellen, künstlerischen, sportlichen oder Werbetätigkeiten im Einzelfall der vorherigen Genehmigung durch die zuständige Stelle bedarf. Die genauen Voraussetzungen für die Ausübung solcher Tätigkeiten sind somit von den Mitgliedsstaaten zu regeln.

Die Türkei ist bekanntlich kein Mitgliedsland der EU, obwohl sie seit über einem halben Jahrhundert eine Vollmitgliedschaft anstrebt. Als Beitrittskandidat hat das Land jedoch insbesondere seit der Jahrtausendwende sein Arbeitsrecht dem europäischen Regelwerk zum größten Teil angepasst. Darunter fallen auch die Bestimmungen über das Verbot der Kinderarbeit und den Jugendschutz, die im Folgenden näher beleuchtet werden.

III. Die Rechtslage

Anders als in Deutschland[24] und Österreich[25] wurde in der Türkei zum Schutz von Kindern und Jugendlichen kein Kinder- und Jugendlichenbeschäftigungsgesetz bzw. Jugendarbeitsschutzgesetz geschaffen, sondern die diesbezüglichen Bestimmungen sind, wie z.B. in der Schweiz[26], im Arbeitsgesetz[27], das als Gesetz Nr. 4857 im Jahr 2003 erlassen wurde, niedergelegt. Somit prägt und steuert dieses Gesetz mit seinen gegenwärtig 122 Artikeln,

24 Siehe etwa *Ring/Vogel*, Individualarbeitsrecht, Stuttgart 2014, 321.

25 *Löschnigg*, Arbeitsrecht, 13. Auflage, Wien 2017, 410.

26 *Löschnigg*, Schweizerisches und österreichisches Arbeitsrecht – Beispiele struktureller und inhaltlicher Unterschiede, in: Müller/Pärli/Wildhaber, Arbeit und Arbeitsrecht: Festschrift für Thomas Geiser zum 65. Geburtstag, Zürich 2017, 228.

27 İş Kanunu, Yasa No:4857 – Kabul Tarihi: 22.5.2003 – Yayım Tarihi: RG.10.6.2003, No.25134.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

3 Zusatzartikeln und 10 Übergangsartikeln seit über zwanzig Jahren das individuelle Arbeitsrecht des Landes. Das Arbeitsgesetz erfuhr im Laufe der Jahre zahlreihe Änderungen, darunter auch die Bestimmungen über das Verbot der Kinderbeschäftigung, die in weiterer Folge näher beleuchtet werden sollen. Da in der Praxis Kinder als Darsteller in der Filmbranche sowie auch in der Werbung seit langer Zeit beschäftigt wurden und im Arbeitsgesetz diesbezüglich keine Ausnahmeregelung verankert war, wurde diese Vorgehensweise nach herrschender Meinung als rechtswidrige Handlung eingestuft.[28]

Im Folgenden werden als Erstes, ohne spezifische Bereiche aufzugreifen, die Bestimmungen in der Verfassung kurz erläutert und danach die Bestimmungen im Arbeitsgesetz erörtert, wobei insbesondere die Bestimmungen zur Beschäftigung von Kindern im Kunst- und Kulturbereich sowie in der Medien- und Werbebranche hervorgehoben werden.

I. Verfassungsrechtliche Grundlagen

Es steht außer Diskussion, dass Kinder sowie auch Jugendliche eines besonderen Schutzes bedürfen, da sie in einem Arbeitsverhältnis durch ihre mangelnde körperliche und geistige Reife viel stärker als Erwachsene beansprucht werden.[29] Darüber hinaus können als Folge einer nicht adäquaten Beschäftigung erhebliche Störungen ihrer normalen Entwicklung auftreten, durch die ihre Gesundheit lebenslang beeinträchtigt werden kann.

Ein Blick in die Bundesrepublik verrät uns, dass in Deutschland seit der Ratifizierung der UN-Kinderrechtskonvention im Jahr 1992 darüber diskutiert wird, die Kinderrechte ausdrücklich in das Grundgesetz aufzunehmen.[30] Die Regierungsparteien haben zwar in ihrem Koalitionsvertrag[31] vereinbart, die Kinderrechte im Grundgesetz zu verankern, aber wann dieses Ziel konkret umgesetzt werden soll, wird sich wohl erst mit der Zeit herausstellen. Das bedeutet jedoch keinesfalls, dass Kinder in Deutschland keine Grundrechte besitzen. Im Gegenteil - mit der Aufnahme der Norm möchte man die Bedeutung der Rechte von Kindern stärker verdeutlichen.

28 Vgl. *Çelik/ Caniklioğlu/ Canbolat/Özkaraca*, İş Hukuku Dersleri, 34. Baskı, İstanbul 2021, 289.

29 *Födermayr/Resch*, Arbeitsrecht, 7. Auflage, Wien 2020, 23.

30 https://www.bmfsfj.de/bmfsfj/themen/kinder-und-jugend/kinderrechte/kinderrechte-ins-grundgesetz.

31 Der Koalitionsvertrags ist abzurufen unter https://www.bundesregierung.de/breg-de/service/gesetzesvorhaben/koalitionsvertrag-2021-1990800.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

Die Türkei zählt dagegen ausdrücklich zu den Ländern, die die Kinderrechte in ihre Verfassung von 1982 aufgenommen haben. Wobei auch hervorzuheben ist, dass bereits in der Verfassung von 1961 die „Kinderrechte" fest verankert waren. Somit sind in der Türkei Kinderrechte seit über sechzig Jahren Bestandteil der Verfassung.

Art. 41 der geltenden Verfassung trägt die Überschrift „*Schutz der Familie und Kinderrechte*". Wobei zu betonen ist, dass der Zusatz „*und Kinderrechte*" durch eine Novellierung im Jahr 2010 hinzugefügt wurde. Abs. 3 des Art. 41 bestimmt, dass der Staat die erforderlichen Maßnahmen zum Schutz der Kinder gegen Missbrauch und Gewalt zu ergreifen hat. Um allen Kindern ausnahmslos den Zugang zu Bildung zu gewähren, heißt es in Abs. 1 des Art. 42 "*Niemandem darf sein Recht auf Erziehung und Bildung verweigert werden*".

Wie bereits oben erwähnt, liegt - global betrachtet - die Hauptursache der Kinderarbeit in der finanziellen Not der Familien, die eine Grundausbildung für ihre Nachkommen sehr häufig unmöglich macht. Um diesem Phänomen entgegen zu steuern, heißt es in Abs.7 desselben Artikels „*Der Staat lässt den mittellosen erfolgreichen Schülern, um die Fortsetzung ihrer Ausbildung zu ermöglichen, durch Stipendien oder auf anderen Wegen die notwendige Unterstützung zuteilwerden*." Somit wird der Staat verpflichtet allen Kindern die Fortsetzung ihrer Ausbildung zu ermöglichen. Inwieweit jedoch die ergriffenen Maßnahmen dem Erreichen dieses Ziels gedient haben, ist eine Frage, deren Beantwortung den Rahmen dieser Abhandlung bei weitem sprengen würde.

Im gegebenen Zusammenhang ist besonders der Art. 50 Abs. 1 der Verfassung hervorzuheben. Dort ist festgehalten, dass niemand mit Arbeiten beschäftigt werden kann, die nicht mit seinem Alter, seinem Geschlecht und seiner Kraft vereinbar sind. Darüber hinaus normiert Abs. 2 des Art. 50, dass Minderjährige und Frauen sowie körperlich und geistig Behinderte im Hinblick auf die Arbeitsbedingungen besonders geschützt werden sollen. Der einfache Gesetzgeber ist daher aufgefordert, die Beschäftigung von Kindern nur unter bestimmten Voraussetzungen zuzulassen. Dieser Aufforderung ist er mit dem Arbeitsgesetz nachgekommen, das im Folgenden näher dargestellt wird.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

2. Kinderarbeit nach Bestimmungen des Arbeitsgesetzes

a) Anwendungsbereich des Arbeitsgesetzes

In Art. 1 Abs. 2 des Arbeitsgesetzes heißt es, dass die Vorschriften dieses Gesetzes außer den Ausnahmen, die in Art. 4 wiedergegeben sind, für alle Arbeitsverhältnisse Anwendung finden. Art. 4 skizziert im Allgemeinen bei welchen Arbeiten und in welchem Fall das Arbeitsgesetz keine Anwendung findet. Für Tätigkeiten, bei denen das Arbeitsgesetz keine Anwendung findet, sind die Bestimmungen des Obligationsgesetzes[32] anzuwenden[33], soweit kein Sondergesetz erlassen und in Kraft ist.

Bei Anwendung des Arbeitsgesetzes hat die Branche, die Größe des Betriebs oder auch die Betriebs- und Gesellschaftsform keine Bedeutung. Daher finden die Bestimmungen dieses Gesetzes, soweit in Art. 4 nichts anderes bestimmt ist, gleichermaßen in der Industrie wie auch in der Dienstleistungsbranche und im landwirtschaftlichen Sektor Anwendung, wobei auch die Zahl der Beschäftigten im Grunde keine Rolle spielt.

Alle Ausnahmen im Einzelnen hier dazustellen ist einerseits aus Platzgründen nicht möglich und andererseits im Rahmen dieser Arbeit auch nicht erforderlich.[34] Jedoch ist hervorzuheben, dass Arbeiten in der Medien- und Werbebranche sowie auch in Film- und Fernsehproduktionen generell unter den Geltungsbereich des Arbeitsgesetzes fallen.

Zu erwähnen ist allerdings, dass Art. 4 Abs. 1/b des Gesetzes vorschreibt, dass land- und forstwirtschaftliche Arbeitsstätten, die weniger als fünfzig Arbeitnehmer beschäftigen, nicht in den Geltungsbereich des Gesetzes fallen.[35] Dies bedeutet, dass es für die meisten Arbeitnehmer im Agrarsektor keine geregelte Arbeitszeit, keinen bezahlten Jahresurlaub, keine Sicherheitsvorschriften und auch keinen Kündigungsschutz gibt, da es sich in der Türkei in dieser Branche meistens um Kleinbetriebe handelt. Wie oben

32 Borçlar Kanunu Yasa No:6098 – Kabul Tarihi: 11.1.2011 – Yayım Tarihi: RG.4.2.2011, No.27836.

33 Für die allgemeinen Bestimmungen des Obligationsgesetzes *Engin/Nomer,* Türk Borçlar Kanunu Şerhi, Ankara 2022, 25; *Çetinder/Furrer/Müller-Chen,* Borçlar Kanunu Genel Hükümler, İstanbul 2021, 56; *Antalya*, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2012, 112.

34 Ausführlich insbesondere *Ekmekçi/Yiğit*, Bireysel İş Hukuku Dersleri, 3. Baskı, İstanbul 2021, 6; *Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca*, (Fn. 28), 164; *Kaplan*, Bireysel İş Hukuku, 11. Baskı, Ankara 2020, 75.

35 Welche Tätigkeiten dieser Branche zugeordnet werden, ist in Art. 111 des Gesetzes, das unter Nr.5763 erlassen wurde, festgelegt.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

bereits erwähnt wurde, finden in der Türkei 30,8% der Kinderarbeit im Agrarsektor statt. Wie viele Arbeitnehmer in den Betrieben im Agrarsektor generell beschäftigt sind, ob sie damit unter den Geltungsbereich des Arbeitsgesetzes fallen und wie hoch der Anteil der Kinder ist, lässt sich aus den Statistiken leider nicht herauslesen.

Neben der Ausgrenzung der Kleinbetriebe führt eine weitere Bestimmung im Arbeitsgesetz dazu, dass der Geltungsbereich noch weiter eingeschränkt wird. Art. 10 des Gesetzes stuft unabhängig von der Branche Arbeiten, die nicht länger als dreißig Tage andauern, als vorübergehende Arbeit ein. Die Bedeutung dieser Bestimmung liegt darin, dass vorübergehende Arbeiten nicht vom Arbeitsgesetz erfasst werden. Wenn man in Betracht zieht, dass die Tätigkeit der Erntehelfer in der Türkei, insbesondere bei Baumwoll-, Tabak- und Haselnussernte und bei der Weinlese, aber auch bei der Ernte weiterer landwirtschaftlicher Produkte keinesfalls länger als dreißig Tage dauert, so kommen diese Arbeitnehmer nie in den Genuss des Arbeitsschutzrechtes. Sollten für Dreharbeiten oder für Tätigkeiten im Rahmen von Kunst und Kultur nicht mehr als dreißig Tage benötigt werden, so würde auch diese Arbeit nicht unter den Geltungsbereich des Arbeitsgesetzes fallen.

b) Die Begriffe „Kind" und „Jugendlicher"

Der Gesetzgeber hat durch die Definition der Begriffe „Kind" und „Jugendliche" den persönlichen Geltungsbereich für die zu schützenden Personen festgelegt. Kind im Sinne des Arbeitsgesetzes ist, wer noch nicht 15 Jahre alt ist.[36] Erfasst wird damit jeder junge Mensch von der Geburt an bis zur Vollendung des 15. Lebensjahres. Eine gesetzliche Regelung über die Berechnung des Lebensalters wie z.B. in Deutschland gibt es in der Türkei nicht.[37] Laut Rechtsprechung ist jedoch bei der Berechnung der Tag der Geburt nicht einzubeziehen.

Nach Abs. 3 Art. 71 des Arbeitsgesetzes ist Jugendlicher, wer 15 aber noch nicht 18 Jahre alt ist. Erfasst wird somit jeder junge Mensch vom vollendeten 15. Lebensjahr an bis zur Vollendung des 18. Lebensjahres.

---

36 *Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal,* İş Hukuku Ders Kitabı, 4. Baskı, İstanbul 2020, 98; *Tuncomağı/ Centel*, İş Hukukunun Esasları, 9. Baskı, İstanbul 2018, 94; *Narmanlıoğlu*, İş Hukuku – Ferdi İlişkiler, İzmir, 1998, 149.

37 Art. 186, BGB.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

Zu diesem Punkt muss angemerkt werden, dass diese Definitionen mit denen der Richtlinie 94/33/EG über den Jugendarbeitsschutz kompatibel sind und die Altersgrenze durch das neue Arbeitsgesetz angepasst wurde.

c) Bestimmungen über das Arbeitsalter und ein grundsätzliches Verbot von Kinderbeschäftigung

Art. 71 des Gesetzes trägt die Überschrift „*Arbeitsalter und das Verbot der Kinderbeschäftigung*". Abs. 1 S. 1 des Art. 71 bestimmt, dass Kinder, die ihr 15. Lebensjahr noch nicht vollendet haben, nicht beschäftigt werden dürfen.

Der Gesetzgeber hat somit ein ausdrückliches Kinderbeschäftigungsverbot im Arbeitsgesetz verankert. Dieses generelle Verbot greift allerdings nur bis zur Vollendung des 15. Lebensjahres, d.h. diejenigen, die ihr 16. Lebensjahr erreicht haben, dürfen beschäftigt werden. Für diese Altersgruppe sind im Arbeitsgesetz hinsichtlich der Arbeitszeit, für Nachtarbeit und für einige weitere Bereiche besondere Schutzmaßnahmen festgelegt.

Mit dem Ziel, dass sich Kinder weiterentwickeln können, hat der Gesetzgeber darüber hinaus bestimmt, dass Kinder, die ihr 14. Lebensjahr beendet sowie ihre Grundschulausbildung vollendet haben, die sich aber weiterhin in einer Schulausbildung befinden, soweit ihre Ausbildung nicht beeinträchtigt wird, leichten Beschäftigungen nachgehen können,[38] wenn sich dabei ihre körperliche, geistige und moralische Entwicklung weiter entfalten kann.

Um den Jugend- und Kinderschutz zu gewährleisten, ordnete der Gesetzgeber an, dass die Art der Tätigkeit, der Jugendliche und Kinder nachgehen können, durch eine Verordnung zu konkretisieren ist. Dieser Aufforderung wurde durch die Verordnung zur Kinder- und Jugendarbeit vom 06.04.2004 nachgekommen.[39] Im Laufe der Jahre wurden einige Normen der Verordnung an die Anforderungen der sich wandelnden Bedürfnisse angepasst.

In beiden Fällen, also bei Beschäftigung von Jugendlichen, die ihr 15. Lebensjahr vollendet haben und nicht in einem Ausbildungsverhältnis stehen, sowie derer, die ihr 14. Lebensjahr vollendet haben und in einem Ausbildungsverhältnis stehen, muss die Zustimmung des gesetzlichen Vertreters eingeholt werden, um einen Arbeitsvertrag abschließen zu können.

38 Satz 2 Abs. 1 Art. 71 des ArbG.

39 Die Verordnung ist abzurufen unter https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=5457&MevzuatTur=7&MevzuatTertip=5.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

d) Die Gesetznovelle von 2015 – ein Schritt nach vorn

2015 wurde durch ein Änderungsgesetz[40] die Bestimmung über Kinderarbeit insofern erweitert, als Kinder, die ihr 14. Lebensjahr noch nicht vollendet haben und unter Schulpflicht stehen, unter der Voraussetzung, dass ihre Ausbildung nicht beeinträchtigt wird, und mit dem Ziel zu ihrer körperlichen, geistigen, sozialen und moralischen Entwicklung beizutragen im Kultur- und Kunstbereich und in der Werbebranche beschäftigt werden können. Allerdings ist in diesem Fall ein schriftlicher Arbeitsvertrag zu vereinbaren und für jede Tätigkeit im Voraus eine Erlaubnis einzuholen.[41]

Welche Tätigkeiten in der Branche dazu beitragen könnten, dass sich ein Kind körperlich, geistig, sozial und moralisch weiterentwickelt, darauf gibt der Gesetzestext keine Antwort. Auch in diesem Sinne ist kein Maßstab gesetzt. Diese Lücke wir von der Rechtsprechung zu füllen sein. Allerdings ist – soweit ersichtlich - bis heute noch kein Fall vom Kassationsgerichtshof behandelt worden.

Hinsichtlich der Arbeitszeit ordnet Abs. 4 Art. 71, der ebenfalls durch das Änderungsgesetz neugefasst wurde, an, dass die tägliche Arbeitszeit nicht mehr als fünf und die wöchentliche Arbeitszeit höchstens dreißig Stunden betragen darf. Sollte das Kind jedoch sein 15.Lebensjahr vollendet haben, besteht die Möglichkeit die tägliche Arbeitszeit auf bis zu acht Stunden und die wöchentliche Arbeitszeit auf bis zu vierzig Stunden hinaufzusetzen.

In der Praxis wurden in der Werbe- aber auch in der Filmbranche schon seit vielen Jahren Kinder als Darsteller beschäftig. Nach herrschender Meinung wurde dies, wie bereits erwähnt, als rechtswidrige Handlung gedeutet. Die Aufnahme der oben angeführten Regelung in das Arbeitsgesetz wurde als wichtiger Meilenstein gedeutet.[42] Durch die Gesetznovelle wurde Art. 71 noch durch einen Zusatzabsatz erweitert und ergänzt. Dieser bestimmt, dass das Ministerium für Arbeit und Soziale Sicherheit, nachdem es die Meinung des Ministeriums für Familie und Sozialpolitik, des Kultusministeriums, des Kulturministeriums, sowie der Fernseh- und Rundfunkbehörde eingeholt hat, eine Verordnung zu erlassen hat, durch die die Bestimmungen über die Arbeitserlaubnis, die Altersgruppe, die Arbeitszeit

40 İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu ile Bazı Kanun ve Kanun Hükümde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun. Yasa No: 6645 – Kabul Tarihi: 4.4.2015 – Yayım Tarihi: RG.23.4.2015, No.29335.

41 Satz 3 Abs. 1 Art. 71 des Arbeitsgesetzes.

42 *Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca* (Fn. 28), 280.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

und verpflichtende Ruhepausen je nach Alter und Beschäftigungsart, die allgemeinen Arbeitsbedingungen, die Bestimmungen über den Lohn und weitere Bereiche für Kinder, die im Bereich Kultur, Kunst und Werbung beschäftigt werden, zu regeln sind.[43] Bis heute ist jedoch das Ministerium der Aufforderung des Gesetzgebers nicht nachgekommen. Es liegt zwar ein Entwurf vor, dessen Bestimmungen im Folgenden näher betrachtet werden sollen, ob dieser jedoch als Verordnung das Ministerium passieren wird, bleibt offen.

Man kann durchaus behaupten, dass ein wichtiger Schritt nach vorn getan wurde, aber dass dieser bei Weitem nicht ausreicht, um Kindern und Jugendlichen den notwendigen Schutz gewährleisten zu können. Kinder werden heute in der Türkei im Kunst- und Kulturbereich sowie der Medienbranche weiterhin nach den Bestimmungen des Arbeitsgesetzes und der Verordnung von 2004 beschäftigt. Wobei letzterer keine große Bedeutung beizumessen ist.

e) Der Abschluss eines Arbeitsvertrages

Nach der dargestellten Lage stellt sich nun die berechtigte Frage, wie ein Arbeitsvertrag zwischen dem Arbeitgeber und einem Kind bzw. Jugendlichen nach türkischem Arbeitsrecht zustande kommen kann.

Um einen Arbeitsvertrag aushandeln zu können, muss der Arbeitnehmer handlungsfähig sein. Unter bestimmten Voraussetzungen erlaubt das türkische Recht jedoch den Abschluss eines Arbeitsvertrages auch für diejenigen, die ihr 18. Lebensjahr noch nicht erreicht haben. In Art. 16 Abs. 1 des türkischen Zivilgesetzbuches heißt es: „*Urteilsfähige minderjährige Personen können ohne Zustimmung ihrer gesetzlichen Vertreter mit ihren eigenen rechtsgeschäftlichen Handlungen keine Verpflichtungen eingehen*“. Da ein Arbeitsvertrag ein Schuldverhältnis aufbaut, kann dieser Vertrag somit nur unter Zustimmung des gesetzlichen Vertreters zustande kommen. Gesetzliche Vertreter des Minderjährigen sind in der Regel die Eltern, es kann jedoch auch ein Vormund bestellt sein.[44] Liegt eine derartige Zustimmung nicht vor, entfaltet der Vertrag so lange keine bindende Wirkung bis die gesetzlichen Vertreter den Vertrag genehmigt haben. Die Vereinbarung

43 Abs. 6 Art. 71 des Arbeitsgesetzes.

44 Einzelheiten *Eyrenci/Taşkent/Ulucan*, İş Hukuku, 10. Baskı, İstanbul 2020, 96; *Süzek*, İş Hukuku 20. Baskı, İstanbul 2021, 31.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

wird in einem solchen Fall als „unvollständiger Vertrag" (*eksik sözlşeme*) bezeichnet.[45] Die Rechtsfolge des unvollständigen Arbeitsvertrages besteht darin, dass der Arbeitsvertrag von Anfang an als nichtig angesehen wird, sofern die erforderliche Einwilligung nicht erteilt wurde oder erteilt wird. Ansprüche aus einem durch verweigerte Einwilligung nichtigen Arbeitsvertrag kann der Arbeitgeber gegen den Minderjährigen oder dessen Vertreter nicht herleiten.

Sollte der gesetzliche Vertreter im Vorhinein einwilligen, kann der Arbeitsvertrag auch vom Arbeitnehmer, der sein 18. Lebensjahr noch nicht erreicht hat, geschlossen werden.[46] Im Fall, dass der Minderjährige mit Zustimmung der Eltern nicht im selben Haushalt wohnhaft ist oder einen Beruf mit Einwilligung der Eltern oder des gesetzlichen Vertreters ausübt, ist der Arbeitnehmer nach Art. 339, Art. 359 und Art. 453 des Zivilgesetzbuches berechtigt, einen Arbeitsvertrag abzuschließen.

Auch durch die Verordnung über die Kinder- und Jungendarbeit (Abs. c des Art. 12) wird der Arbeitgeber verpflichtet mit dem gesetzlichen Vertreter des Kindes oder des Jugendlichen einen Arbeitsvertrag zu schließen.

Wie bereits erwähnt, bestimmt Art. 71/1 des Arbeitsgesetzes, dass Kinder, die ihr 14. Lebensjahr noch nicht vollendet haben und die weiterhin eine Schulausbildung genießen, mit dem Ziel, zu ihrer körperlichen, geistigen, sozialen und moralischen Entwicklung beizutragen, und unter der Voraussetzung, dass die Schulausbildung nicht beeinträchtigt wird, in Kultur und Kunst und in der Werbebranche beschäftigt werden können. In diesem Fall sieht jedoch der Gesetzgeber vor, dass ein schriftlicher Arbeitsvertrag geschlossen und im Voraus die Erlaubnis eingeholt werden muss. Über den Inhalt des Arbeitsvertrages, der zwischen dem Arbeitgeber und dem gesetzlichen Vertreter zu schließen ist, gelten keine Sonderreglungen, außer dass dieser der Schriftform Genüge tun muss.

Art. 73 des Arbeitsgesetzes bestimmt, dass Arbeitnehmer, die ihr 18.Lebensjahr noch nicht vollendet haben, in Betrieben, die der Industriebranche zugeordnet werden, keine Nachtarbeit verrichten dürfen. Da der Gesetzgeber ein Nachtarbeitsverbot nur für die Industriebranche verhängt hat, ergibt sich nun infolge dessen die Frage, ob Kinder des Nachts in der Werbe- und Filmbranche sowie in Kunst und Kultur beschäftigt werden

45 *Urhanoğlu-Cengiz*, 4857 Sayılı İş Kanununa Göre Çocuk ve Gençlerin İş Sözleşmesi Ehliyetlerinin Sınırlandırılmasına Yönelik Düzenlemeler, TBB Dergisi 98/2012, 210.

46 *Urhanoğlu-Cengiz* (Fn. 45), 210; *Öğüz*, Çocuk ve Genç İşçiler ile Özürlülerin İş Sözleşmesi Yapma Ehliyeti, Sicil, Mart 2008, 24.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

können. Es wird berichtet, dass nicht selten die Dreharbeiten bis spät in die Nacht andauern und Kinderdarsteller bis zu ihrem Einsatz warten müssen.[47] Da die Vorschrift ausdrücklich ein Verbot in der Industriebranche ausspricht, ist davon auszugehen, dass, soweit der Betrieb, in dem die Kinderbeschäftigung erfolgen soll, nicht der Industriebranche zugeordnet ist, grundsätzlich die Beschäftigung von Kindern auch nachts möglich ist. Sollte es sich jedoch um eine echte Nachtarbeit handeln, so würden die Schutzbestimmungen zur Nachtarbeit greifen und Näheres müsste im Arbeitsvertrag geregelt werden.[48]

Hinsichtlich der Arbeitszeit dürfen Kinder im Kunst- und Kulturbereich sowie in der Medienbranche täglich nicht länger als fünf Stunden beschäftigt werden. Die maximale wöchentliche Arbeitszeit ist dabei auf 35 Stunden festgesetzt. Sollte jedoch das 15. Lebensjahr vollendet sein, so kann die tägliche Höchstgrenze auf 8 und die wöchentliche auf bis zu 40 Stunden hinaufgesetzt werden.[49] Allerdings dürfen Kinder, die das Schulalter noch nicht erreicht haben,[50] sowie Schulpflichtige täglich nicht länger als 2 und wöchentlich nicht länger als 10 Stunden beschäftigt werden.[51]

3. Organisationsrecht der beschäftigten Kinder

Eine Frage, die im Rahmen dieser Abhandlung nicht unbeantwortet bleiben sollte, ist, ob Kinder und Jugendliche, die als Darsteller bzw. in der Kunst und Kultur arbeiten, nach geltendem Recht einer Gewerkschaft als Mitglied beitreten und somit kollektivarbeitsrechtliche Bestimmungen in Anspruch nehmen können. Das kollektive Arbeitsrecht der Türkei ist Gegenstand des Gewerkschafts- und Tarifvertragsgesetzes[52] aus dem Jahr 2012, das ebenfalls im Laufe der Jahre einige Änderungen erfahren hat.

47 *Yılmaz* (Fn. 3), 220.

48 Ausführlich über Schutzbestimmungen in der Nachtarbeit *Akdeniz*, Gece Çalışması ve Gece Çalışma Süresinin Sınırı ile İlgili Değişikliklerin Değerlendirilmesi, İstanbul Hukuk Mecmuası 2/2019, 555, 575; *Öztürk*, İş Akdi – Çalışma Süreleri ve Fazla Çalışma, İstanbul 2020, 36.

49 Abs. 4 Art. 71 des Arbeitsgesetzes.

50 Nach der Verordnung des Kultusministeriums vom 10.07.2017 über die Einschulung können Kinder, die im Monat September 69 Monate alt geworden sind, in der Schule angemeldet werden.

51 Abs. 5 Art. 71 des Arbeitsgesetzes.

52 Sendikalar ve Toplu Sözleşme Kanunu. Yasa No:6356 – Kabul Tarihi: 18.10.2012 – Yayım Tarihi: RG.7.11.2012, No.28460.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

Nach Abs. 1 des Art. 17 können Personen, die ihr 15. Lebensjahr vollendet und im Sinne des Arbeitsgesetzes Arbeitnehmer sind[53], einer Gewerkschaft als Mitglied beitreten.[54] Zweifelsohne gilt hier eine durch die Verfassungsnorm garantierte positive und negative Organisationsfreiheit, die durch das Gesetz näher bestimmt ist. Das Procedere über das Erlangen einer Mitgliedschaft ist bis ins kleinste Detail im Gesetz vorgegeben. Eine detaillierte Darstellung erscheint mir hier nicht notwendig.

Zwar können Personen, die nach den Bestimmungen des Arbeitsgesetzes auf Grund ihres Alters als Kinder zu definieren sind, nicht einer Gewerkschaft als Mitglieder beitreten, Jugendlichen jedoch ist dieses Recht gewährt. Da das Gesetz aber nicht bestimmt, ob die Bewilligung des gesetzlichen Vertreters einzuholen ist, ist es in der Literatur umstritten, ob eine Erlaubnis eingeholt werden muss oder ob diese gar nicht erforderlich ist, da es sich hier um ein Grundrecht handelt.[55]

Das Ministerium für Arbeit und Soziale Sicherheit ist laut Gesetz verpflichtet zweimal im Jahr die Gewerkschaftsstatistiken zu veröffentlichen. Laut den jüngsten Statistiken, die den Stand Januar 2022 wiedergeben,[56] hat die Gewerkschaft der Darsteller (*Oyuncular Sendikası*) nur 24 Mitglieder. Bei einer Anfrage meinerseits an die Gewerkschaft der Darsteller hat sich herausgestellt, dass viele der Darsteller in der Branche selbstständig Tätige sind und infolge dessen die offizielle Mitgliederzahl gering ausfällt. In drei weiteren Gewerkschaften organisieren sich die Arbeitnehmer in der Branche Kunst, Kultur und Medien, darunter ist die größte, mit einer unbedeutenden Mitgliederzahl von 156, die Sine-Sen (*Gewerkschaft der Arbeiter der Filmindustrie*). Aus den Statistiken ist jedoch nicht herauszulesen, wie viele Minderjährige den Gewerkschaften beigetreten sind.

---

53 Näheres über den Arbeitnehmerbegriff im türkischen Arbeitsrecht insbesondere *Süzek* (Fn. 44), 113; *Ekmekçi/Yiğit* (Fn. 34), 34; *Hakkakul*, Sahne ve Perde Sanatçılarının Hukuki Statüsü, Prof.Dr. Fevzi Şahlanan'a Armağan, İstanbul 2016, 819.

54 Ausführlich über das Gewerkschaftsmitgliedsrecht *Ekmekçi*, Toplu İş Hukuku Dersleri, 4. Baskı, İstanbul 2022, 128; *Güneş*, Türk Hukukunda Bireysel Sendika Özgürlüğünün Korunması, Istanbul 2020, 46; *Şahlanan*, Toplu İş Hukuku, İstanbul, 2020, 175; *Tuncay/Kutsal*, Toplu İş Hukuku, 7. Baskı, İstanbul 2019, 96; *Uçkan- Hekimler*, Anayasa Mahkemesi'nin Sendikal Haklara İlişkin İptal Kararlarının Genel Bir Değerlendirmesi, Çalışma ve Toplum 4/2015, 11-35.

55 Näher dazu *Akyiğit*, Yeni Sistemde Sendika Üyeliği ve Gücenesi, Çalışma ve Toplum 2/2013, 45.

56 Der Organisationsgrad liegt aktuell bei 14,32%. Somit sind zirka 2,2 Millionen Arbeitnehmer der insgesamt 15,2 Millionen Arbeitnehmer Mitglied einer Gewerkschaft. Die Statistiken sind abzurufen unter RG 28 Ocak 2022.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

4. Der Verordnungsentwurf über Kinderbeschäftigung im Kunst- und Kulturbereich und in der Werbebranche

a) Allgemeines

Wie bereits erwähnt hat der Gesetzgeber durch Art. 71 Abs. 6 das Ministerium für Arbeit und Soziale Sicherheit verpflichtet eine Verordnung zu erlassen, die die Einzelheiten zur Kinderbeschäftigung in der Werbebranche sowie im Kultur- und Kunstbereich regelt. Dieser Aufforderung ist das Ministerium seit mehr als sieben Jahren nicht nachgekommen. Meine Anfrage an das Ministerium nach dem Grund brachte kein Ergebnis. Es scheint so, als würde die Ausarbeitung der Verordnung nicht auf der Agenda des Ministeriums stehen, da wohl auch in diesem Punkt in der Türkei der öffentliche Druck fehlt.

Die Gewerkschaft der Darsteller, die im Jahr 2011 gegründet wurde und die die erste Arbeitnehmerorganisation der Branche und darüber hinaus auch Mitglied der FIA (*International Federation of Actors)* ist, versucht seit längerer Zeit durch unterschiedliche Aktionen auf das Thema und die Dringlichkeit des Erlasses einer Verordnung aufmerksam zu machen. In einer Pressemeldung gab die Gewerkschaft schon am 2. Dezember 2019 bekannt, dass das Ministerium einen Entwurf ausgearbeitet und die Gewerkschaft dazu Stellung genommen hat und infolge dessen das Ministerium den Entwurf nochmals überarbeiten wird.[57] Aber es hat sich seither nichts mehr getan.

Im Laufe der Zeit wurden einige Verordnungsentwürfe ausgearbeitet. Der aktuelle Entwurf, der vorliegt, ist der oben angesprochene Entwurf, der allerdings auch schon wieder drei Jahre alt ist. Im Folgenden werden, um einen allgemeinen Überblick zu geben, einige Bestimmungen dieses Entwurfes kurz dargestellt, ohne allerdings spezifische Bereiche aufzugreifen.

b) Grundlagen

aa) Zielsetzung

In Art. 1 wird festgehalten, dass die Verordnung darauf abzielt, die Arbeitsbedingungen der Kinder, die ihr 14. Lebensjahr noch nicht erreicht haben

57 https://oyuncularsendikasi.org/sanat-kultur-ve-reklam-faaliyetlerinde-cocuklarin-calistirilmasi-hakkinda-yonetmelik-calismalarimiz-tum-hiziyla-suruyor/.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

und im Kultur- und Kunstbereich und der Werbebranche beschäftigt werden, zu bestimmen, wobei je nach Altersgruppe und Beschäftigungsart die Arbeitszeit, die Ruhepausen sowie die Lohnbestimmungen spezifisch definiert werden.

Welche Tätigkeiten als Beschäftigung im Kultur- und Kunstbereich sowie in der Werbebranche einzustufen sind, wird im Detail aufgelistet. Eine genaue Aufzählung ist aus Platzgründen hier nicht möglich. Es soll aber dennoch erwähnt werden, dass die Einstufung sich im Grunde nicht von der anderer Länder unterscheidet[58] und ziemlich breit gefasst wurde.

bb) Arbeitszeit, Ruhepausen und Urlaub

Die Höchstgrenze der täglichen Arbeitszeit wird auf 5 Stunden festgesetzt, wobei die wöchentliche Arbeitszeit nicht mehr als 30 Stunden betragen darf.[59] Jedoch wie bereits erwähnt zielt die Verordnung darauf ab, die Arbeitszeiten nach Altersgruppen zu bestimmen. Demnach dürfen Kinder, die jünger als 12 Monate alt sind, auf keinen Fall beschäftigt werden. Damit wurde für Kleinkinder bis zum 12.Monat ein striktes Verbot ausgesprochen.

Kinder, die zwischen 1 und 5 Jahre alt sind, dürfen zwischen 10.00 und 18.00 Uhr nicht länger als 2 Stunden einer Tätigkeit im Kultur- und Kunstbereich und in der Werbebranche nachgehen.

Der dritten Gruppe werden Kinder, die zwischen 6 und 14 Jahre alt sind, zugordnet. Diejenigen, die unter dieser Gruppe fallen, dürfen unter der Bedingung, dass die Beschäftigung außerhalb der Schulzeit stattfindet, zwischen 10.00 und 22.00 Uhr, an Schultagen höchstens 2 und an schulfreien Tagen maximal 5 Stunden beschäftigt werden.[60] Durch der Verordnung wird zugleich auch festgelegt, welche Zeitspannen als Arbeitszeit zu zählen sind.[61] Diese unterscheiden sich kaum von denen, die im Arbeitsgesetz niedergelegt sind.[62]

Bestimmungen über Ruhepausen werden durch Art. 8 Abs.1 bestimmt, wobei eine Mindestpause von 15 Minuten nach jeder Arbeitsstunde zu

58 Art. 4 des Verordnungsentwurfes.
59 Art. 5 des Verordnungsentwurfes.
60 Art. 6 des Verordnungsentwurfes.
61 Einzelheiten sind in Art. 7 des Verordnungsentwurfs festgehalten.
62 *Centel*, Arbeitsrecht der Türkei, München 2005, 60; *Hekimler*, Arbeitszeitrecht und Arbeitszeit Flexibilisierungsinstrumente in der Türkei, in: Arbeitszeit in Europa (*Hrsg. Thomas Geiser/Roland Müller)*, Zürich/Bern 2015, 65.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

gewähren ist und diese auf Verlangen der Eltern oder des gesetzlichen Vertreters zu verlängern ist. Dass Kinder jedoch an Feiertagen nicht beschäftigt werden dürfen, wird ebenso festgehalten (Art. 10), wie die Bestimmungen über den gesetzlichen bezahlten Jahresurlaub (Art. 11). Demnach hat der Arbeitgeber, der mit Kindern ein Arbeitsverhältnis für ein Jahr und länger begründet hat, einen bezahlten Urlaub von mindestens 28 Tagen zu gewähren und diesen im Ganzen zu leisten.

cc) Pflichten des Arbeitgebers

Durch die Verordnung wird sehr detailliert geregelt, unter welchen Bedingungen Kinder überhaupt beschäftigt werden können. Damit Kinder überhaupt einer Beschäftigung im Kunst- und Kulturbereich sowie in der Werbebranche nachgehen können, ist vorgesehen, dass Arbeitgeber, die gewillt sind Kinder zu beschäftigen, für jedes Kind einzeln eine Erlaubnis beim Ministerium für Arbeit und Soziale Sicherheit einzuholen haben. Der Arbeitgeber hat dabei ein Attest, das von einem Kinderpsychologen zu erstellen ist, vorzulegen. Die Einzelheiten über den Inhalt und das Verfahren zur Erstellung des Attestes sind wiederum im Entwurf festgehalten.

Erst nachdem der Arbeitgeber das Attest bekommen hat, ist er verpflichtet binnen 30 Tagen einen Antrag auf Arbeitserlaubnis zu stellen. Welche Unterlagen beizufügen sind, ist wiederum im Entwurf aufgelistet[63]. Das Ministerium hat 30 Tage Zeit, den Antrag zu bearbeiten. Sollte das Ministerium dem Antrag stattgeben, so ist die Erlaubnis für Kinder zwischen 1 und 5 Jahren für maximal 1 Jahr und für diejenigen, die zwischen 6 und 14 Jahre alt sind, maximal für 2 Jahre zu erteilen. Es besteht im Anschluss die Möglichkeit, einen Antrag auf Verlängerung aus Gründen, die in Art. 20 aufgeführt sind, zu stellen.

Der Arbeitgeber wird durch Art. 23 verpflichtet mit dem gesetzlichen Vertreter des Kindes einen Arbeitsvertrag zu schließen, in dem insbesondere die Dauer der Arbeit, die Arbeitszeit, der Lohn und weitere Arbeitsbedingungen vereinbart werden sollen. Somit wird die Vertragspflicht, die sich aus Art. 71 des Arbeitsgesetzes ergibt, inhaltlich konkretisiert. Außerdem ist der Arbeitgeber laut Entwurf verpflichtet, den gesetzlichen Vertreter schriftlich über die Gefahren am Arbeitsplatz in Kenntnis zu setzen.

63 Abs. 3 Art. 11 des Verordnungsentwurfes.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

Darüber hinaus muss der Arbeitgeber für jeden einzelnen Arbeitstag die Arbeitszeiten dokumentieren. Die diesbezüglichen Einzelheiten sind wiederum im Entwurf festgelegt. Schließlich soll noch eine Personalakte angelegt werden.

IV. Zusammenfassung und Ausblick

Das Problem der Kinderarbeit hat die Welt bedauerlicherweise noch immer nicht unter Kontrolle bekommen, was uns die Zahlen von internationalen Organisationen eindeutig beweisen. Obwohl Kinderarbeit im Allgemeinen verboten ist und dieses Verbot zentrales Element unterschiedlicher Rechtsakte ist, wird die Beschäftigung von Kindern, unter der Bedingung die Schutzmaßnahmen einzuhalten, in bestimmten Ausnahmefällen zugelassen.

Wenngleich die Beschäftigung von Kindern sehr häufig aus finanzieller Not, die in der letzten Zeit pandemiebedingt noch zugenommen hat, erfolgt, ist die Betätigung der Kinder im Kultur- und Kunstbereich sowie in der Werbebranche nicht immer wirtschaftlich bedingt. Im Kultur- und Kunstbereich können sich Kinderdarsteller als unverzichtbar erweisen. Aber auch in der Werbebranche zeigt sich das gleiche Bild.

Um die Kinderarbeit weltweit zu bekämpfen, wurden im Lauf der Jahre zahlreiche internationale und nationale Regelungen verabschiedet. Allerdings ist zu beobachten, dass im Allgemeinen die Beschäftigung von Kindern im Kunst- und Kulturbereich und in der Medienbranche nicht als großes Problem gesehen wird. Im Gegenteil – wird doch die Darstellung durch Kinder als sympathisch empfunden, obwohl die Beschäftigungsbedingungen nicht immer für das Wohl der Kinder förderlich erscheinen. Lange Wartezeiten bei Dreharbeiten, unregelmäßige Arbeitszeiten und noch weitere Faktoren[64] werden nicht mit dem Schutzgedanken der Entwicklung der Kinder zu vereinen sein. Es ist unverkennbar, dass ein neuer Beschäftigungszweig entstanden ist. Wie viele Kinder heute in dieser Branche arbeiten, darüber gibt es leider keine Zahlen. Aber die Tatsache, dass Tausende von Eltern ihre Kinder bei Agenturen anmelden in der Hoffnung für Werbeaufnahmen oder gar in einem Film als Kinderdarsteller vermittelt zu werden, zeigt eindeutig, dass es längst an der Zeit ist, dass der Gesetzgeber handelt.

64 Näher dazu *Yılmaz* (Fn. 3), 218.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

Der türkische Gesetzgeber hat zwar mit der Gesetzesnovelle 2015 den Rechtsrahmen für die Beschäftigung der Kinder im Kultur- und Kunstbereich und in der Werbebranche skizziert. Im Allgemeinen scheint der Art. 71 des Arbeitsgesetzes mit der Richtlinie 94/33/EWG kompatibel. Das Ministerium ist jedoch der Aufforderung des Gesetzgebers, eine Verordnung zu erlassen, bis heute nicht nachgekommen. Wann das Ministerium seine Pflicht erfüllen wird, ist schwer einzuschätzen. Auch die bevorstehenden Wahlen im Jahr 2023 werden wohl an dieser Situation kaum etwas ändern. Denn eines ist sicher, die wirtschaftliche und finanzielle Lage des Landes bedingen andere Schwerpunkte in der politischen Diskussion.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

Die Mackmyra-Entscheidung als Beispiel für rechtliche Einschränkungen bei Werbung für alkoholhaltige Getränke im schwedischen Recht

Vera Hiller

I. Einführung

Die nordischen Länder sind bekannt für ihre verhältnismäßig strenge Alkoholpolitik. Entscheidend beeinflusst durch europarechtliche Vorgaben sind allerdings auch dort in den letzten Jahrzehnten leichte Aufweichungen erkennbar. Gleichwohl bestehen zwischen Schweden und Deutschland immer noch große Differenzen hinsichtlich der Zulässigkeit von Werbung für alkoholhaltige Produkte sowie deren Vertrieb. Ein maßgeblicher Unterschied liegt in der Existenz eines eigenen Alkoholgesetzes (Alkohollagen). Dieses regelt weitgehend, wenn auch nicht völlig[1] abschließend das materielle und formelle Recht, das alkoholhaltige Güter betrifft[2].

Hinsichtlich der Rechtsaufsicht, der Prozessordnung und der Sanktionen stellt es ein spezielles Annexgesetz zum Werbegesetz (Marknadsföringslagen, MFL)[3] – dem schwedischen Pendant zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) – dar.[4]

---

1 Die nachfolgend vorgestellte Entscheidung betrifft nur Werbung im Internet/sozialen Medien. Bezüglich Alkoholwerbung in Printmedien sieht das Alkoholgesetz trotz der sehr weiten Pressefreiheit weitere einschränkende Regelungen für unterschiedliche Konstellationen vor. Kapitel 1 § 12 Nr. 1 *Tryckfrihetsförordningen* (*TF,* eine der vier Verfassungen, die speziell die Pressefreiheit regelt) gestattet dies ausdrücklich. Ausnahmslos nach schwedischem Recht untersagt sind hingegen kommerzielle Werbemaßnahmen für Alkoholprodukte in schwedischen TV-Sendungen, Bestell-Fernsehen oder Radiosendungen (Kapitel 7, § 3 Abs. 1 *Alkoholgesetz*). Zur Pressefreiheit und Tryckfrihetsförordningen *Hiller,* Der Konflikt zwischen Persönlichkeitsschutz und Pressefreiheit im deutschen und schwedischen Recht, 1. Aufl., Nomos, Baden-Baden, 179ff.

2 Die konkreten Definitionen, welche Stoffe von dem Gesetz erfasst werden, regelt das 1. Kapitel des Gesetzes in §§ 3ff.

3 *Bernitz*, Marknadsföringsrätten, 2. Aufl., Norstets Juridik, Stockholm, 162.

4 Auch wenn „Werbegesetz" näher am Wortlaut ist, soll im weiteren auch bezüglich des schwedischen Rechts von Wettbewerbsrecht gesprochen werden, da der Zweck und das Thema Werbung im deutschen Recht dem Wettbewerbsrecht (*UWG*) zugeordnet wird.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

Ausweislich Kapitel 1 § 1 Alkohollagen regelt das Gesetz die Herstellung, das Vermarkten und die Einfuhr oder den „Import[5]“ von alkoholhaltigen Getränken

bzw. den Handel mit solchen Waren. Das Gesetz regelt außerdem die Herstellung von „Sprit[6]“ samt seiner Einfuhr, Import, Ausfuhr, Export sowie dem Handel mit alkoholhaltigen Präparaten – regelmäßig Getränken.

Der Aufbau des Alkohollagen stellt sich gem. 1 Kap. § 2 wie folgt dar:

Kapitel 1. *Einleitende Bestimmungen*

Kapitel 2. *Herstellung*

Kapitel 3. *Allgemeine Bestimmungen für den Verkauf*

Kapitel 4. *Großhandel*

Kapitel 5. *Einzelhandel*

Kapitel 6. *Handel mit technischen Spirituosen und alkoholischen Zubereitungen*

Kapitel 7. *Vermarktung von alkoholischen Getränken und alkoholischen Zubereitungen*

Kapitel 8. *Ausschank von alkoholischen Getränken und alkoholischen Zubereitungen*

Kapitel 9. *(Rechts-) Aufsicht u.a.*

Kapitel 10. *Rechtsweg*

Kapitel 11. *Strafrechtliche Bestimmungen*

Kapitel 12. *Beschlagnahme*

Kapitel 13. *Register*

In Deutschland fehlt es nicht nur an einem ansatzweise vergleichbaren Gesetz. Vielmehr liegt ein erheblicher Unterschied auch in der grundsätzlich

5 Zum besseren Verständnis soll bei der Übersetzung nicht näher zwischen den Begrifflichkeiten unterschieden werden, sondern es wird die schwedische Bezeichnung „Import“ beibehalten. Danach liegt eine „Einfuhr“ (analog bei der „Ausfuhr“) vor, wenn der Alkohol von einem anderen EU-Staat nach Schweden transportiert wird und „Import“ (analog beim „Export“), wenn der Transport aus einem Drittland erfolgt, vgl. prop. 2009/10:125 S. 153f.). Im deutschen (Zoll)Recht existiert die Terminologie „Import/Export“ nicht.

6 „*Sprit*“ *ist g*em. 1 Kap. § 3 Abs. 1 *Alkohollagen* eine Flüssigkeit, die durch Destillation oder einen anderen chemischen Prozess hergestellt wird und Alkohol enthält.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

starken Beschränkung von Werbung für alkoholhaltige Getränke im schwedischen Recht. Die rechtlichen Vorgaben diesbezüglich sind in Kapitel 7 des Alkoholgesetzes geregelt und werden teilweise durch weitere spezielle Regelungen in anderen Gesetzen – abhängig von dem Medium, in dem die Werbung erfolgt – ergänzt.

Singuläre Rechtsvorschriften, die dem schwedischen Recht ähneln[7], existieren zwar auch in Deutschland. Allerdings beruhen diese, wie z.B. beim Jugendschutz, nicht zuletzt auch auf europarechtlichen Vorgaben[8], die für alle Mitgliedsstaaten Rahmenbedingungen vorsehen. Die Einschränkungen der Werbemöglichkeiten durch das schwedische Alkoholgesetz sind jedoch deutlich weitgehender als es europarechtlich erforderlich wäre.

Anhand der Mackmyra-Entscheidung[9] soll beispielhaft ein kleiner Einblick in die rechtlichen Grenzen der Werbung für alkoholhaltige Getränke im schwedischen Recht gegeben werden. Dabei kommt in der Rechtspraxis dem im schwedischen Recht in unterschiedlichen Rechtsbereichen existierenden Ombudsmann eine wichtige Bedeutung zu. Im Wettbewerbsrecht übernimmt der Ombudsmann (Konsumentombudsmannen, KO) in Gerichtsverfahren hinsichtlich unlauterer Geschäftspraktiken eines Unternehmens die Position einer Partei, soweit der Verbraucherschutz tangiert ist. Hinsichtlich seiner Tätigkeit und mit der Beschränkung auf den Verbraucherschutz ähnelt er der Verbraucherzentrale Bundesverband e.V. (Verbraucherzentrale). Allerdings ist der KO keine privatrechtliche Institution, sondern im weiteren Sinne der Verbraucherschutzbehörde (konsumentverket) angegliedert. Dem KO kommen daher hoheitliche Befugnisse zu. Er kann selbst Unterlassungsverfügungen – anders als die Verbraucherzentrale – aussprechen, die dann auch entsprechend gerichtlich überprüft werden können.

Darüber hinaus ist es im B2B-Verhältnis, das nicht in den Bereich der Verbraucherschutzbehörde und des KO fällt, für Unternehmen möglich, gegen Konkurrenten rechtlich vorzugehen[10].

Zwar existieren auch in Schweden Verbraucherschutzorganisationen, diese sind aber – verglichen mit Deutschland – in der Praxis deutlich

7 So z.B. Art. 6 Abs. 5 Jugendmedienschutz-Staatsvertrag (JMStV). Allerdings gilt der JMStV gem. Art. 1 nur für elektronische Informations- und Kommunikationsmedien (Rundfunk und Telemedien). Allgemeine Regelungen bzgl. der Werbung für alkoholhaltige Getränke oder Regelungen bezogen auf diverse andere Medien fehlen.

8 Vgl. z.B. Art. 9 Abs. 1 lit. e), Art. 9 Abs. 1 lit c) iii), Art. 22 RL 2010/13/EU.

9 *Mackmyra*-Urteil, HD, Urteil vom 23.12.2021 – T 2517-21.

10 *Bernitz*, Marknadsföringsrätten, 2. Aufl., Norstets Juridik, Stockholm, 22.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

weniger aktiv[11]. Parteien in den Verfahren vor dem PMD[12] (Patent- och marknadsdomstolen), dem PMÖD[13] (Patent- och marknadsöverdomstolen) und anschließend vor dem HD (Högsta domstolen)[14] waren daher Mackmyra und der KO, der zunächst Unterlassungsverfügungen ausgesprochen hatte.

II. Entscheidung

1. Sachverhalt

Mackmyra Svensk Whisky AB („*Mackmyra*") ist ein schwedisches Unternehmen mit Tochterunternehmen in Deutschland und England, das Whisky produziert und vertreibt. Der Verkauf erfolgt sowohl in Schweden als auch in einigen anderen EU-Staaten. Das Unternehmen präsentierte seine Produkte dabei auch in sozialen Medien, unter anderem auf Instagram und Facebook. Die Abbildungen konnten daher sowohl potenzielle Konsumenten innerhalb als auch außerhalb Schwedens erreichen.

Mackmyra hatte die Whisky-Produkte in unterschiedlichen Konstellationen abgebildet. Nach dem Urteil des *PMÖD*, der überwiegend die Unterlassungsverfügung des *KO* bestätigt hatte, hatte der *HD* nur noch bezüglich folgender zwei Darstellungen zu urteilen[15]:

- Ein Foto, auf dem zwei Whiskyflaschen, auf dem Kopf stehend und in eine Konstruktion eingefügt, wie eine Sanduhr aussahen. Diese Konstruktion war auf einem Stein in einem Gewässer platziert. Rechts von der Abbildung stand auf der Instagramseite die Frage „*Which Mackmyra*

11 *Bernitz*, Marknadsföringsrätten, 2. Aufl., Norstets Juridik, Stockholm, 170.
12 PMD, Urteil vom 17.10.2019 – PMT 5507-18.
13 PMÖD, Urteil vom 26.03.2021 - PMT 12229-19.
14 *Mackmyra*-Urteil, HD, Urteil vom 23.12.2021 – T 2517-21. Der HD ist zwar das oberste Gericht, grds. ist aber der PMÖD – nach den Verfahren in der ersten Instanz vor dem PMD (*Patent-och Marknadsdomstolen*) – in den entsprechenden Verfahren meist die letzte Instanz. Von der Möglichkeit, eine Revision vor dem HD zuzulassen, macht der PMÖD selten Gebrauch, *Bernitz*, Marknadsföringsrätten, 2. Aufl., Norstets Juridik, Stockholm, S. 21.
15 Diese (Bilaga 4, Bilaga 6) sowie die weiteren Abbildungen, über die die Gerichte zu entscheiden hatten, finden sich in dem Urteil des PMD ab S. 71ff. unter https://www.domstol.se/globalassets/filer/domstol/patentochmarknadsoverdomstolen/avgoranden/2021/pmt-12229-19.pdf.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

is your all time favourite?", versehen mit einigen Hashtags sowie teilweise schwedischsprachigen Kommentaren.
- Eine Mackmyra-Flasche, die auf einem moosbewachsenen Stein in einem Bach stand; im Hintergrund war eine schneebedeckte Landschaft erkennbar; daneben folgender Text auf der Instagramseite: „*Ten years in a cask-check! You know our limited Ten Years ist still available for purchase right*?" versehen mit diversen Hashtags und einigen englischsprachigen Nutzerkommentaren.

Kernproblem vor dem *HD* war die Frage, ob die schwedischen Regelungen sowie die Anwendung durch die Gerichte mit dem Europarecht vereinbar sind.

2. Urteil des HD[16]

In der Vorinstanz hatte *Mackmyra* sich noch darauf berufen, dass es sich bei den Einträgen auf Facebook oder Instagram nicht um Werbung handele. Das Unternehmen wandte zur Verteidigung u.a. ein, dass die Beiträge nicht auf den Verkauf der Produkte zielen, sondern der Dialog mit Interessenten gefördert und diesen Informationen zur Verfügung gestellt werden sollten. Auch sei für die Veröffentlichung der Beiträge an niemanden Geld geflossen. Daher handele es sich nicht um kommerzielle Anzeigen i.S.d. Kapitel 7 § 5 *Alkohollagen*[17]. Mit der Auffassung, es handele sich nicht um Werbemaßnahmen, konnte *Mackmyra* sich allerdings nicht durchsetzen. Der *HD* musste sich nach den Feststellungen des *PMÖD* nicht mehr mit dieser Frage befassen. Zu entscheiden war letztlich nur noch, ob auf werberechtlicher Basis die Veröffentlichung und Verbreitung untersagt werden durfte oder ob Unionsrecht dies verhindert.

Der *HD* führte zunächst aus, dass das Werberecht aus Kapitel 7 *Alkohollagen* anwendbar sei. Danach gilt zunächst gemäß *§ 1* der *Grundsatz der besonderen Mäßigung (särskild måttfullhet*) der Werbung. Werbemaßnahmen dürfen nicht aufdringlich oder anbiedernd sein und nicht zum Alkoholkonsum auffordern. Auch darf sich nach § 1 Abs. 2 die Vermarktung nicht an Kinder oder junge Menschen unter 25 Jahren richten. Der allgemeine Grundsatz der besonderen Mäßigung der Werbung wurde vorliegend allerdings durch die sogenannte „*Bildregel*" des § 5 „überlagert". Darin werden

16 *Mackmyra*-Urteil, HD, Urteil vom 23.12.2021 – T 2517-21.
17 *Mackmyra*-Urteil, PMÖD, Urteil vom 26.03.2021 – PMT 12229-19, S. 8.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

besondere Anforderungen an die bildliche Werbung für alkoholhaltige Getränke gestellt, die über die besondere Mäßigung hinausgehen bzw. diese konkretisieren. Da es sich vorliegend primär um bildliche Darstellungen mit Posts des Unternehmens sowie Reaktionen von Nutzern handelte, kam der Bildregel und der Frage ihrer Anwendbarkeit maßgebliche Bedeutung zu.

Nach § 5 *Alkohollagen* darf bei der Vermarktung[18] von alkoholischen Getränken durch kommerzielle Werbung gegenüber Verbrauchern eine bildliche Darstellung nur

- das Erzeugnis oder die im Erzeugnis enthaltenen Grundstoffe,
- einzelne Verpackungen oder
- ein Warenzeichen oder ein vergleichbares Kennzeichen enthalten.

Werbung für alkoholhaltige Getränke, die gegen die in Kapitel 7 §§ 1, 5 geregelten Voraussetzungen verstößt, kann nach dem allgemeinen Werbegesetz (*Marknadsföringslagen, MFL*) verboten werden. Bei einer bebilderten Werbung für entsprechende Getränke erscheint auf den ersten Blick anhand dieser Kriterien eine einfache Beurteilung möglich, ohne dass man sich näher mit der Frage der besonderen Mäßigung nach § 1 befassen muss.

Allerdings setzt die Anwendbarkeit der Bildregel in Kapitel 7 § 5 *Alkohollagen* voraus, dass die Vermarktung durch eine rein *kommerzielle Werbeanzeige* erfolgt. Der Begriff der kommerziellen (Werbe)Anzeige (*kommersiell annons*) ist ein engerer Begriff als Marketing und Reklame. Die Botschaft muss verkaufsfördernd sein und einen rein kommerziellen Bezug haben[19]. Der *HD* wies darauf hin, dass anhand einer Einzelfallbetrachtung zu beurteilen sei, ob es sich um kommerzielle Werbung handele, wobei die Gestaltung, die Darstellung und insbesondere der Inhalt, z. B. einer Website, zu berücksichtigen seien. Die Formulierung des Gesetzestextes scheine zwar keinen Raum für Angemessenheitserwägungen zu lassen. Doch trotz des strengen Wortlauts müsse die Regelung im Einzelfall in der üblichen Weise ausgelegt und angewandt werden. Auch müsse die Markthandlung dergestalt sein, dass das daraufhin erfolgende rechtliche Eingreifen verhältnismäßig sei. Ein Eingriff könne selbst dann unverhältnismäßig sein, wenn

18 Vermarktung umfasst gem. der Definition *§ 3 MFL „Werbung und andere verkaufsfördernde Maßnahmen, die den Verkauf und die Verfügbarkeit von Produkten fördern sollen, einschließlich aller Handlungen, Unterlassungen oder sonstigen Verhaltensweisen eines Gewerbetreibenden vor, während oder nach dem Verkauf oder der Lieferung von Produkten an Verbraucher oder Gewerbetreibende.*"

19 *Mackmyra*-Urteil, HD, Urteil vom 23.12.2021 – T 2517-21, S. 4 Rn. 7.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

zwar eine bildliche Darstellung formal nicht den Anforderungen der Bildregel genüge, dies aber keine Bedeutung für die Interessen habe, die die Vorschrift schützen soll.

3. Europarechtliche Dimension: Warenverkehrsfreiheit ./. Gesundheitsschutz

a) Warenverkehrsfreiheit

Der europarechtliche Einfluss auf die schwedische Rechtsprechung und Politik kann nicht negiert werden[20], auch wenn die Gesetzgebung verglichen mit anderen (nicht nordischen) EU-Ländern immer noch sehr streng ist. So sah sich z.B. ein deutsches Unternehmen[21] für eine Handlung, die nach deutschem Recht zulässig wäre – worauf das Gericht auch hinwies – ebenfalls einer Klage des *KO* ausgesetzt. In diesem Fall entschied das Gericht aber zugunsten des Unternehmens. Es stellte letztlich nach ausführlicher Prüfung fest, dass die Vermarktung von Wein durch unverlangte postalische Direktwerbung an schwedische Verbraucher, die das 25. Lebensjahr vollendet haben, nicht gegen das Gebot der besonderen Mäßigung in Kapitel 7 § 1 Abs. 1, 2 *Alkohollagen* verstößt. Das Gericht merkte dazu an:

> *„...bei der Beurteilung, ob eine bestimmte Marketingmaßnahme den Anforderungen an eine besondere Mäßigung entspricht, müssen das im Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union verankerte Grundprinzip der Freizügigkeit und die Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union berücksichtigt werden; darüber hinaus darf die Anwendung der Bestimmung des Alkoholgesetzes nicht zu einem unverhältnismäßigen*

20 *Bernitz* sieht in dem *Jägermeister*-Urteil (Marknadsdomstolen, Urteil vom 3.11.2014, MD 2014:4) eine Folge des Durchschlagens des Europarechts auf die schwedische Alkoholpolitik, *Bernitz,* Vad är tillåten Alkolreklam?, Europarättslig Tidskrift 2014, 737, 741. In dem Fall bewarb ein schwedisches Unternehmen das deutsche Getränk u.a. mittels einer Feuershow, entsprechend lackierten Fahrzeugen, Dachboxen und Banderolen. Der *KO* beklagte einen Verstoß gegen das Gebot angemessener Werbemaßnahmen. Das Gericht hielt unter Berücksichtigung der europarechtlichen, liberaleren Rechtsprechung nur die Feuershow für unangemessen.

21 *The Wine Company (Hawesko)*– Urteil, Marknadsdomstolen, Urteil vom 6.05.2015, MD 2015:7.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

Eingriff in das Recht eines Wirtschaftsbeteiligten führen, seine Produkte innerhalb der EU frei zu vermarkten."[22]

Bei *Mackmyra* handelt es sich zwar um ein schwedisches Unternehmen. Bereits in den Vorinstanzen wurde jedoch die europarechtliche Relevanz thematisiert und eine Anrufung des *EuGH* verlangt. Hinsichtlich der beiden verbliebenen Bilder, deren Abbildung der *PMÖD* nicht untersagt hatte, betonte der *HD*, dass sich die Darstellungen im Internet auch an Verbraucher in anderen EU-Ländern richteten. Eine Anwendung der Bildregel auf diese Werbung könne *Mackmyras* Möglichkeit einschränken, den Whisky auf diese Weise in anderen Mitgliedstaaten zu vermarkten und zu verkaufen. Sie könne im Widerspruch zu den Bestimmungen des EU-Rechts über die Freizügigkeit stehen, sollte die Anwendung der Bildregel nicht durch eine Ausnahme vom Grundsatz der Freizügigkeit begründet werden können (Artikel 36 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union, AEUV, ex-Artikel 30 EGV).

b) Gesundheitsschutz

Nach Artikel 36 AEUV stehen die Bestimmungen des Vertrags über die Freizügigkeit einem Verbot oder einer Beschränkung aus Gründen des Schutzes der menschlichen Gesundheit und des menschlichen Lebens nicht entgegen, sofern das Verbot oder die Beschränkung nicht ein Mittel zur willkürlichen Diskriminierung oder eine verschleierte Beschränkung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten darstellt. Der *HD* verwies auf die Rechtsprechung des *EuGH* und den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz. Es sei eine Gesamtbewertung der Umstände vorzunehmen, die zum Erlass und zur Anwendung der restriktiven Maßnahme geführt haben. Der *EuGH* habe den Spielraum für Ausnahmeregelungen bei Maßnahmen, die diskriminierend sind oder sich in der Praxis so auswirken, enger gefasst als bei Maßnahmen, die in anderer Weise handelsbeschränkend wirken. Dem Schutz der menschlichen Gesundheit bezüglich der durch Artikel 36 geschützten Werte und Interessen komme hohe Bedeutung zu. Letztlich sei es Aufgabe der nationalen Gerichte, eine allgemeine Verhältnismäßigkeitskontrolle vorzunehmen.

Nach seinem Verweis auf die Rechtsprechung des *EuGH* äußerte sich der *HD* zu der Frage, wie die Bildregel im Hinblick auf die europarechtliche

22 *The Wine Company (Hawesko)*– Urteil, Marknadsdomstolen, Urteil vom 6.05.2015, MD 2015:7, Rn. 120.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

Rechtsprechung konkret zu beurteilen ist. Dazu erläuterte er, Kapitel 7 § 5 *Alkohollagen* sei zum einen nicht diskriminierend i.S.d. Unionsrechts, zum anderen beinhalte es kein absolutes Verbot von Bildwerbung für alkoholhaltige Getränke, sondern gebe nur Bedingungen für die Ausgestaltung der Werbung vor.

Anschließend befasste sich das Gericht ausführlich mit dem Zweck des Gesetzes sowie den dazu erfolgten Vorarbeiten und setzte diese ins Verhältnis zum Europarecht, in welchem dem Gesundheitsschutz ebenfalls eine hohe Bedeutung zukommt. Der *HD* verwies auf die in den Gesetzesvorschlägen aufgeführten Studien. Diese zeigen, wie sich die Vermarktung alkoholischer Getränke auf den allgemeinen Konsum, aber auch auf den Alkoholmissbrauch auswirkt, indem sie eine positive Einstellung zu Alkohol und Alkoholkonsum, insbesondere bei Jugendlichen, verstärke[23]. In den Gesetzesvorarbeiten wurde als Argument für die gewählte Bildregelung angeführt, dass die Alkoholwerbung sachlich sein müsse, um nicht zum Missbrauch zu verleiten. Sie solle sich stärker auf Informationen über das Produkt konzentrieren als auf irrelevantes Material, wie z.B. Bilder, die keinen Bezug zu dem betreffenden Getränk haben. Unangemessene Alkoholwerbung spiele mit Emotionen oder Stimmungen. Sie beeinflusse die Einstellung der Menschen - nicht zuletzt die von Jugendlichen - in einer Weise, die für die öffentliche Gesundheit schädlicher sei als sachliche Informationen.

Zwar wurde ein vollständiges Verbot von Bildern in der Alkoholwerbung aus Gründen der öffentlichen Gesundheit erwogen, jedoch – was der *HD* nochmals betonte – als zu weitreichend angesehen. Eine zu allgemeine Regelung berge das Risiko von Abgrenzungsproblemen, welche bildhaften Darstellungen noch zulässig seien. Daher wurde es für notwendig erachtet, dies im Gesetzestext klar zu formulieren und damit präzise zu beschreiben, was mit dem allgemeinen Begriff der besonderen Mäßigung bzgl. Abbildungen gemeint ist[24].

Der *HD* wies darauf hin, dass im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens geprüft wurde, ob eine solche Regelung mit dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Rahmen der in Artikel 36 AEUV vorgesehenen Ausnahmeregelungen vereinbar wäre. Dies wurde bejaht. Kinder und Jugendliche seien

23 Prop. 2003/04:161 (insbesondere Abschnitte 4 und 5). Die Untersuchungen betrachtete die Entwicklung von 1950 bis 2003 unter Berücksichtigung der innerhalb dieses Zeitraums erfolgten Gesetzesänderungen.

24 *Mackmyra*-Urteil, HD, Urteil vom 23.12.2021 – T 2517-21, S. 10 Rn. 26 unter Verweis auf Prop. 2003/04:161 S. 38.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

für die schädlichen Auswirkungen von Alkohol besonders anfällig und Werbung habe oft eine starke Wirkung. Selbst wenn sie sich nicht speziell an junge Menschen richte, sei zu befürchten, dass diese besonders empfänglich für die Botschaften wären, die sich ebenfalls an ältere Personen als Zielgruppe richten. Durch die Festlegung eines klaren Rahmens für die zulässige Vermarktung in diesem Bereich solle die Bildregel die Rechtsvorschriften berechenbarer machen. Dies komme auch dem grenzüberschreitenden Handel zugute. Natürlich habe die nunmehr technologieneutrale Bildregel einen weiten Anwendungsbereich; sie gelte für alle alkoholischen Getränke und auch für einige Bilder, die nicht direkt konsumfördernd seien. Dennoch erscheine es angemessen, die Regel im Rahmen einer allgemeinen Kontrolle als verhältnismäßig zu bewerten. Wie der *EuGH* festgestellt habe, stünden auch Maßnahmen zum Schutz der menschlichen Gesundheit im Vordergrund der nach Artikel 36 zu schützenden Werte und Interessen.

Der *HD* hielt die Anwendung der Bildregel in Kapitel 7 § 5 *Alkohollagen* auf die beiden inkriminierten Bilder daher letztlich im Hinblick auf die Ausnahmemöglichkeit nach Artikel 36 AEUV für gerechtfertigt und die beiden Whisky-Annoncen für unvereinbar mit § 5. Gemäß §§ 23, 26 *MFL* verurteilte der *HD Mackmyra* unter Androhung eines Ordnungsgeldes im Fall einer Zuwiderhandlung zur Unterlassung.

Zwar betraf das Urteil nur noch die beiden zuvor dargestellten Abbildungen samt nebenstehender Aussagen, da der *PMÖD* die übrigen Bilder entsprechend dem Antrag des *KO* bereits zuvor verboten hatte. Anders als der *HD* hatte der *PMÖD* jedoch die Anwendbarkeit der Bildregel vorliegend als europarechtswidrig angesehen. Er hatte die Darstellungen daher anhand Kapitel 7 § 1 und nach dem *Grundsatz der besonderen Mäßigung*, ohne die besonderen Einschränkungen der Bildregel, beurteilt.

III. Fazit

Das Urteil ist ein gutes Beispiel für die strenge Gesetzgebung bzgl. des Verkaufs und Vertriebs alkoholhaltiger Genussmittel im schwedischen Recht. Der europarechtliche Einfluss dürfte allerdings mittel- bis langfristig auch in Schweden noch zu einer (weiteren) Liberalisierung der Gesetzgebung führen.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

Betrachtet man die sehr ausführlichen Vorarbeiten und Studien für die Gesetzesbegründungen, nicht nur im Hinblick auf den Jugendschutz, mutet es erstaunlich an, dass die Lobby-Arbeit in Deutschland sich so stark gegenüber den Aspekten des Gesundheitsschutzes durchsetzen konnte. Auch wenn ein umfassendes Werbeverbot für alkoholhaltige Getränke in Deutschland verfassungswidrig wäre[25], wäre eine strengere Gesetzgebung im Hinblick auf die gesundheitlichen Auswirkungen wünschenswert. Insbesondere wenn diese sich nicht mehr nur auf singuläre und „verstreute" Regelungen beschränken würde. Tatsächlich bietet die „Bildregel" in Kapitel 7 § 5 *Alkohollagen* grundsätzlich einen interessanten und verhältnismäßig rechtssicheren Ansatz bzgl. werblichen Bilddarstellungen. Die *Mackmyra*-Entscheidung[26] ist jedoch auch ein Beispiel dafür, dass Regelungen, die bei Printdarstellungen in Zeitungen, Prospekten oder Plakaten grundsätzlich klare Ergebnisse liefern, in der heutigen Zeit, in der diese Medien häufig durch das Internet, insbesondere soziale Medien, abgelöst wurden, neue Probleme aufwerfen. Denn der Übergang zwischen Meinungen, die sowohl in Schweden[27] als auch Deutschland verfassungsrechtlich besonderem Schutz unterliegen, und werblichen Inhalten ist im Internet häufig fließend. Dies stellt letztlich sowohl den Gesetzgeber als auch die Rechtsprechung vor große Herausforderungen.

25 WD 10 - 3000 – 002/21, Werbeverbot für alkoholhaltige Getränke, Gutachten des Wissenschaftlichen Dienstes des Deutschen Bundestages, S. 12.

26 Tatsächlich war diese Thematik jedoch primär in den ersten Instanzen von Bedeutung. Nach den dortigen Feststellungen der Gerichte brauchte sich der *HD* mit der Frage, ob die Abbildungen und Beiträge Werbung oder andere Formen der Kommunikation darstellen, nicht mehr zu befassen.

27 In Schweden regelt die *Yttrandefrihetsgrundlagen (YGL),* eine der vier Verfassungen, die Meinungs(äußerungs)freiheit. Sie ist in engem Zusammenhang mit der *Tryckfrihetsförordningen (TF)* zu lesen.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

Unternehmensfinanzierung auf Basis von Immaterialgüterrechten

Andreas Horsch, Anja Rößger

I. Hintergründe

Menschliches Handeln unternehmerischer Art ist der Motor der Prozesse, die einen Markt ausmachen[1]. Dieses Handeln vollzieht sich in einem institutionellen Rahmen – der seinerseits aus unternehmerischen Aktivitäten eigener Art resultiert und sich durch sie ebenso permanent, wenn auch inkrementell, weiterentwickelt. Wenngleich Institutionen im Sinne von „rules of the game"[2] dazu dienen sollen, Unsicherheiten und mithin Informationsasymmetrien und Transaktionskosten des Markthandelns zu reduzieren, können sie solche auch verursachen und in der Folge die Marktprozesse erschweren. Ein Markt, der traditionell ein besonders dichtes und komplexes Netz an Regeln aufweist, ist derjenige, auf dem Unternehmen Zahlungsströme tauschen, insbesondere dergestalt, dass sie mit Tauschpartnern gegenwärtige Einzahlungen vereinbaren, auf die zukünftige Auszahlungen zu entrichten sind, auf dem sich die Unternehmen also *finanzieren*[3].

---

1 Ausführlich zu dieser marktprozesstheoretischen Sicht vgl. die Arbeiten von *Dieter Schneider*, insbes. *Schneider*, Betriebswirtschaftslehre, 4 Bde., Bd. 1: Grundlagen, 2. Aufl., München/Wien 1995, 79ff.; *Schneider*, Betriebswirtschaftslehre, 4 Bde., Bd. 3: Theorie der Unternehmung, München/Wien 1997, 237ff.; *Schneider*, Betriebswirtschaftslehre als Einzelwirtschaftstheorie der Institutionen, Wiesbaden 2011, 37ff., 59ff. zur Unternehmerfunktion. Letztere ist maßgeblich geprägt durch die Ideen *Ludwig von Mises*', vgl. bereits *von Mises*, Nationalökonomie – Theorie des Handelns und Wirtschaftens, Genf 1940, 246ff.; gewürdigt u.a. bei *Kirzner*, Entrepreneurship, in: Boettke (ed.), The Elgar Companion to Austrian Economics, Cheltenham/Northampton 1994, 103.

2 *North*, Institutions, Institutional Change and Economic Performance, Cambridge et al. 1990, 3. Vgl. ferner *North*, Transaction Costs, Institutions, and Economic History, Journal of Institutional and Theoretical Economics 1984, 7, 8; später auch *North*, Understanding the Process of Economic Change, Princeton & Oxford 2005, 59ff.

3 Vgl. ausgehend von dieser zahlungsstrombasierten Definition ausführlich zur Entwicklung der betriebswirtschaftlichen Finanzierungslehre *Schneider*, Betriebswirtschaftslehre, 4 Bde., Bd. 4: Geschichte und Methoden der Wirtschaftswissenschaft, München/Wien 2001, 755ff. Vgl. explizit auch *Schneider*, Investition, Finanzierung und Besteue-

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

Gerhard Ring, zu dessen Ehren diese Festschrift erscheint, hat nicht zuletzt zum Handels- und Gesellschaftsrecht im Allgemeinen[4] und hier auch zu rechtlichen Fragen im Kontext der Unternehmensfinanzierung im Besonderen[5] gearbeitet. Gleichwohl liegen seine Schwerpunkte in Forschung und Lehre eher in anderen Gebieten als auf dem Recht der Finanzmärkte. Im Vergleich gewichtiger ist nicht zuletzt das Immaterialgüterrecht und hiervon der Gewerbliche Rechtsschutz, der sich nicht nur in den Publikationen Gerhard Rings[6], sondern auch in den Tagungen niedergeschlagen hat, die unter seiner wissenschaftlichen Leitung in regelmäßiger Folge und stattlicher Anzahl an der Freiberger Universität stattgefunden haben[7]. Verfasserin und Verfasser dieses Aufsatzes, denen es Vergnügen wie Ehre ist, einen Beitrag zu dieser Festschrift leisten zu dürfen, dies angesichts ihres eigenen Hintergrundes naturgemäß aus der betriebs- bzw. finanzwirtschaftlichen Perspektive tun, erschien daher besonders reizvoll,

---

rung, 7. Aufl., Wiesbaden 1992, 712 („Der Pfad betriebswirtschaftlicher Tugend folgt den Zahlungsströmen.") und passim.

4 Vgl. als Monographien frühzeitig *Ring*, Das neue Handelsrecht, Bonn 1999; sowie jüngst *Ring*, Das neue Personengesellschaftsrecht, Bonn 2022. Seine Schwerpunktsetzung bei GmbH und Personengesellschaften zeigt sich auch auf dem Feld der Kommentare – vgl. insbes. *Grziwotz/Ring* (Hrsg.): Systematischer Praxiskommentar GmbH-Recht, 3. Aufl., Köln 2019; sowie *Grziwotz/Ring* (Hrsg.): Systematischer Praxiskommentar zum Personengesellschaftsrecht, 2. Aufl., Köln 2021 – sowie der Zeitschriftenaufsätze, vgl. stellvertretend die Retrospektiven zur BGH-Rechtsprechung im GmbH-Recht sowie im Personengesellschaftsrecht, die seit 2012 regelmäßig in der NJ erscheinen, zuletzt *Ring*, Die Rechtsprechung des BGH zum GmbH-Recht im Jahre 2022, in: NJ 2023, 94.

5 Vgl. exemplarisch *Ring*, Das Factoring-Geschäft: Rechtliche Aspekte des echten und unechten Factorings, in: WR 1993, B 99; *Ring*, Feindliche Übernahmeangebote nach deutschem und europäischem Recht, BuW 1997, 430; *Ring*, Literaturübersicht: Rating und Finanzierung, AWR 2004, 157; *Ring*, Neue Entwicklungen im Fernabsatzrecht: Erstreckung auf Finanzdienstleistungen, in: Burkhardt/Körnert/Walther (Hrsg.), Banken, Finanzierung und Unternehmensführung: Festschrift für Karl Lohmann zum 65. Geburtstag, Berlin 2005, 321.

6 Vgl. aktuell *Ring/Geißler*, Gewerblicher Rechtsschutz, Baden-Baden 2022.

7 Die Reihe der *Seminare zur Praxis des Gewerblichen Rechtsschutzes* hatte im November 2019 ihre 37. Auflage erreicht, bevor die Maßnahmen im Zuge der Pandemiebekämpfung eine Fortsetzung verhinderten. Informationen zu den Veranstaltungen der letzten Jahre finden sich unter https://tu-freiberg.de/fakult6/buergerliches-recht/konferenzen/seminar-rechtsschutz. Die zur Seminarreihe gehörigen Tagungsbände – *Ring* (Hrsg.), Freiberger Seminare zum Gewerblichen Rechtsschutz, Frankfurt/M. 1999ff. – sind erschienen in der insgesamt von ihm herausgegebenen Reihe der *Schriften zur Praxis des Gewerblichen Rechtsschutzes*, vgl. in der Gesamtsicht die zugehörige Verlagsseite https://www.peterlang.com/series/spgr (Abrufe: 20.12.2022).

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

eine *Finanzierung*svariante intensiver als bisher[8] zu beleuchten, in der die unternehmerische Mittelbeschaffung über Wertpapiere erfolgt, die ihrerseits auf *Immaterialgüterrechten* der sich finanzierenden Unternehmung beruhen.

II. Wertpapiergestützte Unternehmensfinanzierung

Die Varianten der externen Unternehmensfinanzierung werden nicht zuletzt danach unterschieden, inwieweit die Mittelbeschaffung auf der Emission handelbarer Wertpapiere (securities) oder aber auf bilateralen Vereinbarungen zwischen kapitalnehmender und -gebender Partei beruht[9]. Aus dieser Perspektive vollzieht sich seit den 1970er Jahren eine als *Verbriefung* oder *Securitization* bezeichnete Gewichtsverlagerung[10] dergestalt, dass die Bedeutung der letztgenannten („Buch-")Finanzierungen tendenziell ab-, im Gegenzug die der wertpapiergestützten („Brief-")Varianten zunimmt. Diese Bewegung von unverbrieften (wie z.B. Kommanditeinlagen oder Bankdarlehen) hin zu verbrieften Finanzierungen (wie z.B. Aktien oder Anleihen) vollzieht sich über zwei wesentliche Ausprägungen der Securitization:

- Die Securitization I ist ersetzender Art[11], sie umfasst Markt- und Unternehmensprozesse, in deren Zuge Buchfinanzierungen durch Wertpapierfinanzierungen verdrängt werden. Beispiele für die *verdrängende Securitization* wären etwa die Umwandlung einer Personen- zu einer Kapital-

8 Ausgehend vom Stichwortaufsatz *Rößger/Horsch/Rogler*, Intellectual Property Backed Securities (IPBS) – Verbriefung von geistigem Eigentum, Wirtschaftswissenschaftliches Studium 2022(11), 46.

9 Zu dieser sowie alternativen Strukturierungen des Möglichkeitsbereichs der Unternehmensfinanzierung in der zugehörigen (Lehrbuch-)Literatur vgl. stellvertretend *Paul/Horsch/Kaltofen/Uhde/Weiß*, Unternehmerische Finanzierungspolitik, Stuttgart 2017, 295ff.; *Perridon/Steiner/Rathgeber*, Finanzwirtschaft der Unternehmung, 18. Aufl., München 2022, 431ff.; gewohnt kritisch vgl. auch *Schneider* (Investition, Fn. 3), 13ff.

10 Ausführlich *Paul*, Bankenintermediation und Verbriefung, Wiesbaden 1994, 3f., 55ff. Kompakt zur Geschichte der Securitization (insbes. vom Typ II) vgl. *Ranieri*, The Origins of Securitization, Sources of Its Growth, and Its Future Potential, in: Kendall/Fishman (eds.), A Primer on Securitization, Cambridge (Mass.)/London 1996, 31.

11 Für einen zeitgenössischen Eindruck von der Securitization I vgl. *Bühler/Feuchtmüller/Vogel* (Hrsg.), Securitization – Der Trend zum Wertpapier, Wien 1987.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

gesellschaft mit Rechtsformwechsel zur AG, KGaA oder SE[12] im Bereich der Beteiligungsfinanzierung oder die Ablösung eines Bankdarlehens durch Emission einer Mittelstandsanleihe[13] im Bereich der Kreditfinanzierung. Jede wertpapiergestützte Finanzierung, die anstelle einer nichtwertpapiergestützten Buchfinanzierung durchgeführt wird, ist insoweit Teil der Securitization und bis heute „the single most important form of securitization going on right now is just plain old direct issuances of government debt"[14].

- Die Securitization II ist demgegenüber verknüpfender Art, denn sie beruht darauf, dass in einem ersten Schritt schon existente unverbriefte Forderungen (Credits, Loans) veräußert werden, die insoweit fortbestehen, wenn auch anderswo verbucht. Da hier Vermögensgegenstände zu Finanzierungszwecken veräußert werden (Asset Sale bzw. Vermögensumschichtung), ließe sich eine solche Transaktion formal als *interne* Finanzierung auffassen. Handelt es sich bei den verkauften Assets indes um Forderungen, bevorzugt die Finanzierungslehre eine Einordnung als Form des Kredit(surrogat)s, bereits das klassische Factoring[15] wird insoweit meist als Form der *externen* Finanzierung behandelt. Die Securitization II wiederum lässt sich als wertpapiergestütztes Factoring auffassen, denn anders als bei traditionellem Factoring agiert hier eine – speziell zu diesem Zweck institutionalisierte – Zweckgesellschaft als Gegenpartei

12 Vgl. frühzeitig zur (Entwicklungsgeschichte des Konzepts der) Societas Europaea *Ring*, Strukturkonzept eines Statuts über die Europäische Aktiengesellschaft, BuW 1998, 24; *Ring*, Europäische Aktiengesellschaft, in: Bühner (Hrsg.), Management-Lexikon, München/Wien 2001, 256. Für eine spätere Bewertung der neuen Rechtsform auf Basis empirischer Kapitalmarktforschung *Eidenmüller/Engert/Hornuf*, How Does the Market React to the Societas Europaea?, European Business Organization Law Review 2010, 35. Für eine ausführliche aktuelle Bestandsaufnahme vgl. *Schneider, A.*, Die Societas Europaea (SE) in Deutschland: eine rechtstatsächliche Untersuchung, Hamburg 2020.

13 Vgl. ausführlich *Ueberschär*, Mittelstandsfinanzierung durch Mikroanleihen, Berlin 2013; einführend auch *Horsch/Ueberschär*, Finanzierung von KMU durch Mikroanleihen, Zeitschrift für KMU & Entrepreneurship 2013, 315.

14 *Bryan*, The Risks, Potential, and Promise of Securitization, in: Kendall/Fishman (eds.) (Fn. 10), 171, 174.

15 Einen ausführlichen Überblick zum Factoring bieten *Mills/Ruddy*, Salinger on Factoring, 6th ed., London 2020; sowie für den deutschsprachigen Raum *Hartmann-Wendels/Lehmann-Björnekärr/Moseschus/Wessel*, Factoring-Handbuch, Frankfurt/M. 2018. Exemplarisch für die Diskussion des Factoring im Rahmen der unternehmerischen Kreditfinanzierung vgl. *Paul/Horsch/Kaltofen/Uhde/Weiß* (Fn. 9), 396ff.; *Perridon/Steiner/Rathgeber* (Fn. 9), 525ff.

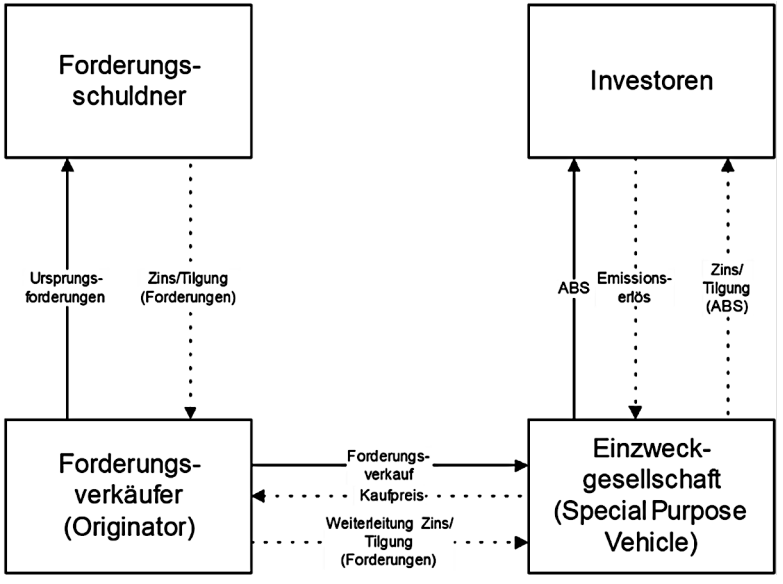
https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

des Forderungsverkäufers, die sich die für den Ankauf des Forderungspools nötigen Mittel durch Emission von (festverzinslichen) Wertpapieren beschafft. Diese aus einer *Credit Securitization*[16] hervorgehenden Wertpapiere sind die bis heute wichtigste Ausprägung der sogenannten Asset Backed Securities (ABS). Die nachfolgende Abbildung 1 illustriert die Kernstruktur von ABS anhand der vier elementaren Parteien sowie der zwischen ihnen bestehenden Verbindungen.

16 Die ersten Credit Securitizations beruhten auf dem Verkauf von Hypothekenkrediten, die resultierenden *Mortgage Backed Securities* (MBS) können also als Urform der ABS gelten. Erste Hinweise auf MBS finden sich bereits in den 1960er Jahren, vgl. etwa *Jones*, Private Secondary Market Facilities, The Journal of Finance 1968, 359, 364f. In den 1970er Jahren entdeckten insbesondere die halbstaatlichen Institutionen des US-Immobilienmarktes – wie die Federal National Mortgage Association (FNMA alias Fannie Mae), die Federal Home Loan Mortgage Corporation (FHLMC alias Freddie Mac) und Anverwandte – das Potential von MBS für ihre Zwecke, woraufhin der „secondary mortgage market" primär in der rechtswissenschaftlichen Literatur diskutiert wurde, vgl. stellvertretend *Bartke*, Fannie Mae and the Secondary Mortgage Market, Northwestern University Law Review 1971 (Mar-Apr), 1; *Bartke*, Home Financing at the Crossroads – A Study of the Federal Home Loan Mortgage Corporation, Indiana Law Journal 1972 (Fall), 1; *Ganis*, All about GNMA Mortgage-Backed-Securities Market, Real Estate Review 1974 (2), 55; retrospektiv auch *Sivesind*, Mortgage-Backed Securities: The Revolution in Real Estate Finance, FRBNY Quarterly Review 1979 (Autumn), 1, 3ff. Erst zur Mitte der 1980er Jahre wurde die Credit Securitization auf verschiedenste andere Arten von Forderungen (wie z.B. solche aus dem Kreditkartengeschäft) erweitert. Als eine der ersten Monographien zum Thema aus dieser Zeit vgl. *Rosenthal/Ocampo*, Securitization of Credit, New York et al. 1988. Vgl. zudem die Beiträge im Fall-1988-Themenheft des Journal of Applied Corporate Finance, einführend *Bryan*, Structured Securitized Credit: A Superior Technology for Lending, JoACF 1988 (3), 6; sowie im Überblick *Kendall*, Securitization: A New Era in American Finance, in: Kendall/Fishman (eds.) (Fn. 10), 1, 6; *Breidenbach*, Real Estate Securitization, Köln 2005, 48ff.; *Mesch*, Securitization of IP, Baden-Baden 2018, 43ff.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

Abb. 1: Kernstruktur von Asset Backed Securities[17]



Dass ABS bis heute zumeist auf (Financial) Assets in Form unverbriefter Forderungen beruhen ("These assets typically represent rights to payments at future dates and are usually referred to as 'receivables'."[18]), ist dadurch begründet, dass diese dem Anforderungsprofil für zu unterlegende Aktiva[19] besonders gut entsprechen, indem sie folgende Eigenschaften aufweisen:

1. Eigenständiger, dem einzelnen Asset zweifelsfrei zurechenbarer, mit ausreichender Wahrscheinlichkeit prognostizierbarer Cashflow.

17 Quelle: *Horsch/Rathmann*, Kreditrisikotransfer durch Kreditversicherung, Karlsruhe 2012, 114. Tatsächlich sind neben diesen vier Kernparteien weitere Institutionen erforderlich, um eine ABS-Transaktion auf realen Kapitalmärkten zu realisieren, vgl. schrittweise zu dieser erweiterten Grundstruktur frühzeitig *Rosenthal/Ocampo* (Fn. 16), 40ff.; vollständig *Paul* (Fn. 10), 131; auch bereits *Paul*, Zur Finanzierung über Asset Backed Securities, Semesterbericht des Instituts für Kredit- und Finanzwirtschaft der Ruhr-Universität Bochum 1991 (34), 21, 25. Ähnlich vgl. *Bär*, Asset Securitisation, 3. Aufl., Bern et al. 2000, 27; *Mesch* (Fn. 16), 51.

18 *Schwarcz*, The Alchemy of Asset Securitization, Stanford Law Review 1994, 133, 135.

19 Vgl. *Paul* (Fn. 10), 186ff.; ergänzend auch *Kendall*, in: Kendall/Fishman (eds.) (Fn. 16), 6ff.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

2. Juristisch wie ökonomisch zweifelsfreie, unwiderrufliche Veräußerung („true sale") einfach und transaktionskostenarm durchführbar.
3. Homogenität der veräußerten Assets in formaler Hinsicht bei gleichzeitig schwacher Korrelation in materieller Hinsicht, so dass ein diversifiziertes Portfolio kreiert und veräußert werden kann.

Insbesondere die beiden ersten der vorgenannten Anforderungen gelten als unabdingbar, sind sie nicht erfüllt, kann ein Aktivum nicht verbrieft werden. Umgekehrt ist die Liste der *notwendigen* Bedingungen aus einer verbriefungsgeneigten Sicht kaum länger, wie die in den 1990er Jahren zuweilen enthusiastisch betriebene Ausweitung des Verbriefungsprinzips auf immer mehr cashflow-generierende Vermögensgegenstände deutlich werden ließ[20]. Ungeeignet sind umgekehrt etwa selbstgenutzte Grundstücke und Gebäude oder Bestände an Vorräten oder halbfertigen Erzeugnissen. Eine vermietete Immobilie wiederum wäre ein Grenzfall, da zwar verlässlich zurechenbare Cashflows (aus Mieten) existieren (1.), die Veräußerung aufgrund (formal-)rechtlicher Anforderungen jedoch vergleichsweise aufwendig (2.) und zudem eine einzige Immobilie aus ihrer Natur heraus allenfalls ein Portfolio von Mietparteien, jedoch kein Portfolio von Immobilien darstellt (3.). Insofern ist zunächst nachvollziehbar, wenn ABS traditionell eher auf Finanzaktiva denn auf Sachanlagen beruht haben. Offen bleibt indes die Frage, welche Möglichkeiten und Grenzen für ABS bestehen, die weder durch Finanzaktiva noch durch Sachanlagen, sondern durch immaterielle Vermögenswerte in Form geistigen Eigentums[21] unterlegt sind. Inwieweit sich Immaterialgüterrechte zum underlying einer ABS-Emission eignen, ist daher Gegenstand der nachfolgenden Überlegungen.

20 Besonders einprägsam manifestiert in zeitgenössischen Formeln wie "If it flows, securitize it!" – so *McCoy* im Interview mit *Smallman*, vgl. im Original *Smallman/Selby*, Asset-backed Securitisation, in: Bonsall (ed.), Securitisation, London et al. 1990, 242; *Smallman*, Securitization and the Global Market, London 1991, 70. Vgl. mit vergleichbarem Titel auch *Elstein*, If it moves, David Pullman might securitize it., American Banker 1997 (40), 1.

21 Das Konzept geistigen Eigentums erscheint in den Rechts- stärker umstritten als in den Wirtschaftswissenschaften, vgl. *Ohly*, Geistiges Eigentum?, Juristenzeitung 2003, 545, m.w.N.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

III. Charakteristika von Immaterialgüterrechten

Zu den zentralen Bausteinen der Institutionenökonomik zählt die Theorie der Verfügungsrechte (property rights)[22]. *Intellectual* property rights bzw. Immaterialgüterrechte sind aus wirtschaftswissenschaftlicher Perspektive eine Unterkategorie, auf die eine Ökonomische Analyse des (Zivil-)Rechts[23] Anwendung finden könnte. Nachfolgend geht es daher in der notwendigen Kürze um eine repräsentative Auswahl von Immaterialgüterrechten, die nach deutschem Recht im Allgemeinen und als underlying von IPBS im Besonderen denkbar sind:

22 Für eine instruktive Einordnung vgl. *Richter*, Institutionen ökonomisch analysiert, Tübingen 1994, 10ff.; Grundlegend vgl. *Alchian*, Some Economics of Property Rights, Il Politico 1956, 816; *Demsetz*, Toward a Theory of Property Rights, American Economic Review (Papers & Proceedings) 1967, 347; *Pejovich*, Towards a general theory of property rights, Zeitschrift für Nationalökonomie/Journal of Economics 1971, 141; *Furubotn/Pejovich*, Property rights and economic theory: a survey of recent literature, Journal of Economic Literature 1972, 1137; für eine umfassende Bestandsaufnahme aus rechtswissenschaftlicher Sicht vgl. jüngst *Penner*, Property Rights – A Re-Examination, Oxford 2020; zuvor u.a. *Alston/Mueller*, Towards a More Evolutionary Theory of Property Rights, Iowa Law Review 2014, 2255.

23 Vgl. grundlegend *Posner*, Economic Analysis of Law, Boston 1973 (aktuell 9th ed., Boston 2014). Für eine kompakte Einführung jüngeren Datums vgl. *Posner*, Values and consequences: an introduction to economic analysis of law, Coase Sandor Institute for Law & Economics Working Paper No. 53, Chicago 1998. Die Rezeption der Ansätze *Posners* umfasst eine Vielzahl von Beiträgen, vgl. im Zeitablauf exemplarisch *Polinsky,* Economic Analysis as a Potentially Defective Product: A Buyer's Guide to Posner's "Economic Analysis of Law", Harvard Law Review 1974, 1655; *Baker*, Starting points in economic analysis of law, Hofstra Law Review 1980, 939; *Harnay/Marciano*, Posner, economics and the law: From "law and economics" to an economic analysis of law, Journal of the History of Economic Thought, 2009, 215. Als repräsentative Beiträge für den deutschsprachigen Raum vgl. bes. die von *Schäfer* und *Ott,* von *Ott*, Die ökonomische Analyse des Rechts – Irrweg oder Chance wissenschaftlicher Rechtserkenntnis?, Juristenzeitung 1988, 213; über *Schäfer/Ott* (Hrsg.), Ökonomische Analyse des Unternehmensrechts, Berlin/Heidelberg 1993; bis hin zu *Schäfer/Ott*, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, 6. Aufl., Wiesbaden 2020; und für deren englische Fassung jüngst *Schäfer/Ott*, The Economic Analysis of Civil Law, 2nd ed., Cheltenham/Northampton 2022. Ausführliche Einführungen in die ökonomische Analyse des Rechts bieten u.a. *Kaplow/Shavell*, Economic Analysis of Law, in: Auerbach/Feldstein (eds.), Handbook of Public Economics, Vol. 3, Amsterdam 2002, 1661; *Kirstein/Schmidtchen*, Ökonomische Analyse des Rechts, CSLE Discussion Paper No. 2003-04, Saarbrücken 2003; *Weigel*, Economics of the law: a primer, London 2013.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

- Urheberrechte
- Markenrechte
- Patente.[24]

Der (zeitlich in unterschiedlicher Form limitierte) Schutz der zuvor genannten Rechte soll primär als Leistungsanreiz für die Suche nach bzw. Entwicklung und Schaffung von neuen geistigen Errungenschaften dienen, indem den Innovatoren Ausschließlichkeitsrechte an ihren Kreationen eingeräumt werden, die sie selbst verwalten können.[25] Die Verwaltung umfasst dabei (1) die exklusive Eigennutzung, aber auch (2) die Durchsetzung dieser privilegierten Position gegenüber Dritten (Unterlassung von Rechtsverletzungen des Schutzrechtes) und insbesondere (3) den temporären (Lizenzierung) oder endgültigen Transfer (Veräußerung) des Ausschließlichkeitsrechts an andere. IPBS setzen an der dritten Verwendungsvariante an, da diese dem ursprünglichen Rechteinhaber einen Zahlungsmittelzustrom verschaffen – und IPBS gerade auf dem Verkauf von solchen Assets basieren, die der ankaufenden Zweckgesellschaft einen Einzahlungsstrom verschaffen. Vergleichbar der Differenzierung von strategischen Investoren und Finanzinvestoren im Kontext von Mergers & Acquisitions (M&As) im Sinne der Akquise von Unternehmen(steilen)[26] lassen sich im Kontext der Immaterialgüterrechte der (traditionelle) Fall eines strategischen Investors, welcher das Patent zur Absicherung seiner eigenen Produktions- und Absatzziele nutzen möchte (indem er selbst eine patentgeschützte Erfindung realisiert oder aber es Konkurrenten unmöglich macht, sie für sich zu realisieren), sowie eines Finanzinvestors unterscheiden, der das Immaterial-

24 Ausführlich zu diesen wie anderen Immaterialgüterrechten wie Gebrauchsmustern, Geschmacksmustern, Designs und anderen vgl. die Gesamtdarstellungen von *Engels*, Patent-, Marken- und Urheberrecht, München 2018; *Pierson/Ahrens/Fischer*, Recht des geistigen Eigentums, 4. Aufl., Tübingen 2018; kompakt auch *Gruber*, Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, 8. Aufl., Altenberge 2017.

25 Exemplarisch *Dreier/Nolte*, Einführung in das Urheberrecht, in: Hofmann (Hrsg.), Wissen und Eigentum – Geschichte, Recht und Ökonomie stoffloser Güter, Bonn 2006, 41, 45: „Das Ausschließlichkeitsrecht sichert dem Rechteinhaber bzw. seinem Lizenznehmer also vor allem die von Dritten ungestörte Auswertung."; stellvertretend für die Patent(ierungs)praxis vgl. *DPMA – Deutsches Patent- und Markenamt*, Patente, München 2022, abrufbar unter https://www.dpma.de/docs/dpma/veroeffentlichungen/broschueren/3/bro_patente_dt.pdf (Abruf: 15.12.2022).

26 Vgl. zu (den Unterschieden zwischen) beiden Investorentypen im M&A-Kontext *Fidrmuc/Roosenboom/Paap/Teunissen*, One Size Does Not Fit All: Selling Firms to Private Equity versus Strategic Acquirers, Journal of Corporate Finance 2012, 828; *Gorbenko/Malenko*, Strategic and Financial Bidders in Takeover Auctions, Journal of Finance 2014, 2513.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

güterrecht allein als Cashflow-Quelle auffasst. Die Zweckgesellschaft einer IPBS-Struktur ist hiernach als Finanzinvestor einzuordnen. Dass und wie sie einen Rechteinhaber zu entlohnen hat, der diese Immaterialgüterrechte mithin als Cashflow-Quelle nutzen kann, ist für den deutschen Rechtsraum wie folgt verankert:

- Urheberrechte schützen nach deutschem Rechtsverständnis „Schöpfer des Werkes" (§ 7 UrhG). Traditionelle Formen des Werkes sind den Bereichen Literatur, Musik sowie Foto und Film zuzuordnen, in jüngerer Zeit hinzugekommen sind der IT zuzurechnende Werke wie Computerprogramme und Datenbanken (§§ 2-4 UrhG).[27] Urheber solcher Werke schützt das „Urheberrecht […] in seinen geistigen und persönlichen Beziehungen zum Werk und in der Nutzung des Werkes. Es dient zugleich der *Sicherung einer angemessenen Vergütung für die Nutzung des Werkes*." (§ 11 UrhG, Hervorh. v. d. Verf.). Urheberrechte verschaffen dem Inhaber eines Rechts also u.a. einen Anspruch auf Zahlungen von Nutzern desselben, sie könnten mithin die in Kapitel II genannte elementare Voraussetzung eines zurechenbaren Cashflows erfüllen. Zu lösen bliebe allerdings das – zumindest nach deutschem Recht bestehende – Problem, dass Urheberrechte nicht an sich übertragen werden können (§ 29 UrhG). Im IPBS-Kontext könnte ein Ausweg darin bestehen, dass gleichwohl die Möglichkeit besteht, Dritten Nutzungsrechte an einem Urheberrecht einzuräumen (§ 31 UrhG). Sofern sich damit die Rechte auf die Zahlungen aus dem Verkauf von Kinokarten, von analogen oder digitalen Tonträgern bzw. -werken, durch Ausstrahlungen per Rundfunk, Fernsehen oder Internet etc., die einem Urheberrecht zuzurechnen sind, transferieren ließen[28], wäre eine entsprechende Überlassung an eine wertpapierfinanzierte Zweckgesellschaft denkbar. Tatsächlich geht die vielleicht bedeutsamste IPBS-Pioniertransaktion auf die Werke eines Musikkünstlers zurück, wobei hierfür andere Normensammlungen als das deutsche UrhG maßgeblich waren[29].

27 Ausführlich zu diesen sowie weiteren Werkarten vgl. *Ring/Kiefel/Möller-Klapperich*, Urheberrecht, Baden-Baden 2021, 33ff.

28 Eine alternative Nutzung von Urheberrechten im finanziellen Kontext wäre ihr Einsatz als Kreditsicherheit, vgl. ausführlich dazu *Freyer*, Urheberrechte als Kreditsicherheit, Baden-Baden 2018.

29 Gemeint sind die auf *David Bowie* zurückgehenden Bowie Bonds des Jahres 1997. Vgl. ausführlicher das nachfolgende Kapitel IV und die dort angegebene Literatur.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

- Leichter erscheint demgegenüber die Verbriefung geistigen Eigentums in Form von Markenrechten, also Rechten an Merkmalskombinationen bzw. Zeichen (wie Worten, Bildern etc.), „die geeignet sind, Waren oder Dienstleistungen eines Unternehmens von denjenigen anderer Unternehmen zu unterscheiden" (§ 3 I MarkenG). Da diese hinsichtlich ihres wirtschaftlichen Wertes und damit ihrer Bedeutung für Unternehmen in den letzten Jahren stark gestiegen sind, bieten sie zudem besonderes (quantitatives) Potential[30]. Marken fungieren als Kennzeichnung der Herkunft eines Produktes oder einer Dienstleistung und deren täuschungsfreier Zuordnung zum Markeninhaber[31]. Als immaterielle Vermögenswerte beziehen sie sich dabei auf mehr als bloße Warenzeichen, welche in verschiedener Hinsicht (vgl. §§ 14ff. MarkenG) geschützt werden, sondern transportieren das verwechselungsfreie Image, die Geschichte und die Qualitäts- bzw. Lifestyleversprechen des dahinterstehenden Unternehmens. Neben diesen Attributen soll der Schutz der Marke auch Investitionen in die Bekanntheit und das Ansehen der Marke schützen (also z.B. verhindern, dass sich die Kosten einer Werbekampagne in sunk costs verwandeln). Neben der strategischen Verwendung der Marke zur Kennzeichnung eigener Güter im unternehmenseigenen Kerngeschäft ist auch eine finanzielle Nutzung denkbar: Anders als Urheberrechte sind Marken(rechte) in ihrer Eigenschaft als immaterieller Vermögenswert auf andere übertragbar (§ 27 I MarkenG)[32]. Hierzu zählt insbesondere die Vergabe von Verwendungsmöglichkeiten gegen Entgelt[33]. Die Verbriefung solcher (Marken-)Lizenzeinnahmen ist in der

Für eine kompakte Retrospektive vgl. hier *Loret de Mola*, Bowie's Bonds: An Appreciation, Music Business Journal 2016 (5), 8.

30 Vgl. stellvertretend *Solomon/Bitton*, Intellectual Property Securitization, Cardozo Arts & Ent. LJ 2015 (1), 125, 149ff.

31 Ausführlicher zur Unterscheidungsfunktion der Marke, hier im internationalen Kontext, vgl. *Perathoner*, Das italienische, europäische und internationale Markenrecht und Markenprozessrecht, in: Laimer/Perathoner (Hrsg.), Italienisches, europäisches und internationales Immaterialgüterrecht, Berlin 2021, 3, 7ff.

32 Vgl. ergänzend *Ensthaler*, Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, 3. Aufl., Dordrecht et al. 2009, 366f.

33 Eine andere Verwendung im finanziellen Kontext wäre auch im Fall von Markenrechten ihr Einsatz als Kreditsicherheit, vgl. dazu ausführlich *Warth*, Marken als Grundlage der Kreditsicherung, Frankfurt/M. 2007; aktuell auch *Sorrentino/Pernsteiner/Situm*, Die Zukunft der Markenrechte als Sicherheit im Kreditgeschäft, ÖBA – BankArchiv 2022, 187.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

Gesamtsicht die (bisher) beliebteste Art der Verbriefung von geistigem Eigentum.[34]

- Neben Urheber- und Markenrechten stellen *Patente* die dritte Kategorie von Immaterialgüterrechten dar, die als underlying assets von IP-Verbriefungstransaktionen genutzt worden sind. Sie gewähren (zeitlich limitiert) auf gesetzlicher Basis durchsetzbare Ausschließlichkeitsrechte an (technischen) Erfindungen, die „neu sind, auf einer erfinderischen Tätigkeit beruhen und gewerblich anwendbar sind" (§ 1 I PatG)[35]. Inventor/Innovator sollen sie vor Nachahmern schützen, welche die Risiken und (Transaktions-)Kostenbelastung von Forschung und Entwicklung nicht auf sich genommen haben, jedoch danach trachten, von den Erfolgspotentialen einer marktfähigen Erfindung durch Nachahmung zu profitieren, „because it is expensive to invent but very cheap to free ride and copy inventions"[36]. Hieraus resultiert die Befürchtung, dass fehlender Patentschutz unternehmerischen Innovationsdrang dämpfen und so wichtige Teile der Marktprozesse verlangsamen oder gar zum Stillstand bringen würde, umgekehrt wirksamer Patentschutz „encouragement for technological change"[37] bedeutet[38]. Personen und Institutionen, die mit

34 Vgl. u.a. *Taylor/Becerra/Stuart/Case*, Securitization of brand names: Basic concepts and its use in practice, Journal of Brand Management 2009 (1), 62; *Lindemann*, The Economy of Brands, London 2010, 87ff.; *Nisar*, Intellectual property securitization and growth capital in retail franchising, Journal of Retailing 2011, 393, 396ff.

35 Was der deutsche Gesetzgeber unter „neu", „erfinderischer Tätigkeit" sowie „gewerblich anwendbar" versteht, wird in §§ 3-5 PatG aufgeschlüsselt, wobei sich durchaus Unterschiede zum betriebswirtschaftlichen Verständnis von Invention bzw. Innovation zeigen, die hier allerdings unerheblich sind.

36 *Solomon/Bitton,* Cardozo Arts & Ent. LJ 2015 (Fn. 30), 153.

37 *North*, Institutional Change: A Framework of Analysis, in: Braybrooke (ed.), Social Rules, New York 1996, 189, 193. Vgl. zur Sichtweise des zitierten Nobelpreisträgers *Douglass C. North* analog auch *North*, Structure and Change in Economic History, New York/London 1981, 164f.; *North*, Institutions (Fn. 2), 47f.; Für eine retrospektive Bewertung der Position *Norths* zu Patenten vgl. *Faundez*, Douglass North's Theory of Institutions: Lessons for Law and Development, Hague Journal on the Rule of Law 2016, 373, 380f.

38 Der ökonomische Nettonutzen des Patentwesens ist indes seit jeher umstritten, vgl. u.a. *Machlup*, An Economic Review of the Patent System, Study of the Subcommitttee on Patents, Trademarks, and Copyrights of the Committee on the Judiciary, U.S. Senate, 85th Congress, Second Session. Washington, D.C., 1958; *Arrow*, Economic Welfare and the Allocation of Resources for Invention, in: National Bureau of Economic Research (ed.), The Rate and Direction of Inventive Activity, Princeton 1962, 609; in jüngerer Zeit u.a. *Shapiro*, Patent system reform: economic analysis and critique, Berkeley Technology Law Journal 2004, 1017; *LaFlame Jr.,* The European

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

der Patentanmeldung neu erlangtes Wissen zunächst nur der zuständigen Behörde vermitteln, publizieren dieses Wissen[39] in dem Moment, da die Anmeldung erfolgreich verläuft. Die traditionelle Nutzung von Patenten ist strategischer Art, dient also dem Schutz der eigenen Unternehmensprozesse und der Durchsetzung von Patentrechtsverletzungen. Jedoch sind auch Patente einer finanziellen Nutzung zugänglich – insbesondere, da eine Abtretung an andere bzw. Lizenzierung gegen entsprechendes Entgelt[40] möglich ist (§ 15 I, II PatG, auch § 23 PatG zur Vergütung). Im Falle kontinuierlicher planbarer Zahlungsströme würden also auch Patente die im Vorkapitel formulierte Kernvoraussetzung erfüllen.

Von besonderem Interesse erscheinen IPBS deswegen, weil sie helfen könnten, unintendierte Nebeneffekte der geltenden Konzepte zum Schutz geistigen Eigentums abzuschwächen: Ein erheblicher Teil des Patentierungspotentials wird weder von Erfindern noch von anderen genutzt. Eine Ursache hierfür ist die abschreckende Wirkung der einhergehenden Kosten im Allgemeinen (im Anschluss an die für Forschung und Entwicklung solche für Prototypen- und Produktentwicklung, Markteinführung und -durchdringung etc.) sowie die schutzrechtbezogenen Transaktionskosten im Besonderen (für Vorbereitung und Durchführung der Beantragung sowie Aufrechterhaltung, für die Durchsetzung von geschützten Rechten etc.). Diese Problematik betrifft im Grundsatz alle Schutzrechte, wird aber insbesondere für („brachliegende" bzw. „nicht-praktizierte") Patente problematisiert.[41] Patentunterlegte IPBS stellen dem eine zeitnah nutzbare Möglichkeit gegenüber, aus einem Patent schon frühzeitig Cashinflows

Patent System: An Overview and Critique, Houston Journal of International Law 2009, 605.

39 Vgl. *Schneider* (Betriebswirtschaftslehre 3, Fn. 1), 66.

40 Eine andere Verwendung im finanziellen Kontext wäre analog den Urheber- oder Markenrechten der Einsatz von Patenten als Kreditsicherheit, vgl. hierzu etwa *Lang*, Patente, Patentanmeldungen und Erfindungen als Kreditsicherungsmittel, Stuttgart 1999; aktuell auch *Zhang/Chen/Wang*, Which patents to use as loan collaterals? The role of newness of patents' external technology linkage, Strategic Management Journal 2021, 1822. Umfassend zur Verwendung verschiedener Arten von Immaterialgüterrechten als Kreditsicherheit vgl. *Decker*, Geistiges Eigentum als Kreditsicherheit: Status Quo und Reformmöglichkeiten unter besonderer Berücksichtigung der Empfehlungen des UNCITRAL Legislative Guide on Secured Transactions und dessen Annex, Tübingen 2012; aktuell auch *Keller*, Geistiges Eigentum als Kreditsicherheit: unter besonderer Berücksichtigung grenzüberschreitender Sicherungsgeschäfte, ZIP – Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 2020, 1052.

41 Vgl. ausführlich *Stierle*, Das nicht-praktizierte Patent, Tübingen 2018, bes. S. 135ff. zu den einschlägigen Motiven; kompakt auch *Stierle*, „Patent trolls" versus nicht-

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

zu generieren. Letztlich könnte also die Etablierung eines neuen Finanzierungsinstruments auf diesem Wege indirekt die Anreize für die Marktteilnehmer verstärken, patentfähige Inventionen zu schaffen und auch die oft aufwendige Patentierung auf sich zu nehmen, da dem ein neues Nutzenpotential zukommt. Da Patente als Unterlegung von IPBS derzeit noch am wenigstens am Markt vertreten sind, ist erhebliches (Finanzierungs-)Potential vorhanden, das gerade patentstarke Unternehmen sich erschließen könnten.

Unabhängig von bestehenden rechtlichen Einschränkungen eignen sich Urheberrechte, Markenrechte und Patent(recht)e dem Grunde nach als underlying von IPBS-Transaktionen und bieten entsprechendes Potential im Kontext der Unternehmensfinanzierung. Wie IPBS bislang ausgestaltet worden sind und wie sie sich verbessern ließen, ist Gegenstand des nachfolgenden Kapitels.

IV. Möglichkeiten und Grenzen von Intellectual Property Backed Securities

1. Entwicklungsprozesse

Die Marktprozesse der Finanzmärkte belegen seit über fünfzig Jahren die Praktikabilität von ABS[42], und seit 25 Jahren die von ABS, welche auf Intellectual Properties beruhen: Als Pioniertransaktion gelten die 1997 emittierten Bowie Bonds, also ABS im Emissionsvolumen von 85 Millionen US$, die auf den (künftigen Einzahlungsströmen aus) Rechten an den Musikstücken *David Bowies* basierten[43]. Zwar folgten verschiedene und

praktizierte Patente – Ein soll-funktionales Plädoyer für einen Perspektivenwechsel, Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht Newsletter 2018 (1), 25.

42 Vgl. für einen geschichtlichen Überblick *Brueggeman/Fisher*, Real Estate Finance and Investments, 17th ed., New York 2021, Chapter 19; auch *Shenker/Colletta*, Asset Securitization: Evolution, Current Issues and New Frontiers, Texas Law Review 1991, 1369, 1374ff. Zu den Anfängen vgl. en detail (O.) *Jones/Grebler*, The Secondary Mortgage Market: Its Purpose, Performance, and Potential, Los Angeles 1961; rezensiert insbes. von (H.) *Jones*, American Economic Review 1962, 868; sowie die in Fn. 16 dieses Beitrags zitierten Quellen.

43 Für eine Bewertung aus rechtlicher Sicht vgl. seinerzeit insbes. *Chu*, Bowie Bonds: A Key to Unlocking the Wealth of Intellectual Property, Hastings Communications & Entertainment Law Journal 1998 (2), 469; *Sylva*, Bowie Bonds Sold for Far More Than a Song: The Securitization of Intellectual Property as a Super-Charged Vehicle for High Technology Financing, Santa Clara High Technology Law Journal 1999

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

auch namhafte Künstler *Bowies* Vorbild[44], doch blieben diese auf „royalty securitization"[45] basierenden IPBS bis zuletzt Einzelfälle, die keinen neuen Finanzierungsstandard begründen konnten. Was Musikfinanzierungen betrifft, war hierfür das Zusammenwirken von Prozessen und Strukturen des Musik- ebenso wie des Finanzmarktes ursächlich:

- Auf der einen Seite erlebte der Musikmarkt in den späten 1990er Jahren eine fundamentale Umwälzung durch den Bedeutungsverlust physischer Tonträger und die im Gegenzug wachsende – von der (Wieder-)Entdeckung des mp3-Formats als tiefgreifender technischer Innovation getriebene – Popularität rein digitaler Formate bis hin zum Streaming[46]. Während diese Entwicklung IPBS zunächst im Wege zu stehen schien, wird die Tatsache, dass die Konsumenten nicht einmalig (für eine Vinylschallplatte, eine CD, eine DVD) einen vergleichsweise hohen Anschaffungspreis zahlen, der unabhängig davon ist, wie oft sie ihren Bild- oder Tonträger später abspielen, sondern infolge von „pay per play / view" eine von der Nutzung abhängige Mehrzahl kleinerer Beträge, inzwischen

(1), 195; später auch *Gabala jr.*, Intellectual alchemy: Securitization of intellectual property as an innovative form of alternative financing, John Marshall Review of Intellectual Property Law 2004, 307.

44 Vgl. für eine entsprechende Auflistung u.a. *Jackson*, Royalty Securitization: Taking Cabs to Bankruptcy Court, T. Jefferson Law Review 1999, 209.

45 Vgl. neben *Jackson*, T. Jefferson Law Review 1999 (Fn. 44) u.a. *Fairfax*, When You Wish Upon a Star: Explaining the Cautious Growth of Royalty-Backed Securitization, Columbia Business Law Review 1999, 441; *Kerr*, Bowie Bonding in the Music Biz: Will Music Royalty Securitization be the Key to the Gold for Music Industry Participants?, UCLA Entertainment Law Review 2000, 367; *Borod*, An update on intellectual property securitization, The Journal of Structured Finance 2005 (4), 65.

46 Vgl. für eine ausführliche Einordnung des MP3-Formats in die Entwicklungsprozesse des Musikmarktes seinerzeit *Garofalo*, From Music Publishing to MP3: Music and Industry in the Twentieth Century, American Music 1999 (3), 318, 348ff.; aus rechtlicher Sicht *Berger*, The Legal Problems of the MP3, Temp. Envtl. L. & Tech. J. 1999 (1), 1; ferner *S. Jones*, Music and the Internet, Popular Music 2000 (2), 217; *Kretschmer/Klimis/Wallis*, The Changing Location of Intellectual Property Rights in Music: A Study of Music Publishers, Collecting Societies and Media Conglomerates, Prometheus – Critical Studies in Innovation 1999 (2), 163. Aus aktueller Sicht vgl. z.B. *Watson/Leyshon*, Negotiating platformisation: MusicTech, intellectual property rights and third wave platform reintermediation in the music industry, Journal of Cultural Economy 2022, 326.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

als durchaus positiv für die Generierung eines verlässlichen Cashflows und insoweit IPBS-begünstigend erachtet.[47]

- Auf der anderen Seite entwickelte sich im Verlauf der nächsten Dekade ein erheblicher Reputationsverlust von (Finanzierungen über bzw. Investitionen in) ABS, da die – je Transaktion tranchierte und durch verkettete Transaktionen zudem mehrfache – Verbriefung von US-Hypothekenforderungen maßgeblich zu Entstehung und Verlauf der Subprime- und Finanzmarktkrise beigetragen hatte[48]. Der damit einhergehende Einbruch der Emissions- und Handelsvolumina schlug sich nicht nur in den Haupt- sondern auch den Nischensegmenten[49] des Verbriefungsmarktes nieder[50].

In der Folge ist der Markt für IPBS zwar nicht ausgetrocknet, doch bewegt er sich bis heute auf vergleichsweise niedrigem Niveau, während

47 Vgl. explizit *Garcia*, Royalty Securitization, Harvard Journal of Law & Technology, JOLT Digest 25 Oct 2017, https://jolt.law.harvard.edu/digest/royalty-securitization (Abruf: 20.12.2022).

48 Vgl. stellvertretend für umfassende zeitnahe Aufarbeitungen der sog. Subprime-/Finanzmarktkrise 2007/2008 *Goodhart*, The Background to the 2007 Financial Crisis, International Economics and Economic Policy 2008 (4), 331; *Rudolph*, Lehren aus den Ursachen und dem Verlauf der internationalen Finanzkrise, Zeitschrift für betriebswirtschaftliche Forschung 2008, 713; *Brunnermeier*, Deciphering the Liquidity and Credit Crunch 2007-2008, Journal of Economic Perspectives 2009 (1), 77; *Pfingsten*, Das Sub-Prime-Virus: Ursachen und Folgen der Finanzkrise, Vierteljahreshefte zur Wirtschaftsforschung 2009 (1), 14. Mit besonderem Fokus auf der Rolle der Verbriefung vgl. u.a. *Jacobs*, Tumbling Tower of Babel: Subprime Securitization and the Credit Crisis, Financial Analysts Journal 2009 (2), 17; *Eggert*, The Great Collapse: How Securitization Caused the Subprime Meltdown, Connecticut Law Review 2009, 1257. Ausführliche wissenschaftliche Retrospektiven bieten u.a. *Taube/Wiegard/Kaserer/Stelter*, Ten Years After: Eine Bilanz der Finanz- und Weltwirtschaftskrise, ifo Schnelldienst 2017 (17), 3; *T. Jones/Sirmans*, Understanding Subprime Mortgage Default, Journal of Real Estate Literature 2019 (1), 27; *Agarwal/Varshneya*, Financial crisis and the U.S. mortgage markets – a review, in: Leung (ed.), Handbook of Real Estate and Macroeconomics, Cheltenham/Northampton 2022, 240.

49 Zur ursprünglichen Einordnung von IPBS als „exotische" oder gar „esoterische" Verbriefungsvariante vgl. *Breidenbach* (Fn. 16), 4f., und die dortigen Nachweise.

50 Vgl. ausführlich *Solomon/Bitton*, Cardozo Arts & Ent. LJ 2015 (Fn. 30), 164ff. Grundsätzlich zur Verwendung von Intellectual Property Rights zur Besicherung von Kreditfinanzierungen in den Krisenjahren vgl. *Jacobs*, Using Intellectual Property to Secure Financing after the Worst Financial Crisis Since the Great Depression, Intellectual Property L. Rev. 2011 (2), 449, 460ff.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

die Bedeutung von IP an sich kontinuierlich zunimmt[51]. Gemessen an Anzahl und Umfang der Emissionen tragen IPBS daher bis heute nur in sehr geringem Umfang zur Unternehmensfinanzierung bei. Überschaubar geblieben ist allerdings nicht nur dieser Primärmarkt, sondern auch der zugehörige Sekundärmarkt, also die Gesamtheit der auf IPBS bezogenen Handelsaktivitäten. Die Wertpapiere werden nach wie vor häufig over-the-counter (OTC) gehandelt, womit die anvisierten Vorteile fungibler Wertpapiere im Allgemeinen nicht erschlossen werden. Im Besonderen fehlt für Investoren die Möglichkeit, auf einem liquiden Sekundärmarkt Investments schnell und transaktionskostenarm einzugehen oder zu beenden. Sie für IPBS zu gewinnen, wird dadurch erschwert. Ein wenig liquider oder gar nicht vorhandener Sekundärmarkt erhöht die Kaufzurückhaltung, hält also Investoren schlimmstenfalls vom Investment ab, führt bestenfalls zu einer erhöhten (Il-)Liquiditätsprämie in den Renditeansprüchen, die sich für die finanzierende Partei in erhöhten Kapitalkosten niederschlagen[52]. Da sich in den Kauf- und Verkaufsaktivitäten der Marktteilnehmer des Wertpapiermarkts und den daraus resultierenden Marktpreisen ihr jeweiliges Wissen, ihre Erfahrungen und Erwartungen in Bezug auf den Tauschgegenstand ausdrücken[53], ist das Wissen der Marktteilnehmer um IPBS insgesamt unverändert sehr limitiert. In der Folge ist zu erwarten, dass Investoren noch über die vorgenannte (Il-)Liquiditätsprämie[54] hinaus ein höheres Entgelt für das Eingehen einer in IPBS bestehenden Chance-Risiko-Position fordern als bei einer in den Rahmendaten (Laufzeit, Tilgungsmuster etc.) vergleichbaren Unternehmensanleihe. Die erhebliche Komplexität bereits

51 Vgl. stellvertretend *Binctin/Bourdon/Dhenne/Vial*, Feedback on the Intellectual Property Action Plan Roadmap of the European Commission, Paris et al. 2020, 41f.; *Desphande/Nagendra*, Patents as collateral for securitization, Nature Biotechnology 2017, 514, 516.

52 Zu dieser Spiegelbildlichkeit im Sinne von „Renditeforderungen der Kapitalgeber als Grundlage der Kapitalkosten-Konzeption" vgl. *Süchting*, Finanzmanagement, 6. Aufl., Wiesbaden 1995, 419ff.

53 Die Idee dieser Informativität der Preise gehört zu den bahnbrechenden Beiträgen des Nobelpreisträgers F. *A. von Hayek*, vgl. grundlegend *von Hayek*, The Use of Knowledge in Society, American Economic Review 1945, 519. Vgl. als konzise Einführung im Finanzmarktkontext *Streissler*, Internationale Finanzmärkte aus einer von Hayek inspirierten Sicht, Ordo 2000, 75.

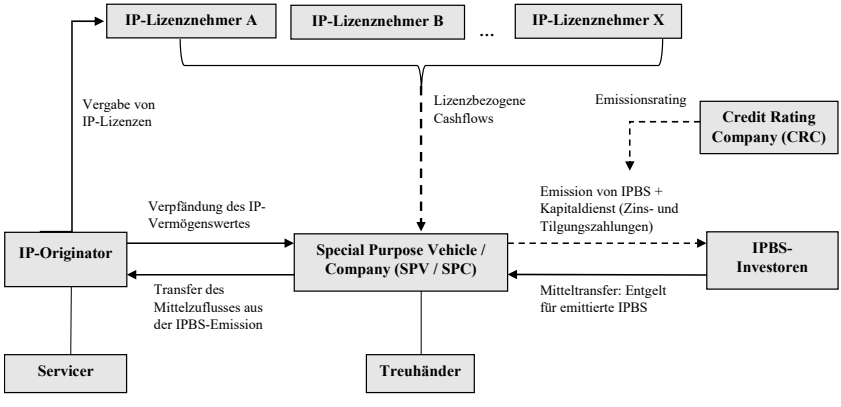
54 Vgl. ausführlich zu dieser Risikoprämie im Anleihezins (wenn auch im Kontext von Mittelstandsanleihen) *Heseler*, Gibt es eine „richtige Verzinsung" einer Mittelstandsanleihe?, in: Bösl/Hasler (Hrsg.), Mittelstandsanleihen – ein Leitfaden für die Praxis, Wiesbaden 2014, 81, 86f.; zuvor bereits *Horsch/Sturm*, Disintermediation durch Mikroanleihen, Kredit & Kapital 2007, 265, 291f.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

der Kernstruktur von IPBS-Emissionen verdeutlichen die beiden nachfolgenden Darstellungen idealtypisch indirekter (Abb. 2) sowie idealtypisch direkter (Abb. 3) IPBS.

Im Fall einer indirekten IP-Verbriefung verzichtet der Originator auf die aus den IP-Vermögenswerten entstehenden Vergütungen, die Lizenznehmer zahlen stattdessen an die SPC. Im Zuge dessen übernimmt sie auch das einhergehende Risiko des Ausfalls (der externen Lizenznehmer) vom Originator. Dieser verpfändet ihr zeitgleich die zugrundeliegenden IP-Vermögenswerte als Kreditsicherheit. Die SPC verwaltet als juristisch eigenständige Einheit die aus den Lizenzvereinbarungen eingehenden Cashflows und speist in der Regel allein daraus die Kapitaldienstzahlungen an die IPBS-Investoren. Im Belastungsfall hat die SPC zudem das Recht, ihre Ansprüche durch Verwertung der ihr verpfändeten immateriellen Vermögenswerte zu befriedigen.

Abb. 2: Kernstruktur einer indirekten Verbriefung von Immaterialgüterrechten[55]



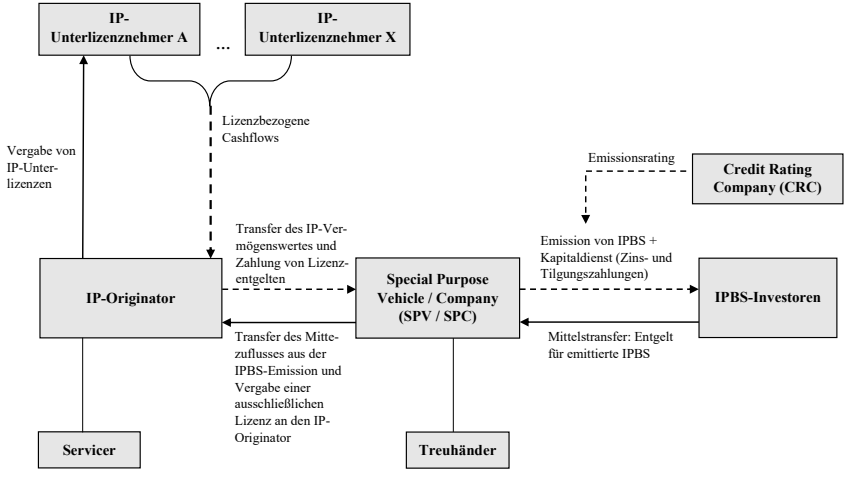
Bei direkter IP-Verbriefung werden die immateriellen Vermögenswerte zwar ebenfalls an die SPC übertragen, jedoch erfolgt dies in Verbindung mit einer (meist ausschließlichen) Rück-Lizenz. In der Folge kann der

55 In Anlehnung an *Binctin/Bourdon/Dhenne/Vial* (Fn. 51), 45.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

Originator die Immaterialgüterrechte weiter selbst nutzen und ggf. sogar unterlizenzieren (sale-and-license-back)[56].

Abb. 3: Kernstruktur einer direkten Verbriefung von Immaterialgüterrechten[57]



Ausgehend von obenstehenden Strukturen lässt sich festhalten, dass IPBS aus ihrer Natur heraus vergleichsweise komplexe Instrumente der Unternehmensfinanzierung darstellen. Ihre Realisierung ist daher mit vergleichsweise hohen Transaktionskosten verbunden[58] (die etwa bei einer direkten Struktur insbesondere für die vertragliche Gestaltung des IP-Transfers, der Rück- sowie der Unterlizenzierung anfallen). In Verbindung damit, dass jede Kreditfinanzierung – auch die über Anleihen im Allgemeinen sowie die über IPBS im Besonderen – aus ihrer Natur heraus Informationsasymmetrien beinhaltet, wird es umso anspruchsvoller, potentielle Kapitalgeber angemessen zu entlohnen. Für die Unsicherheit, welche diese infolge ihrer Wissensdefizite verspüren, suchen sie nach Abhilfe oder aber Entschädigung. Dieses Grundproblem fällt bei komplex strukturierten Kreditfinanzierungen stärker ins Gewicht als bei einfachen, denn Komplexität verstärkt die transaktionsschädlichen Informationsasymmetrien zwischen den potentiellen Kontraktpartnern und mithin die von ihnen empfundene Un-

56 Vgl. ausführlich *De Rassenfosse*, How SMEs exploit their intellectual property assets: evidence from survey data, Small Business Economics 2012, 437.

57 In Anlehnung an *Binctin/Bourdon/Dhenne/Vial* (Fn. 51), 45.

58 Vgl. m.w.N. *Mesch* (Fn. 16), 62.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

sicherheit: „The more complex and unique the issues we confront, the more uncertain the outcome“[59]. Im Falle von ABS kommt erschwerend der Reputationsschaden hinzu, den diese Wertpapiere im Zuge der Krisenprozesse auf den Finanzmärkten seit 2007 zu verzeichnen hatten. Das vermeintliche Paradoxon großer Bestände werthaltiger Immaterialgüterrechte und hoher Finanzierungsbedarfe einerseits und geringer Emissionsvolumina von IPBS andererseits ließe sich dann als Dilemma erklären: IPBS als Wertpapiergattung mangelt es bis dato an einem track record[60] am Kapitalmarkt. Ohne track record aber kein Investorenvertrauen, ohne Investorenvertrauen keine Emission, ohne Emission keine Herausbildung eines track record.

2. Entwicklungspotentiale

Um das in Immaterialgüterrechten liegende (Finanzierungs-)Potential zu heben, wäre eine Reduktion der Komplexität, der Informationsasymmetrien oder der Unsicherheit erforderlich.

- Die Reduktion von *Unsicherheiten* ist die zentrale Funktion von Institutionen im Allgemeinen und von Institutionen in Gestalt von Regelsystemen im Besonderen: „The major role of institutions in a society is to reduce uncertainty by establishing a stable (but not necessarily efficient) structure to human interaction“[61]. Das derzeit geltende institutional framework leistet das offenbar bis jetzt nicht in ausreichendem Maße.

59 *North*, Institutions (Fn. 2), 22; ähnlich ebda., 25: „uncertainties arise as a consequence of both the complexity of the problems to be solved and the problem-solving software […] possessed by the individual“.

60 Im Finanzmarktkontext umfasst der track record die Gesamtheit der bisherigen (Investitions- bzw. Finanzierungs-)Erfolge und Mißerfolge einer Partei. Besondere Bedeutung wird dem track record im Kontext der Wagnisfinanzierung beigemessen, vgl. stellvertretend *Kuckertz/Kollmann/Röhm/Middelberg*, The interplay of track record and trustworthiness in venture capital fundraising, Journal of Business Venturing Insights 2015 (4), 6. Zur Bedeutung des track record eines Emittenten für seine Finanzierungsmöglichkeiten auf den Bondmärkten vgl. grundlegend *Diamond*, Monitoring and reputation: The choice between bank loans and directly placed debt, Journal of Political Economy 1991, 689; sowie aktuell *Krebbers/Marshall/McColgan/Neupane*, Home bias and the need to build a bond market track record, The European Journal of Finance 2021, 1.

61 *North*, Institutions (Fn. 2), 6; ähnlich ebda., 3: “Institutions reduce uncertainty by providing a structure to everyday life”; und ebda., 118: “Institutions provide the basic structure by which human beings throughout history have created order and attempted to reduce uncertainty in exchange”.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

Von daher besteht Anlass, die einschlägigen Regelsysteme daraufhin zu prüfen, welche (fehlenden oder vorhandenen) Regeln IPBS – aus Investorensicht – bis dato besonders im Wege stehen. Angesichts der diversen (Spezial-)Gesetze, auf denen der institutionelle Rahmen des Immaterialgüterrechts beruht – und daher auch das der darauf fußenden Unternehmensfinanzierung –, wäre etwa zu fragen, inwieweit eine Vereinheitlichung von Einzelregelungen oder ganzen Gesetzeswerken denkbar erscheint, um der Gefahr einer Überforderung potentieller Emittenten und Investoren – etwa durch Detailregelungen zu Begründung, Begrenzung, Erhaltung, Verlängerung und Ende des Schutzrechts – entgegenzuwirken. Gerade in Deutschland dürften die Unsicherheiten auf Emittentenseite beträchtlich sein, da die mittelständischen Unternehmen, welche die Unternehmenslandschaft prägen, einerseits besonders innovations- und patentstark sind, andererseits über geringere finanzielle und „problem-solving-software"-Kapazitäten im Sinne *Norths* verfügen.[62] Weitere offene Fragen betreffen das Insolvenzrecht, hier insbesondere die Regeln, welche bei Insolvenz von Originator oder SPC einschlägig wären.[63]

Ein weiterer Ansatz wäre der eines deutschen Verbriefungsgesetzes[64], das neben generellen Fragestellungen auch die speziellen von IPBS-Strukturen adressieren könnte. Angesichts der Bedeutung, die dem institutional framework im Allgemeinen und für den IPBS-Markt im Beson-

62 Zur Innovationsstärke des Mittelstands vgl. stellvertretend *Berlemann/Jahn*, Regional Importance of Mittelstand Firms and Innovation Performance, Regional Studies 2016, 1819; mit Blick auf die naturgemäß beschränkten Kapazitäten mittelständischer Unternehmen im Innovations(schutz)kontext *Brem/Nylund/Hitchen*, Open innovation and intellectual property rights: How do SMEs benefit from patents, industrial designs, trademarks and copyrights?, Management Decision 2017, 1285; einführend auch *Liu/Mu/Hu/L. Wang/S. Wang*, Intellectual property protection, technological innovation and enterprise value—An empirical study on panel data of 80 advanced manufacturing SMEs, Cognitive Systems Research 2018, 741; *Thomä*, Zum Aneignungsverhalten innovationsaktiver kleiner und mittlerer Unternehmen, Wirtschaftsdienst 2013, 629; *Addor/Mund*, Viele KMU schützen Innovationen nicht aktiv oder nicht angemessen, Innovation Management 2010 (10), 102.

63 Vgl. *Maume*, Geistiges Eigentum in der Unternehmensfinanzierung, NZG 2017, 249.

64 Für ein ebenso aktuelles wie deutliches Plädoyer vgl. etwa *Kümpel*, Asset Backed Securities in Deutschland und Luxemburg, Halle 2021, 31. Einen Eindruck vom zugehörigen politischen Diskurs vermitteln die Beiträge in Heft 4/2008 der Zeitschrift für das gesamte Kreditwesen.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

deren beigemessen wird[65], verspricht ein zielgerichteter institutioneller Wandel nachhaltige Impulse.

- Als klassische Maßnahmen zum Abbau von *Informationsasymmetrien* gelten Screening (Informationssammlung der schlechter informierten Partei)[66] sowie Signaling (Informationspreisgabe der besser informierten Partei)[67]. Screening hieße im IPBS-Kontext, es den Nachfragern zu überlassen, ihrerseits das nötige Informationsniveau herzustellen, also auch, sie mit entsprechenden Suchkosten zu belasten. Aus einer Finanzmarketingsicht wäre die Überwindung der transaktionsschädlichen Wissensunterschiede hingegen Aufgabe des Anbieters, hier also des potentiellen Emittenten, der finanzielle Mittel beschafft, indem er an die Marktgegenseite eine (Wertpapier-)Anlagemöglichkeit absetzt. Indem die Mittelbeschaffung als Angebot/Absatz von Geldanlagen gesehen wird, rückt diesbezüglich der zielführende Einsatz des absatzpolitischen Instrumentariums in den Mittelpunkt.[68]

---

65 Vgl. *Fleckner*, Vom partiellen Ende des Unmittelbarkeitsprinzips im Recht der Treuhand, Wertpapier-Mitteilungen 2004, 2051, 2054; darauf bezogen auch *Mesch* (Fn. 16), 47.

66 Grundlegend zum Screening vgl. insbes. die Beiträge des späteren Nobelpreisträgers *Joseph E. Stiglitz*, darunter ursprünglich *Stiglitz*, The theory of "screening", education, and the distribution of income, American Economic Review 1975, 283; sowie später die darauf bezogene Literaturdiskussion incl. *Stiglitz/Weiss*, Alternative Approaches to Analyzing Markets with Asymmetric Information: Reply, American Economic Review 1983, 246; ausführlich *Stiglitz*, Information, screening, and welfare, Economic Research Program, Research Memorandum No. 302, Princeton 1982. Vgl. später anlässlich der Nobelpreisverleihung *Stiglitz*, Information and the Change in the Paradigm in Economics, American Economic Review 2002, 460.

67 Vgl. analog grundlegend zum Signaling insbes. die Beiträge des gemeinsam mit dem hiervor genannten *Stiglitz* geehrten Nobelpreisträgers *Michael Spence*, darunter ursprünglich *Spence*, Job Market Signaling, Quarterly Journal of Economics 1973, 355; sowie *Spence*, Competitive and optimal responses to signals: An analysis of efficiency and distribution, Journal of Economic Theory 1974, 296. Vgl. später auch *Spence*, Signaling, screening, and information, in: Rosen (ed.), Studies in labor markets, Chicago/London 1981, 319; sowie anlässlich der Nobelpreisverleihung 2002 *Spence*, Signaling in retrospect and the informational structure of markets, American Economic Review 2002, 434.

68 Frühzeitig zu dieser Marketing-Hinsicht auf die „Kapitalbeschaffung über den *Absatz von Wertpapieren*" vgl. *Süchting*, Zum Finanzmarketing der Unternehmung, in: Hahn (Hrsg.), Führungsprobleme industrieller Unternehmungen – Festschrift Thomée, Berlin/New York 1980, 217, 230 und passim. Vgl. auch *Süchting*, Finanzmarketing auf den Aktienmärkten, Zeitschrift für das gesamte Kreditwesen 1986, 654; ferner mit Bezug zu *Süchting* ausführlich *Link*, Aktienmarketing in deutschen Publikumsgesellschaften, Wiesbaden 1991, bes. 17ff.; sowie würdigend *Rudolph*, Zum wissenschaft-

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

- Zielführend wäre der Einsatz von Produkt-, Preis-, Vertriebs- und Kommunikationspolitik insbesondere dann, wenn sich im Verbund mit dem Abbau von Wissensunterschieden auch die *Komplexität* der durch diese vier klassischen Elemente gestalteten Finanzierung reduzieren ließe. Mit den nachfolgenden Überlegungen hierzu schließen wir unseren Beitrag.

Um sowohl Komplexität als auch Wissensunterschiede zu reduzieren, empfiehlt sich für potentielle Emittenten eine Kombination aus einfachen Produkt-/Preisstrukturen, (investoren-)präferenzgemäßer Vertriebspolitik sowie möglichst umfassender Kommunikation. Die zielgerichtete Anpassung des Marketing-Mix sollte den davor genannten Ansätzen und insbesondere der Erweiterung des formalen institutionellen Rahmens vorgehen. Zum einen aus grundsätzlichen Erwägungen, da absatzpolitisches Handeln eine Reaktion von Marktteilnehmern darstellt, die in einem marktwirtschaftlichen System einer Reaktion von (staatlichen) Regelsetzern auch dann vorzuziehen wäre, wenn beide das gleiche Ziel verfolgten[69]. Zum anderen ist hiermit ein zeitliches Argument verbunden: Weiteres Warten auf (staatliche) Regeln verlängert die Verklemmung des IPBS-Marktes – was Emittenten und Investoren nach anderen Optionen suchen lässt, was wiederum den Anreiz für Regelsetzer reduziert, sich mit der Materie zu befassen, womit der Dornröschenschlaf des IPBS-Marktes zum selbsterhaltenden System gerät. Zur Vermeidung dessen empfehlen sich:

- *Produkt-/Preispolitik*: Bei Finanzdienstleistungen fällt – gerade im Vergleich zu Sachgütern, aber auch zu anderen Dienstleistungen eine Trennung von Produkt und Preis schwer, „da Produkt- und Preismerkmale

lichen Werk von Joachim Süchting, in: Boening/Hockmann (Hrsg.), Bank- und Finanzmanagement – Festschrift Süchting, Wiesbaden 1993, 19, 21.

69 Erscheint eine Mitwirkung staatlicher Instanzen unverzichtbar, sollte diese möglichst wenig invasiv gestaltet werden. Im Bereich der „formal constraints" – *North*, Institutions (Fn. 2), 46ff. – wären etwa Verbote Geboten vorzuziehen. Noch weniger invasiv wäre, wenn statt formalrechtlicher Schranken ökonomische Anreize gesetzt würden, im IPBS-Kontext etwa durch „Anschubdienstleistungen" des Staates. Analog der Projektfinanzierungsinitiative der EU (EU PBI) wäre etwa diskutabel, dass nationale oder supranationale Institutionen in IPBS-Emissionen co-investieren oder Emissionen durch Sicherungsversprechen ein credit enhancement verschaffen, vgl. anhand der EU-PBI einführend *Horsch/Fiedler*, Perspektiven der Finanzierung von PPP-Vorhaben mit Hilfe von Projektanleihen, in: Kessel/Gawlitta/Hilbig/Walther (Hrsg.), Aspekte der Baubetriebslehre in Forschung und Praxis – Festschrift Jacob, Wiesbaden 2015, 509, 524ff.; *Richter/Horsch*, Public support of bond-based infrastructure finance: the EU 2020 PBI, Public Money & Management 2020, 164.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

häufig als ‚Bündelerlebnis' in die Nutzenschätzung der Abnehmer eingehen. Im Zusammenhang mit Kapitalüberlassungsverhältnissen ist es ganz unmöglich, zwischen Produkt- und Preisgestaltung zu unterscheiden"[70], weswegen sie im vorliegenden Kontext zusammengenommen werden. Angesichts ihrer unvermeidlichen arteigenen Komplexität empfiehlt sich für kommende IPBS-Emissionen eine Ausgestaltung als klassische Festzinsanleihe (straight bond), die ohne weitere Elemente strukturierter Finanzierungen (wie variable Zinsen, kapitaldienstfreie Teilperioden, Sonderkündigungsrechte oder andere eingebettete Optionen[71]) auskommt. Eine maßgeschneiderte Ausrichtung auf die Bedürfnisse bestimmter Investoren (z.B. durch Gliederung der Emission in verschiedene Tranchen) sollte nur dann erfolgen, wenn eine Privatplacierung bei wenigen Adressen geplant wird, für den Absatz an das breite Publikum geht hingegen Einfachheit vor[72]. Da (intelligente) Diversifikation[73] eine signifikante Risikoreduktion bewirken kann, sollte allenfalls erwogen werden, IPBS basierend auf (den Zahlungsströmen aus) mehreren Immaterialgüterrechten zusammenzustellen; im Bereich der Musikfinan-

70 *Süchting*, in: FS Thomée 1980 (Fn. 68), 228. Vgl. analog *Süchting* (Fn. 52), 251f. Beispielsweise lassen sich verschiedene Tilgungsvarianten einer Anleihe als Teil der Anleihebedingungen sowie dessen auffassen, was ein Investor vom Emittenten – im Sinne eines (Finanz-)Produkts – erhält. Indes ist der Tilgungsverlauf relevant für die Cashflows, die Emittent und Investor erhalten bzw. zahlen. Da die Cashflows wiederum – z.B. über die Berechnung einer Effektivverzinsung – die Investitionsrendite und die spiegelbildlichen Kapitalkosten determinieren, trägt der Tilgungsverlauf auch zum Preiselement bei und ist insofern sowohl Produkt- als auch Preispolitik zuzuordnen.

71 Für einen Überblick zum Problemkreis der (Anleihen mit) Embedded Options vgl. etwa *Barnes/Gupta/Abinanti*, Bonds with Embedded Options, in: Baker/Filbeck/Spieler (eds.), Debt Markets and Investments, Oxford/New York 2019, 283.

72 Vgl. analog *Horsch/Sturm* (Fn. 54), 280f.

73 Während naive Diversifikation auf das Gesetz der großen Zahl setzt, also Portfolien aus einer möglichst großen Anzahl von Einzelpositionen zusammenfügt, vgl. etwa *De Wit*, Naïve diversification, Financial Analysts Journal 1998 (4), 95, ist die – auf den Nobelpreisträger *Harry M. Markowitz* zurückgehende – intelligente bzw. optimale Diversifikation ausgerichtet an den Korrelationen zwischen den (Rendite-)Entwicklungen der Einzelpositionen, vgl. grundlegend *Markowitz*, Portfolio selection, The Journal of Finance 1952, 77; später u.a. *Markowitz*, Foundations of portfolio theory, The Journal of Finance 1991, 469; für eine aktuelle Bestandsaufnahme *Koumou*, Diversification and portfolio theory: a review, Financial Markets and Portfolio Management 2020, 267.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

zierung also zumindest auf Rechten an mehreren Alben verschiedener Künstlerinnen und Künstler.[74]

- Auch die *Vertriebspolitik* sollte sich bei einem private placement an den dann überschaubaren Präferenzen der wenigen Investoren ausrichten. Wird eine breit gestreute Placierung angestrebt, sollte zwecks Begrenzung der Transaktionskosten primär auf direkte, elektronische Vertriebswege gesetzt werden. Dieser Fokus passt durchaus in den Kontext, da Immaterialgüterrechte aus der Hervorbringung verschiedener Arten von Inventionen/Innovationen resultieren und daher ohnehin ein innovationsaffines Publikum adressiert werden sollte. Gerade im künstlerischen Bereich besteht zudem die Möglichkeit, die Beliebtheit des Innovators bei seiner Fangemeinde zu nutzen: Lässt diese sich auf den Finanzmarkt übertragen, vereinfacht das den Vertrieb (und ermöglicht ggf. auch eine emittentenfreundlichere Gestaltung der Produkt-/Preismerkmale, da mit ihm emotional verbundene Investoren weniger anspruchsvolle Renditeforderungen formulieren).
- Maßgeblich für die *kommunikationspolitische* Herangehensweise ist die Adaption der folgenden Erkenntnisse, die sich seinerzeit auf ABS im Allgemeinen bezogen, heute zu IPBS im Besonderes passen:

> "The development of securitization was a market-driven process. It grew most vigorously in areas of need, where there was a shortfall in the supply of capital. […] A second building block has been the growing public access to information on borrowers, collateral, and other elements of risk. […] Widespread access to information and the recognition that pools of loan contracts embodied predictable cash flows were major breakthroughs. […] The need for education and greater knowledge among investors, including sophisticated investors, of the special risks implicit in this new breed of securities is great. […]"[75]

Solange IPBS eine Ausnahmeerscheinung bleiben, sollten Emittenten den Emissionsprozess durch sorgfältige Aufklärung vorbereiten[76], in des-

74 Vgl. stellvertretend *Nemlioglu*, A novelty on unlocking businesses' potential growth: Intellectual Property Securitisation, Procedia Computer Science 2019, 999, 1002f.

75 *Kendall*, in: Kendall/Fishman (eds.) (Fn. 16), 15f. Entsprechend zur krisengetriebenen Würdigung von IPBS durch Unternehmen des Retail-Sektors vgl. *Nisar*, Journal of Retailing 2011 (Fn. 34), 393.

76 Vgl. ausführlich *Mesch* (Fn. 16), 78ff.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

sen Rahmen die Spezifika dieser besonderen Anlagekategorie vermittelt werden – wozu unbedingt die inhärenten Risiken gehören müssen.

Besonders für innovative Unternehmen, die beachtliche Immaterialgüterrechte, aber auch Kosten für Forschung und Entwicklung verzeichnen, könnte diese Sonderform der Verbriefung daher von Interesse sein, um von den zugrundeliegenden immateriellen Vermögenswerten in anderer Form zu profitieren als durch eine Eigennutzung oder aber eine Lizenzierung – die Einzahlungsströme verursacht und in dieser Wirkung einer internen Finanzierung vergleichbar ist. Verfügen Unternehmen über geistige Vermögenswerte mit hohem Marktwert, eröffnet sich mit deren Verbriefung von IP-Vermögenswerten eine Kreditfinanzierungsvariante, die neben die in Deutschland unverändert dominierenden unverbrieften (Bank-)Kredite oder die verbrieften Varianten der Anleihefinanzierung träte.

IPBS besitzen ausgehend davon beachtliches (Finanzierungs-)Potential für Unternehmen, die Innovationen hervorbringen und diese gegen Imitation oder andere unlautere Handlungen Dritter schützen wollen. In einer am unternehmerischen Lebenszyklus orientierten Perspektive gehören hierzu – aus ihrer Natur heraus – zum einen junge Unternehmen[77]. Aus einer anderen, gerade für Deutschland typischen Sichtweise gilt wiederum der Mittelstand insgesamt als besonders innovationsstark[78]. Beiden Unternehmenstypen ist gemein, dass sie unter arttypischen Grenzen bzw. Notwendigkeiten der Finanzierung agieren: Die besonderen Herausforderungen der Finanzierung junger und daher für Mittelgeber schwer einzuschätzender Unternehmen sind ebenso altbekannt wie die vieldiskutierten Finanzierungsengpässe oder gar „-lücken" mittelständischer Unternehmen in sämtlichen Phasen des unternehmerischen Lebenszyklus. Insofern erscheinen IPBS insbesondere in zwei „areas of need" im Sinne *Kendalls* möglich, wo sie folgerichtig einen besonders großen Unterschied machen und zur Lösung eines übergreifenden Problems beitragen könnten.

77 Vgl. etwa *Kerr/Nanda*, Financing Innovation, Annual Review of Financial Economics 2015, 445; *Spender/Corvello/Grimaldi/Rippa*, Startups and open innovation: a review of the literature, European Journal of Innovation Management 2017, 4.

78 Vgl. *Saunila*, Innovation capability in SMEs: A systematic review of the literature, Journal of Innovation & Knowledge 2020, 260; sowie die in Fn. 60 dieses Beitrags genannten Quellen.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

V. Schlussbemerkung

Insgesamt erscheinen Immaterialgüterrechte aus finanzwirtschaftlicher Sicht wie ein schlafender Riese. Ihr besonderes Potential für junge und mittelständische Unternehmer/Unternehmen, die aus ihrer Natur heraus auf den Wertpapiermärkten nicht so zuhause sind, wäre ein Anlass mehr für einen Weckruf. Dieser sollte staatlicherseits bestenfalls per Setzung ökonomischer Anreize flankiert werden. Auch wenn insofern nicht für die Entwicklung weiterer Normensammlungen plädiert wird, erscheint eine sorgfältige Überprüfung des aktuellen institutionellen Rahmens auf enthaltene Verbesserungsmöglichkeiten zwingend notwendig. Überdies wurde die Notwendigkeit der Wissensvermittlung zum Abbau von Informationsasymmetrien und (geistigen) Markteintrittsbarrieren überaus deutlich. Hierfür wird wirtschafts- ebenso wie rechtswissenschaftliche Expertise benötigt. Letztere wiederum ist vor allem von Wissenschaftlerinnen und Wissenschaftlern zu erwarten, die in der Forschung wie in der Lehre zu den Gebieten des Immaterialgüterrechts ausgewiesen sind. Hierzu gehört unzweifelhaft *Gerhard Ring*, und hieran wird sich auch durch den Jahrestag nichts ändern, aus dessen Anlass diese Festschrift erscheint. Anknüpfend daran gelten dem Geehrten die besten Wünsche für eine möglichst lange, produktive und erfüllende Zeit als Emeritus. Den (Akteurinnen und Akteuren auf den) Märkten für IPBS wiederum ist nur zu wünschen, dass sich *Gerhard Rings* Augenmerk dabei auch auf die Unternehmensfinanzierung auf Basis von Immaterialgüterrechten richtet.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

Marketing-Budgetierung für kleine und mittlere Bauunternehmen

Dieter Jacob, Bedia Jüttner

I. Vorbemerkung

Wer (als Unternehmen) nicht wirbt, der stirbt. Das ist eine alte Marketing-Weisheit. Dieser Text war ursprünglich als Leitfaden für den Hessischen Baugewerbeverband gedacht, aber durch den plötzlichen Tod von Herrn Dr. Christian Keidel im August 2017 wurde er nicht mehr publiziert. Durch die Festschrift für Prof. Dr. Ring haben wir jetzt die Gelegenheit, dies nachzuholen. Denn es ist ein wichtiges Thema für kleine und mittlere Bauunternehmen. Herr Dr. Keidel würde sich posthum darüber sehr freuen. Zudem hat die Baukonjunktur ihren Zenit überschritten und klassische Marketingthemen (außerhalb der Personalgewinnung oder des Employer Branding) werden wieder an Bedeutung gewinnen.

Eine weitere Marketing-Weisheit lautet: Der Markt sollte immer segmentiert bearbeitet werden, um die eigenen Stärken optimal nutzen zu können und sich so die lukrativsten Marktsegmente herauszusuchen. Dem hat die Werbestrategie zu folgen. Hier können Marketing-Kampagnen einen maßgeblichen Erfolgsbeitrag leisten. Gleichzeitig müssen Budgetvorgaben eingehalten werden, damit die Marketingkosten nicht aus dem Ruder laufen. Der Erfolg der Marketing-Maßnahmen sollte immer gemessen und überprüft werden.

Neben Herrn Dr. Christian Keidel hat in unserem Team auch unser damaliger Bachelorand, Herr Maik Rohne, an dem Leitfaden maßgeblich mitgewirkt. Bei Beiden möchten wir uns für die Impulse herzlich bedanken.

Die Zahlen und Daten beziehen sich noch auf 2017. Wir haben uns entschieden, dies so zu belassen, da es unseres Erachtens keine klare Preisentwicklung bei den Marketing-Media gegeben hat. Eine vollständige Aktualisierung ist schwierig, da auch viele Verbands- und Firmeninterna eingeflossen sind. Eine nur teilweise Aktualisierung würde das Gesamtbild nur verzerren.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

II. Einleitung

Bauinvestitionen tragen derzeit rund 10 % zum Bruttoinlandsprodukt Deutschlands bei. Knapp 6 % der Erwerbstätigen sind im Baugewerbe, bestehend aus Bauhaupt- und Ausbaugewerbe, beschäftigt. Die gesamte Wertschöpfungskette Bau erfasst sogar 12 % aller in Deutschland Erwerbstätigen.[1] Trotz dieses immensen Anteils an der Beschäftigung gibt es kaum Literatur zu den Besonderheiten des Marketings in der Baubranche. Insbesondere lassen sich Erkenntnisse aus der allgemeinen Marketingtheorie kaum auf kleine Bauunternehmen übertragen.

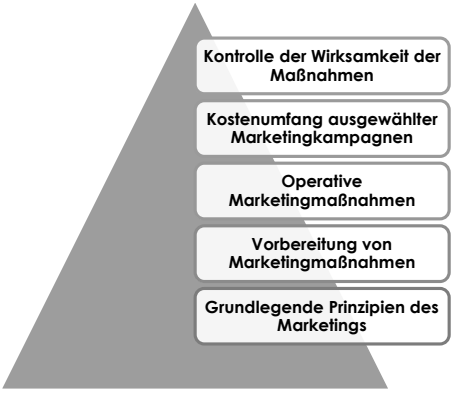
Dieser Leitfaden soll als Orientierung für kleine Bauunternehmer dienen, die in einem regionalen Markt mit einem begrenzten Geldbudget und verhältnismäßigem Aufwand ihre Kommunikation verbessern wollen. Die enthaltenen Checklisten, Beispiele und Preisabschätzungen sollen dabei als Orientierung dienen. Ausgangsbasis bei der Erstellung des Leitfadens war Kapitel XVI *Marketing* der BAUORG des Zentralverbands des deutschen Baugewerbes.[2] Allerdings hat sich die Stellung der Bauunternehmen am Markt in den letzten Jahren nachhaltig verändert. Die Außendarstellung dient nicht mehr primär der Generierung von Aufträgen, sondern es geht häufig um die Steigerung des Ertrags durch langfristige Zusammenarbeit mit Kunden, aber auch um die Gewinnung von Fachpersonal. Die zugrunde liegende Struktur wurde, wie in Abbildung 1 dargestellt, gewählt:

1 Vgl. BWI-Bau [Hrsg.], Ökonomie des Baumarktes, Düsseldorf, Springer Vieweg, 2013, S. 5-6.

2 Vgl. Zentralverband des Deutschen Baugewerbes [Hrsg.], BAUORG, Berlin. 1995, Kap. XIV Marketing.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

Abbildung 1: Struktur des Leitfadens



Quelle: Eigene Darstellung

Die konkrete Umsetzung der Maßnahmen erfordert stets eine Anpassung auf die eigene Firmen- und Marktstruktur. Hierbei kommt immer wieder die Verfügbarkeit von qualifiziertem Fachpersonal zum Tragen, weshalb dieser Thematik im Rahmen dieses Leitfadens größere Bedeutung zukommt. Aufgrund der guten Marktsituation und der bekannten Probleme bei öffentlichen Ausschreibungen, wird hier von privaten Auftraggebern als Zielgruppe der Kommunikations-Maßnahmen ausgegangen.

III. Grundlagen

1. Definition: Marketing

Das allgemein vorherrschende Verständnis von Marketing ist sehr eng gefasst. Klassische Werbung, wie Fernsehwerbung oder Sponsoring, werden häufig mit dem Begriff gleichgesetzt. Maßnahmen der direkten Kundenansprache oder der Platzierung von Waren bspw. in Supermärkten werden außerdem mit dem Begriff des Marketings assoziiert. In der Betriebswirtschaft gilt jedoch ein wesentlich breiteres Begriffsverständnis. Die „American Marketing Association" hat Marketing zum Beispiel wie folgt definiert:

> *„Marketing bezeichnet die Aktivitäten, die Institutionen und Prozesse zur Bildung, Kommunikation, Bereitstellung und zum Austausch von Angebo-*

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

ten, die für die Kunden, Klienten, Partner und für die Gesellschaft insgesamt einen Wert darstellen."[3]

Das heißt, Marketing umfasst alle absatzsteigernden Aktivitäten eines Unternehmens, Werbung, Marktanalyse und Produktentwicklung, aber auch Kommunikation und Preisbildung. In diesem Zusammenhang steht der Begriff „Marketing-Mix", bestehend aus Preis, Produkt, Vertrieb und Kommunikation. Allerdings ist der Baumarkt ein Dienstleistungsmarkt, es werden keine Produkte vertrieben. Der Preis ist selten das überwiegend ausschlaggebende Kriterium für einen privaten Auftraggeber in der Baubranche. Daher bleibt als wesentliche Stellschraube die Verbesserung der Kommunikation. Kommunikation umfasst dabei alle nach innen und außen gerichteten Maßnahmen, also nicht nur das Auftreten in der Öffentlichkeit, sondern auch gegenüber den Mitarbeitern. Der Fokus des Marketings liegt daher im Folgenden auf der Kommunikation in Form eines Kundenbeziehungs- und Mitarbeitermanagements.

2. Definition: Marketing-Budgetierung

In Abgrenzung zu anderen Leitfäden zum Marketing, wird in diesem Leitfaden von einem geringen Marketingbudget zur Umsetzung der geplanten Maßnahmen ausgegangen. Ein Budget ist dabei ein „meist kurzfristiger Plan" zur „Allokation von Ressourcen", worunter hier vor allem Zeit (Personalkapazität) und Geld fallen.[4] Marketing-Budgetierung ist vorliegend also die Entscheidung, wie viel Geld und Zeit pro Marketingkampagne aufgewendet werden kann und soll. Die Marketingkampagne wird hier als Projekt und nicht über einen gegebenen Zeitrahmen betrachtet.

3. Definition: Kleines Bauunternehmen

Gemäß der Definition der Europäischen Union gelten als kleine und mittlere Unternehmen (sog. KMU) Unternehmen mit weniger als 250 Mitarbeitern sowie Umsatzerlösen von unter 50 Mio. Euro oder einer Bilanzsumme

3 Vgl. Ziouziou, Bau-Marketing, De Gruyter Oldenburg, Oldenburg, 2010, S. 4.
4 Vgl. Springer Gabler, Gabler Wirtschaftslexikon, Abruf am 10.07.2017, unter: http://wirtschaftslexikon.gabler.de.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

von unter 43 Mio. Euro. Sowohl nach der Definition der Europäischen Union als auch nach dem Institut für Mittelstandsforschung gelten als kleine Unternehmen solche mit unter 50 Mitarbeitern sowie Umsatzerlösen von unter 10 Mio. Euro (EU auch Bilanzsumme). Unternehmen mit unter 10 Mitarbeitern werden als Kleinstunternehmen bezeichnet.[5] Zielgruppe dieses Leitfadens sind nach dieser Definition kleine Unternehmen, die darüber hinaus folgende Kriterien erfüllen:

Abbildung 2: Zielgruppe des Leitfadens

Quelle: Eigene Darstellung

Von Bedeutung sind an dieser Stelle vor allem die Merkmale des Auftragsgebiets sowie das geringe Marketing-Budget.

4. Definition: Effektivität von Werbung

Die Effektivität von Werbung wird durch den Zusammenhang zwischen Reichweite und Preis einer Werbemaßnahme bestimmt. Eine übliche Ein-

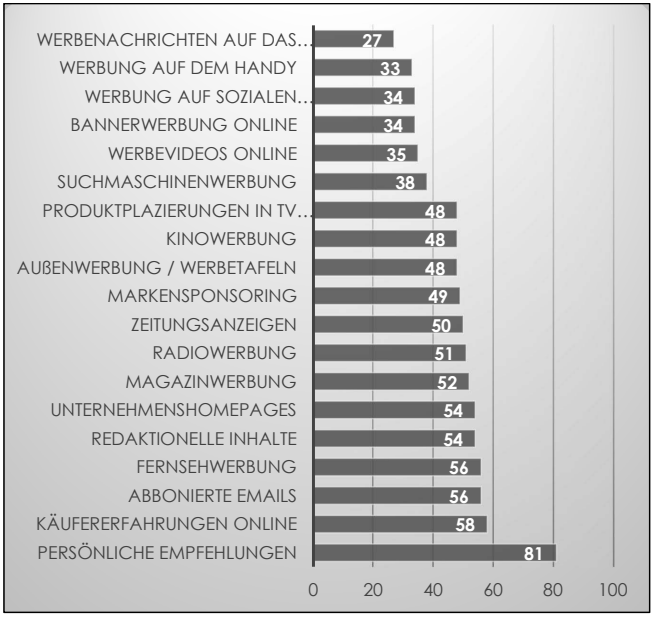
5 Vgl. Europäische Union, EU-Empfehlung 2003/361/EG, Abruf am 10.07.2017, unter: http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2003:124:0036:0041:de:PDF.; Institut für Mittelstandsforschung, KMU-Definition des IfM Bonn, Abruf am 14.05.2017, unter: http://www.ifm-bonn.org/definitionen/kmu-definition-des-ifm-bonn/.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

heit diese Effektivität zu messen, ist der Tausenderkontaktpreis (TKP). Dieser stellt den Preis einer Anzeige pro 1.000 erreichten Menschen da. Allerdings ist die Aussagekraft des TKP sehr eingeschränkt, da weder erfasst wird, ob die Werbung aktiv wahrgenommen, noch ob die Zielgruppe erreicht wird. Daher kann trotz einem geringeren TKP die Anzeige in einer kleinen regionalen Zeitung effektiver sein als bei einer Zeitung mit einer großen Reichweite.

Weiterhin wird das Vertrauen in ein Werbemedium ermittelt. Die Effektivität der Werbung wird hierbei daran gemessen, wie viele Prozent an Personen angeben, dass sie dem jeweiligen Werbemedium vertrauen. Ein Beispiel für einen solchen Vertrauensindex stellt Abbildung 3 da.

Abbildung 3: Vertrauen in Medien (in Anlehnung an: The Nielsen Company (US) LLC (2015): Nielsen Global Trust in Advertising Report September 2015, Abruf am 15.06.2017, unter: https://www.nielsen.com/content/dam/nielsenglobal/apac/docs/reports/2015/nielsen-global-trust-in-advertising-report-september-2015.pdf.).



Bis auf das große Vertrauen in die persönliche Empfehlung mit über 80 % gibt es nur bedingte Unterschiede zwischen den traditionellen Medien.

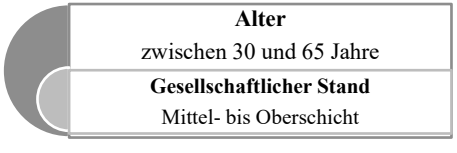
https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

Auch hier sind die Ergebnisse kritisch zu würdigen, u. a. da die Ergebnisse stark von der Zielgruppe, insbesondere vom Alter, abhängen.

5. Definition: Zielgruppe

Die Zielgruppe ist nach dem Gabler Wirtschaftslexikon die „Gesamtheit aller effektiven oder potenziellen Personen, die mit einer bestimmten Marketingaktivität angesprochen werden sollen“[6]. Zunächst wird das Marktsegment festgelegt, das überhaupt erreicht werden soll. Hauptzweck einer solchen Marktsegmentierung ist die Definition einer Zielgruppe, um daraus spezifische Marketingmaßnahmen ableiten zu können. Darüber hinaus können nur so die individuellen Bedürfnisse der Zielgruppe ermittelt werden.[7] Wichtig hierfür sind zum Beispiel das Alter oder die finanzielle Situation der Adressaten. Oder besteht ein Bedarf an Energiesparmaßnahmen oder barrierefreiem Bauen? Wie sehen die Trends innerhalb des Planungszeitraums aus? Zielgruppen gerichtete Werbung reduziert das benötigte Budget, um eine effektive Marketingkampagne umzusetzen. Dem potenziellen Kunden soll durch Abgrenzung von der Konkurrenz vermittelt werden, welchen Vorteil das Bauunternehmen für ihn stiftet. Der Leitfaden adressiert kleine, lokal agierende Bauunternehmen, weshalb die relevante Zielgruppe regelmäßig wie folgt aussehen wird:

Abbildung 4: Zielgruppe



Quelle: Eigene Darstellung

Anfang 2016 lebten rund 82 Millionen Menschen in Deutschland, wovon 45 Millionen zwischen 25 und 64 Jahre alt waren.[8] Gleichzeitig liegt die

6 Springer Gabler (Fn 4).
7 Vgl. Springer Gabler (Fn 4).
8 Vgl. Statista (2015): Bevölkerung - Zahl der Einwohner in Deutschland, Abruf am 15.06.2017, unter: www.statista.com/statistik/daten/studie/1365/umfrage/bevoelkerung-deutschlands-nach-altersgruppen/.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

Wohneigentumsquote in Deutschland bei 52,4 %.[9] Daraus lässt sich abschätzen, dass rund ein Viertel der Deutschen potenziell in der Zielgruppe liegt.

IV. Ist Marketing für kleine Bauunternehmen sinnvoll?

Um Marketing als Prozess zu verstehen, erfolgt zunächst die Definition einer Zielsetzung. Wie bereits aus der BAUORG bekannt, dient Marketing hauptsächlich dazu Aufträge, Kunden und Mitarbeiter zu gewinnen. Die Akquise von Aufträgen, vor allem aus dem privaten Sektor, galt zu jeder Zeit als oberste Priorität, insbesondere da in der Baubranche regelmäßig kein verkaufsfertiges Produkt vorgezeigt und angeboten werden kann. In den vergangenen Jahren kam als Ziel des Außenauftritts das Binden bestehender Kunden dazu. Einen Kunden zu halten, gilt als günstiger zu realisieren als einen neuen Kunden zu gewinnen. Wie sich auch im Vertrauensindex von Werbung zeigt, ist zudem die persönliche Empfehlung immer noch die effektivste Werbebotschaft. Außerdem ermöglicht eine langfristige Zusammenarbeit Synergien, die zu höheren Gewinnmargen und reibungslosen Abläufen führen können. Die Gewinnung und Bindung von Fachpersonal ist erst in jüngster Zeit in den Fokus der Werbung und Außenwirkung, vor allem in der Bauindustrie gerückt. Über die Zufriedenheit bisheriger Kunden, eine gute Kapazitätsauslastung sowie qualifiziertes Personal lassen sich im Ergebnis auch höhere Preise rechtfertigen und durchsetzen. Auch das ist ein Aspekt und Ziel des Marketings.

Klassisches Marketing, wie es in Lehrbüchern und an Universitäten gelehrt wird, ist ab einer gewissen Unternehmensgröße unumgänglich. Leider lassen sich die Konzepte nicht beliebig auf Kleinunternehmen herunterskalieren. Solche übertragenen Konzepte sind daher schlichtweg meist nicht praxistauglich. An dieser Stelle knüpft dieser Leitfaden an. In den folgenden Kapiteln werden Marketingmaßnahmen für lokal und regional agierende Bauunternehmer zusammengestellt, die mit den üblicherweise vorhandenen Geld- und Personalmitteln auch umgesetzt werden können.

9 Vgl. Europäische Kommission (2017): Wohnstatistiken, Abruf am 12.07.2017, unter: http://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php/Housing_statistics/de#Wohnbesitzverh.C3.A4ltnisse.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

V. Vorbereitung der Marketingkampagne

1. Marktforschung und Situationsanalyse

Die Maßnahmen müssen zunächst auf Basis der aktuellen Stellung des Unternehmens vorbereitet werden. Ausgangsbasis hierfür sind das vorhandene Wissen über den eigenen Markt und die Marktforschung. Dabei geht es um die „systematische Sammlung, Aufbereitung, Analyse und Interpretation von Daten über Märkte (Kunden und Wettbewerber) zum Zweck der Fundierung von Marketingentscheidungen".[10] Der Markt lässt sich innerhalb eines lokalen und regionalen Marktgebietes leicht eingrenzen. Im Anschluss ist zu klären, welche Daten berücksichtigt werden sollen. Eine Auswahl möglicher Faktoren ist in Abbildung 5 dargestellt.

Abbildung 5: Faktoren der Stellung am Markt.

Quelle: Eigene Darstellung

Die Beauftragung großer Marktforschungsinstitute ist für ein kleines Unternehmen selten verhältnismäßig. Die Informationsbeschaffung sollte daher lokal und unternehmensintern erfolgen. Die Informationsbeschaffung kann mittels Primärforschung, also über eine direkte Befragung der Marktteil-

10 Homburg, Grundlagen des Marketingmanagements, Springer Gabler Verlag, 5. Auflage, Wiesbaden, 2017, S. 60.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

nehmer erfolgen. Eine weitere Möglichkeit ist die sog. Sekundärforschung, bei der auf vorhandene Informationen, wie Statistiken und Fachveröffentlichungen, zurückgegriffen wird.[11] Denn zunächst ist zu bestimmen, welche Daten wie gesammelt werden sollen und können. Einige Methoden der Datenerfassung werden nachfolgend exemplarisch benannt. Nachfolgend finden sich einige Beispiele hierfür.

- Primärforschung (Kundenbefragung persönlich, am Telefon, per Email)
  - Bekanntheitsgrad:
    Als kleinere Firma bieten Umfragen im Auftragsgebiet einen guten Überblick darüber, wie gut das Unternehmen in der Zielgruppe bekannt ist.
  - Image
    Bezogen auf das Image machen auch Befragungen außerhalb der Zielgruppe Sinn.
  - Kundenzufriedenheit
    Die Zufriedenheit der Kunden kann über eine persönliche Befragung sowie per Email oder Telefon bei ehemaligen und jetzigen Auftraggebern ermittelt werden.
  - Kundenbedürfnisse
    Die Kundenbedürfnisse können im direkten Gespräch oder per Email ermittelt werden. Vorteil der Email ist, dass dem Kunden genug Zeit gelassen wird, über die Frage nachzudenken. Vorteil beim persönlichen Gespräch ist die Möglichkeit Verständnisfragen zu stellen.
  - Stärken und Schwächen der Konkurrenz
    Eine öffentliche Umfrage ist hierfür sinnvoll. Die Zielgruppe wird zur Zufriedenheit der Leistungserbringung anderer Bauunternehmen befragt. Hierbei sind Angaben zu konkreten Stärken und Schwächen (und deren Gewichtung durch den Kunden) zu erfassen.
  - Mitarbeiterzufriedenheit
    Lässt sich im persönlichen Gespräch oder über eine Art Fragebogen klären. Das Gespräch sollte außerhalb des Unternehmens während einer eher informellen Begebenheit gesucht werden.
- Sekundärforschung (Statistiken, Veröffentlichungen, sonstige Daten)
  - Marktanteil (interne/externe Informationen)
    Eigener Umsatz aus internen Statistiken im Vergleich zum geschätzten Umsatz aller Konkurrenzunternehmen im Gebiet.

11 Vgl. dazu ausführlich Homburg (Fn. 10), S. 66-77.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

- Zielgruppe (interne Kundenstatistiken)
  Interne Kundenstatistiken zeigen auf, wer Kunde des Unternehmens ist. Dazu gehören Alter, Geschlecht, Berufstätigkeit, Familienstand, etc.
- Kundenloyalität (interne Kundenstatistiken)
  Wie lange bleiben Kunden beim Unternehmen? Überwiegen Langzeitkunden oder vereinzelte Aufträge?
- Position der Konkurrenz im Markt (externe Informationen)
  Gibt es ein Konkurrenzunternehmen, das wesentlich mehr Kunden und Auf-träge hat? Welche Konkurrenzunternehmen sind umsatzstärker oder -schwächer?
- Anzahl der Konkurrenten am Markt (externe Informationen)
  Wie viele direkte Konkurrenten hat mein Unternehmen am Markt?

Neben der Datenermittlung über Primär- und Sekundärforschung sollten auch eigene Erfahrungswerte und Einschätzungen als Datenbasis herangezogen werden. Der Vorteil inhabergeführter Unternehmen ist gerade, dass der Inhaber selbst sein Unternehmen und den Markt, in dem er agiert, am besten kennt. Wichtig ist selbstverständlich die eigenen Annahmen immer wieder kritisch zu hinterfragen und dennoch weitere Meinungen einzuholen. Mögliche Überlegungen, die zur Auswahl der relevanten Daten aus diesen Bereichen anzustellen sind, können sein:

Marktsituation:

- Marktanteil –Wie hoch ist mein eigener Umsatz in Relation zum Gesamtumsatz im von mir bearbeiteten Gebiet? Liegen meine Aufträge in einem speziellen Segment?
- Bekanntheitsgrad – Wie bekannt ist meine Firma allgemein? Wie gut kennen die bestehenden Kunden mein Leistungsspektrum?
- Image – Wie ist mein Ruf in der Region? Gelte ich als billig, teuer, (un-)zuverlässig oder werden mir hauptsächlich zeitkritische Aufträge zugewiesen?

Kunden:

- Zielgruppe – Welche Kunden nutzen bisher meine angebotenen Leistungen? Handelt es sich dabei eher um Privatleute oder Gewerbekunden?
- Kundenzufriedenheit – Wie zufrieden sind die Kunden mit meinem Unternehmen? Sind sie mit dem Gesamtpaket, das ich anbiete, zufrieden oder nur mit speziellen Leistungen?

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

- Kundenloyalität – Sind meine Kunden treu und kommen mit neuen Aufträgen zu mir? Empfehlen mich meine Kunden weiter?
- Kundenbedürfnisse – Was erwartet der Kunde in Bezug auf die Leistungserbringung?

Konkurrenz:

- Position – Welche Marktsegmente bedienen meine Konkurrenten?
- Anzahl – Wie viele direkte Konkurrenten hat mein Unternehmen?
- Stärken und Schwächen – In welchen Bereichen der Leistungserbringung ist meine Konkurrenz besonders gut und in welchen schwächer als mein Unternehmen?

Die Schlussfolgerungen können dann in die Checkliste im Anhang übertragen werden. Auf Basis dieser Überlegungen werden die Marketingmaßnahmen später ausgewählt. Nachdem die Marktposition des Unternehmens geklärt ist, wird ermittelt, in welchen Bereichen Verbesserungspotenzial besteht. Dabei sollte betrachtet werden, welche Marketingmaßnahmen in der Vergangenheit bereits durchgeführt wurden und ob diese effektiv waren. Wurde bereits mit Flyern geworben, ohne dass dabei ein erkennbarer Nutzen entstanden ist, dann sollte analysiert werden, ob dies an der Werbebotschaft lag oder ob die gewünschte Zielgruppe nicht erreicht wurde. Wenn diese Fragen beantwortet sind, kann eine Marketingstrategie ausgearbeitet werden.

2. Festlegung der Marketingziele

Zunächst sollte festgelegt werden, welche Ziele die Marketingkampagne hat. Sollen der Umsatz, die Rendite oder die Bekanntheit gesteigert werden? Verfolgt die Steigerung der Bekanntheit in erster Linie das Ziel langfristig mehr Aufträge zu bekommen oder einfacher Personal anwerben zu können? Soll ein größeres Auftragsgebiet bearbeitet werden oder sollen in einer bestimmten Region mehr Aufträge generiert werden? Die geplanten Marketing-Maßnahmen sollten genau auf diese Zielsetzung abgestimmt werden.

Das Auftragsgebiet eines kleinen Bauunternehmens ist in der Regel lokal bzw. regional. Ab einer gewissen Entfernung übersteigt der Aufwand den Nutzen. Das optimale Auftragsgebiet ist das Gebiet, das noch wirtschaftlich bedient werden kann und soll. Gerade bei guter Auftragslage in der eigenen

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

Region, verkleinern Unternehmen ihr Auftragsgebiet tendenziell. Daher gilt es folgende Fragen zu klären.

- In welchem Gebiet liegen meine umsatzstärksten Auftraggeber?
- In welchem Gebiet liegen die meisten meiner Aufträge?
- Welcher ist mein am weitesten entfernter Auftraggeber?
- Welcher ist mein am nächsten liegender Auftraggeber?

Zeichnen Sie Ihre Aufträge ruhig in eine Landkarte ein. Durch die Analyse Ihrer Aufträge haben Sie die Möglichkeit das Marktgebiet in wichtige, erwünschte und notwendige Bereiche zu untergliedern. Die Entscheidung wo und wie Sie werben hängt davon ab. Vielleicht ist es einfacher in einem Gebiet, in dem Sie bereits aktiv sind, zusätzliche Aufträge und Mitarbeiter zu akquirieren. Nehmen Sie bereits eine weite Anfahrt zu ihrem umsatzstärksten Auftraggeber in Kauf, kann die Ansprache umliegender potenzieller Kunden sinnvoll sein. Mit Hilfe einer Kostenverteilung bereits abgeschlossener Aufträge, kann das Verhältnis von Auftragsgröße zu Logistikkosten ermittelt und somit eine grobe Regelung zur Annahme von besonders weit entfernten Aufträgen gefunden werden.

Ähnlich verhält es sich im Bereich der Marktsegmente. Auch hier ist zu definieren, ob eine bestimmte Leistung vermehrt ausgeführt werden soll oder ob ein breiteres Leistungsspektrum angeboten werden soll. Werden von bestehenden Kunden mehr Aufträge erhofft oder sollen neue Kunden geworben werden? Auch spielt es eine Rolle, ob mehr Marktanteil (Umsatz) zu langfristigen Gewinnen führen soll oder ob die laufenden Leistungen rentabler werden sollen.

Beim Personal ist zu entscheiden, ob akuter Bedarf besteht oder ob langfristig einem Mangel entgegengewirkt werden soll. Je nach eigenem Marktsegment muss das Team mehr oder weniger unterschiedliche und hochwertige Qualifikationen haben. Bei einem anspruchsvollen Marktsegment spielt die Mitarbeiterbindung eine sehr große Rolle. Werden überwiegend einfache, gleichbleibende Leistungen erbracht und müssen diese vor allem kostengünstig sein, geht es vermehrt um die kurzfristige Verfügbarkeit von Personal nach Bedarf.

Eine Checkliste zur Definition der Zielgruppe, des Marktgebiets und ihrer persönlichen Motivation findet sich im Anhang dieses Leitfadens.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

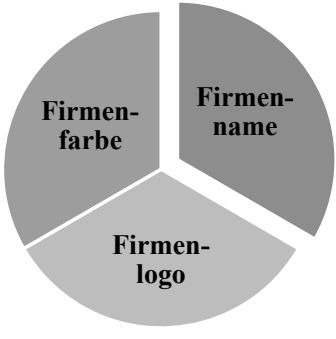
3. Marketing-Strategie

Soll eine Marketingkampagne erfolgreich sein, muss diese einem bestimmten Plan folgen. Marketing ist nur effektiv, wenn durchgeführte Werbemaßnahmen aufeinander abgestimmt sind und durch ein einheitliches Auftreten des Unternehmens diesem zugeordnet werden können.

a) Erscheinungsbild des Unternehmens

Das Erscheinungsbild des Unternehmens umfasst alle äußerlichen Merkmale, an denen der Kunde das Unternehmen am Markt wiedererkennt. Dazu gehören:

Abbildung 6: Erscheinungsbild des Unternehmens



Quelle: Eigene Darstellung

Die Firmierung muss bereits bei Gründung des Unternehmens festgelegt werden. In vielen Fällen ist zu dieser Zeit der Markt und die spätere Größe des Unternehmens erst grob abgeschätzt worden. Daher wird häufig der eigene Name in den Firmennamen eingebracht. Den Namen einfließen zu lassen, ist eine einfache und effektive Möglichkeit sein Unternehmen von anderen vergleichbaren Unternehmen abzuheben. Bei schwer zu buchstabierenden Namen sollte allerdings über eine Alternative nachgedacht werden.

Beispiel: Fliesenleger Pietrzak → schwierig zu merken / buchstabieren

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

Statt der Verwendung des eigenen Namens besteht die Möglichkeit den Namen eines nahen Ortes oder einer Sehenswürdigkeit zu verwenden. Das Unternehmen erhält somit einen lokalen Bezug.

Beispiel: Mauerbau Brasselsberg → lokaler Bezug

Die Branche des Unternehmens in den Firmennamen einzubauen, macht es für Ritte einfacher, vom Namen auf den Zweck des Unternehmens zu schließen. Dabei sollte jedoch darauf geachtet werden, den Namen nicht zu speziell zu wählen, damit das Leistungsspektrum der Firma nicht im Vorhinein eingegrenzt wird.

Beispiel: Teichbau Lehmann → möglicherweise zu speziell

Allgemein sollten Firmennamen nicht zu lang oder kompliziert sein. Potenzielle Kunden haben sonst Probleme sich den Namen zu merken oder die aus der Werbung bekannten Informationen wiederzufinden. Aus diesem Grund sollte der Firmenname auch immer mit einem Firmenlogo kombiniert werden, die Kombination mit einem Bild, wie in Abbildung 7 dargestellt, ist einprägsamer.

Abbildung 7: Logos verschiedener Bauunternehmen

Quelle: Google Bilder

Außerdem sollten die Firmenfarben festgelegt werden, da diese für das Firmenlogo wichtig sind. Die Firmenfarben können eine große Rolle spielen, denn Farben haben unterschiedliche Wirkungen und Assoziationen. Rot ist auffällig, Blau dagegen wirkt seriöser und Grün beruhigend. Coca-Cola verwendet viel Rot, da es einen hohen Wiedererkennungswert hat. Das Logo der AOK ist stark von einem dunklen Grün geprägt, da Grün für die Natur und Gesundheit steht. Blau wird unter anderem viel von Banken

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

verwendet, wie der Deutschen Bank, da so dem Kunden ein Gefühl der Sicherheit vermittelt werden soll.

Die Farbe Rot ist bei Bauunternehmen verbreitet, oft in der Kombination mit Schwarz. Rot wird häufig verwendet, weil es mit Ziegelsteinen oder Dächern assoziiert wird. Durch die Wahl dieser Symbole stellt der Kunde automatisch eine Verbindung zwischen Logo und Beruf her. Anhand der Eigenschaften der Farben und bestehender Unternehmen kann geschlussfolgert werden, dass die Farben Rot, Schwarz und Blau sich als Firmenfarben für Bauunternehmen gut eignen.

Das Firmenlogo ist eines der wichtigsten Wiedererkennungsmerkmale und damit zur Steigerung des Bekanntheitsgrades des Unternehmens unerlässlich. Es befindet sich an den eigenen Gebäuden, Arbeitskleidung, Firmenfahrzeugen und in jeder Art von Werbung für das Unternehmen.

Ein professionell erstelltes Firmenlogo mit 3 Entwürfen ist bereits für circa 110 € im Internet erhältlich.[12] Dabei werden grobe Vorstellungen zum Design des Logos an den Anbieter übermittelt und Entwürfe von diesem erstellt. Bei einer gewünschten Anpassung entstehen weitere Kosten. Mit einem Budget von circa 300 € kann eine größere Anzahl von Entwürfen beauftragt werden.[13]

Ein einheitliches Erscheinungsbild unter Verwendung der definierten Farben und des Firmenlogos garantiert ein professionelles Auftreten des Unternehmens am Markt und sichert letztendlich die Steigerung des Bekanntheitsgrades. Es muss in allen Kommunikationsbereichen des Unternehmens Anwendung finden. Logos und Farben finden sich auch wieder an:

- Briefen und Emails
- Firmenkleidung
- Firmenfahrzeugen
- Firmengebäuden
- allen anderen Werbeträgern

12 Vgl. Logo24 (2017): Logodesign Angebote, Abruf am 05.06.2017, unter: http://logo24.de/logodesign-angebote/. - 107,10€ für 3 Entwürfe (Nachkorrekturen 15 € pro Änderung).

13 Vgl. Designenlassen.de - Marktplatz für Kreativdienstleistungen GmbH (2017): Preise für Kategorie Logo-Design, Abruf am 15.06.2017, unter: https://www.designenlassen.de/preise/. - Minimumdesign (40 bis 50 Entwürfe): 278,46 € (inkl. Geld-zurück-Garantie).

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

Um eine Marketingkampagne starten zu können, sollten daher vorher bereits unbedingt Firmenname, -farbe und -logo festgelegt werden. Im Idealfall ist dies bereits bei Gründung des Unternehmens erfolgt.

b) Botschaft der Werbung

Nicht nur die Reichweite von Werbung ist relevant, wenn es darum geht, ob eine Werbekampagne erfolgreich ist. Das gleiche Marketingbudget und die gleiche Maßnahme können trotzdem unterschiedlich erfolgreich sein, wenn die Kunden die beabsichtigte Botschaft nicht erhalten. Eine Botschaft muss die Gefühle der Menschen beeinflussen.

Ein bekanntes Beispiel sind Bilder von hungernden Kindern in Afrika, welche das Mitgefühl wecken sollen, um die Spendenbereitschaft für gemeinnützige Organisationen zu erhöhen. Eine andere Möglichkeit ist das Zeigen von (angeblich) authentischen Kundenmeinungen, wodurch dem Kunden Vertrauen in das Produkt vermittelt wird. Manchmal hat die Botschaft auch überhaupt nichts mit dem Produkt zu tun. Besonders lustige (oder allgemein unvergessliche) Marketingmaßnahmen führen dazu, dass sich der Kunde an das Unternehmen im Zusammenhang mit der Werbung erinnert. Diese Art von Botschaft hat zusätzlich die Chance „viral" zu werden. Das bedeutet, dass ein Beitrag im Internet und vor allem in den sozialen Netzwerken von begeisterten Menschen verbreitet wird und somit eine hohe Zahl an potentiellen Kunden erreicht.

Welche Eigenschaften der Kunde vom Unternehmen erwartet, wird in der Marktforschung unter „Kundenbedürfnisse" zusammengefasst. Abhängig von den Antworten der Kunden sollte die Botschaft angepasst werden, um dessen Wünschen zu entsprechen. Es ist wichtig, dass sich die Botschaft durch alle Marketingkampagnen hindurch zieht. Somit wird der Kunde immer wieder an diese erinnert. Beispielsweise kann die Botschaft eines Bauunternehmens „Seriosität und Pflichtbewusstsein" sein. Dann müssen Poster, Flyer, Radio- und Zeitungswerbung so gestaltet und platziert werden, dass der Kunde diese Eigenschaften mit dem Unternehmen verbindet.

Hinweis: Wenn ein Grafikdesigner engagiert wird, um Flyer, Poster etc. zu erstellen, können diesem die gewünschten Eigenschaften genannt werden. Professionelle Designer haben Erfahrung darin, eine bestimmte Botschaft zu vermitteln. Gleiches gilt für Agenturen, die Fernseh- oder Radiospots anfertigen.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

VI. Planung von Marketing-Maßnahmen

1. Traditionelle Medien

Traditionelle Medien sind Fernsehen, Radio sowie klassische Printmedien, wie Zeitungen und Werbetafeln. Für diese Medien sind regelmäßig konkrete Angaben der Anbieter zu Preisen und ihrer Reichweite verfügbar.

a) Fernsehwerbung

Die Kosten für Fernsehwerbung beispielsweise hängen von der Bekanntheit des Senders, der Sendezeit und der Einschaltquote, aber auch der Länge des Spots, ab. Fernsehwerbung zu schalten ist nicht nur mit hohen Kosten verbunden, sondern auch mit viel Aufwand, um den Werbespot zu produzieren. Die Hauptkosten bei einem Werbespot verursacht der Dreh. Für diesen lassen sich die Kosten im Vorfeld nur bedingt abschätzen. Insbesondere bei überregionalen Sendern sind die Kosten sehr hoch und die Reichweite ist wenig zielgruppengenau. In einigen Regionen besteht die Möglichkeit bei einem regionalen Sender, wie dem Rhein-Main-TV, zu werben. Diese Werbeplattform ist auch bei kleineren Bauunternehmen sehr beliebt. Allerdings eher in Form einer Werbeanzeige im Fernsehen als durch einen Werbespot.

Die Effektivität von Fernsehwerbung wird, wie bereits dargestellt, als Tausenderkontaktpreis angegeben. Zur Verdeutlichung findet sich in Tabelle 1 ein Vergleich der Reichweiten und Preise von RTL und Offenbach-TV.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

Tabelle 1: Vergleich der Effektivität von Fernsehwerbung (Quelle: Angaben der Sender, u. a. Grzeschik, D. (2012): Quotencheck - Wer wird Millionär?, Abruf am 16.06.2017, unter: http://www.quotenmeter.de/n/57153/quotencheck-wer-wird-millionaer.

RTL – „Wer wird Millionär"

Durchschnittsreichweite	Kosten pro 30 sek	TKP
7,5 Mio.	60.000 €	8,00 €

OF – TV

Maximalreichweite	Kosten pro 30 sek	TKP
229.000	150 €	0,66 €[14]

Im Vergleich kosten bei OF-TV, einem lokalen Sender in Hessen (Kreis Offenbach), 10 Werbesekunden nur 50 €. Somit würde eine Fernsehkampagne über 2 Wochen mit 4 Ausstrahlungen pro Tag mit einer 30 Sekunden langen Werbung 8.400 € kosten. Sofern ein regionaler Sender verfügbar ist, kann eine Anzeige dort sehr sinnvoll sein, um Kunden oder Personal zu finden.

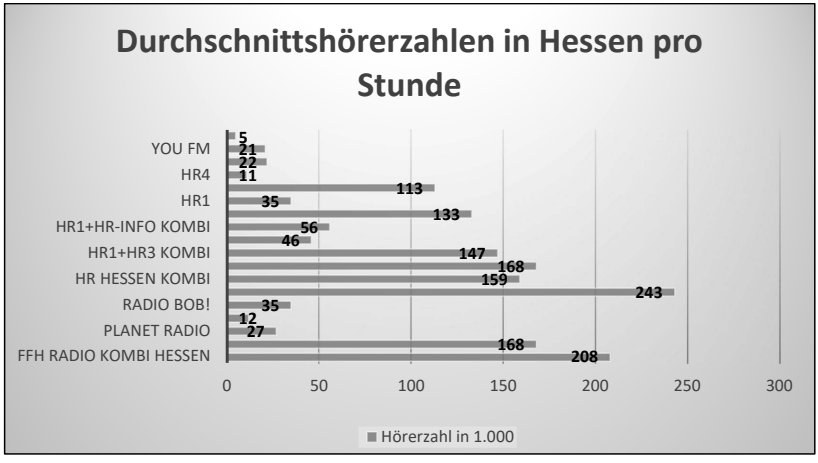
b) Radiowerbung

Radiowerbung hat den Vorteil stets eine lokale, regionale Reichweite zu haben, sofern es sich nicht um Internetradio handelt. Die höchste Durchschnittshörerzahl in Hessen hat FFH Radio Kombi Hessen mit bis zu 900.000 Hörern pro Stunde. Auf die Zielgruppe der 30-59-jährigen bezogen ergeben sich für die hessischen Radiosender, die in Abbildung 8 dargestellten, durchschnittlichen stündlichen Hörerzahlen.

14 Preis für Maximalreichweite, die Durchschnittsreichweite wird nicht angegeben.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

Abbildung 8: Durchschnittshörerzahlen in Hessen

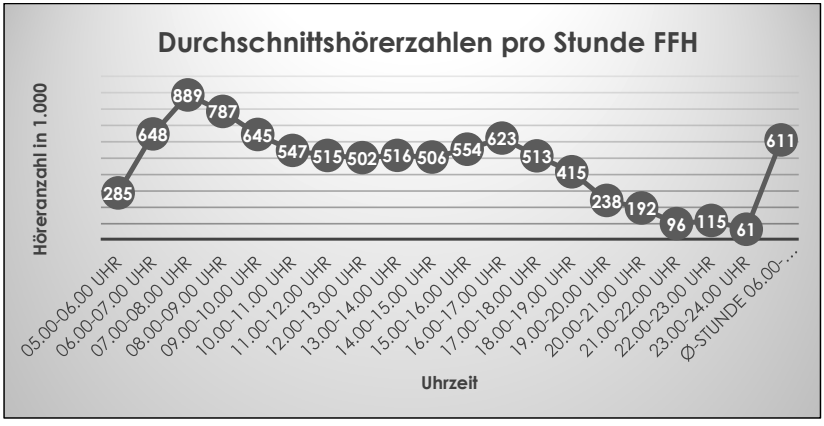


Quelle: ARD-Werbung SALES & SERVICES GmbH (2017): Hörer pro Ø-Stunde, unter: https://www.reichweiten.de/#hpd_cma.).

Wichtig ist bei Radiowerbung vor allem die Sendezeit. Die meisten Leute hören Radio beim Frühstück oder auf dem Weg zur Arbeit. Daher ist es nicht erstaunlich, dass die größte Hörerzahl unter der Woche morgens von 7 bis 8 Uhr erreicht wird. Am Wochenende schieben sich die Zeiten etwas nach hinten. Die Verteilung zeigt Abbildung 9. Gerade bei Radiowerbung ist es daher wichtig, die zur Zielgruppe passende Sendezeit zu nutzen. Außerdem schwankt vor allem die Altersstruktur der Hörer stark in Abhängigkeit vom Sender.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

Abbildung 9: Hörerzahl nach Uhrzeit für FFH Radio Kombi Hessen



Quelle: ARD-Werbung SALES & SERVICES GmbH (2017): Hörer pro Ø-Stunde, unter: https://www.reichweiten.de/#hpd_cma.).

Die Kosten für Radiowerbung werden ebenfalls als Tausenderkontaktpreis angegeben. Der durchschnittliche Tausenderkontaktpreis der hessischen Radiosender, bezogen auf die 30-59-Jährigen beträgt 7,84 Euro. Das bedeutet, dass es rund 8 Euro kostet eine Person zu erreichen. Auch hier gilt die Einschränkung, dass die Hörer nicht zwingend die Werbung auch wahrnehmen oder in der Zielgruppe liegen. Eine umfassende Übersicht nach 30-Sekundenpreis und Tausenderkontaktpreis zeigt Tabelle 2.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

Tabelle 2 Tausenderkontaktpreise für hessische Radiosender (Quelle: ARD-Werbung SALES & SERVICES GmbH (2017): Hörer pro Ø-Stunde, unter: https://www.reichweiten.de/#hpd_cma.).

Hessen	30 Sek.-Preis	TKP (30-59 Jahre)
FFH Radio Kombi Hessen	1.920,00 €	6,42 €
HIT RADIO FFH	1.495,00 €	6,27 €
planet radio	410,00 €	10,78 €
harmony.fm	295,00 €	13,20 €
RADIO BOB!	363,75 €	8,24 €
RMS RADIO KOMBI HESSEN	2.300,00 €	6,70 €
hr Hessen Kombi	1.635,00 €	5,73 €
hr 14-49 Kombi	1.512,50 €	5,52 €
hr1+hr3 Kombi	1.220,00 €	4,89 €
hr1+hr4 Kombi	868,75 €	7,48 €
hr1+hr-iNFO Kombi	571,25 €	5,07 €
hr3+YOU FM Kombi	1.182,50 €	6,11 €
hr1	415,00 €	5,16 €
hr3	882,50 €	5,22 €
hr4	500,00 €	14,04 €
hr-iNFO	197,50 €	6,15 €
YOU FM	402,50 €	16,37 €
Ø	**951,25 €**	**7,84 €**

Radiowerbung gilt als seriöses Medium mit einem Vertrauensindex von 51. Radiowerbung bietet sich daher ebenfalls an, sollte jedoch ausreichend häufig geschaltet werden, um beim Hörer in Erinnerung zu bleiben.

c) Außenwerbung

Anzeigetafeln, Flyer und Litfaßsäulen sind klassische Träger von Außenwerbung. Einerseits ist diese Art von Werbung verhältnismäßig günstig, andererseits ist eine zielgruppen-gerichtete Werbung schwierig. Die Effektivität der Außenwerbung kann gesteigert werden, indem der Ort der Werbung bewusst gewählt wird. Die Auslage von Flyern kann beispielweise in einem Baumarkt erfolgen. Dieses Vorgehen wirkt auch vertrauenswürdiger als eine unspezifische Verteilung an Haushalte.

Bandenwerbung ist eine weitere Form der Außenwerbung. Dabei wird Werbung auf den Banden von Stadien oder Spielfeldern angebracht. So kann, wie beim Sponsoring, der Sportclub unterstützt werden und gleichzeitig eine Verbindung zwischen der Mannschaft und dem eigenen Unternehmen hergestellt werden. Eine direkte Verbindung zwischen Branche des werbenden Unternehmens und dem Sportverein ist dazu nicht ausschlagge-

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

bend. Bandenwerbung für den lokalen Fußballverein wird in der Regel für eine Saison gebucht.

Beim FC Alsbach aus der Gemeinde Alsbach-Hähnlein kostet eine Bandenwerbung insgesamt 481,26 € (Druck 231,26 € + Bandenmiete 250 €). Die Werbung wird auf ein 300 x 75 cm großes Plakat gedruckt und hängt dann für ein Jahr an der Westseite des Spielfeldes. An diesem Beispiel lässt sich zeigen, wie schwierig die erreichten Personen zu ermitteln sind. Das Stadion FC Alsbach hat eine Kapazität von 3.000 Menschen.[15] Die Stadt Alsbach-Hähnlein hat eine Bevölkerungsanzahl von 9.299 Menschen (Stand 2015)[16]. Wie viele Menschen das Stadion jährlich besuchen ist nur schwierig abschätzbar.

Speziell für Bauunternehmen gibt es die Möglichkeit der Baustellenwerbung. Dazu werden am Bauzaun Plakate mit dem eigenen Firmenlogo und den Kontaktdaten angebracht. Es sollte allerdings unbedingt auf das Auftreten der Mitarbeiter und ein ordentliches Aussehen der Baustelle geachtet werden. Passanten können so eine direkte Verknüpfung zwischen angebotener Leistung und dem Unternehmen herstellen. Die Kosten für Bauzaunplanen der Größe von 340 cm x 170 cm aus Latex belaufen sich auf rund 50 €.[17] Hier sollte der Bauunternehmer insbesondere bei bestehenden Auftraggebern bei Vertragsschluss darauf hinwirken, Baustellenwerbung anbringen zu dürfen. Auch an der Baustelle parkende mit Werbeaufdrucken versehene Firmenfahrzeuge erfüllen diesen Zweck.

Die Kosten von Außenwerbung hängen weitgehend von der Qualität der genutzten Werbeträger ab. Werbung an 306 Litfaßsäulen im Landkreis Kassel kosten für 10,5 Tage insgesamt 1.585,50 € zzgl. Druckkosten. Tausend Flyer können bereits für unter 20 € gedruckt werden.[18] Wichtig für alle Arten der Außenwerbung ist, dass zusätzlich zu den dargestellten Preisen Agenturkosten anfallen. Preise hierfür unterscheiden sich stark je nach

15 Vgl. Europlan Online (2017): Sportplatz am Hinkelstein - *Alsbach-Hähnlein*, Abruf am 21.06.2017, unter: http://www.europlan-online.de/sportplatz-am-hinkelstein/verein/145.

16 Vgl. Hessisches Statistisches Landesamt (2015): Hessische Gemeindestatistik 2015, Abruf am 18.07.2017, unter: https://www.destatis.de/GPStatistik/servlets/MCRFileNodeServlet/HEHeft_derivate_00005327/HGSt_j15_2kA.pdf;jsessionid=062445227B938363EB6B5CF0368013F9.

17 Vgl. Schmidt Digitaldruck GmbH (2017): Bauzaunplanen Drucken, Abruf am 20.06.2017, unter: https://www.digitaldruck-fabrik.de/werbeplanen-bannerdruck/bauzaunplanen.aspx.

18 Vgl. DIVA Werbung GmbH (2017): Digital-, Offset- oder Rollendruck?, Abruf am 14.07.2017, unter: http://www.diva-werbung.de/de/drucken/.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

Anbieter. Es muss mit einem Stundensatz von etwa 30 bis 70 €, bei einem Arbeitsaufwand von 3 bis 6 Stunden, gerechnet werden.[19]

Außenwerbung sollte in jedem Fall genutzt werden, da sie einfach zu erstellen und relativ günstig ist. Im Vergleich zur Radio- und Fernsehwerbung ist das Risiko, dass die Werbung zwar wahrgenommen, aber vergessen wird geringer, da die Werbung zum Beispiel abfotografiert werden kann.

2. Neue Werbung

a) Homepage

Das Internet bietet vielfältige Möglichkeiten zu werben, wie eine eigene Homepage, die Suchmaschinenoptimierung und Werbebanner. Die beliebteste Möglichkeit ist die Homepage. Sie kann individuell gestaltet werden und es kann von anderen Werbebotschaften auf die Homepage verwiesen oder gar weitergeleitet werden. Weitere Vorteile einer eigenen Firmenhomepage sind:

- Die Homepage ist die moderne Visitenkarte des Unternehmens.
- 79 % der Menschen nutzen das Internet, es kann folglich eine breite Masse erreicht werden
- Öffnungszeitenunabhängige Erreichbarkeit für den Kunden
- Einfache Aktualisierbarkeit
- Komplexere Sachverhalte lassen sich leichter erklären als bspw. am Telefon
- Möglichkeit Bilder zur Verfügung zu stellen
- Relativ günstig

Die Kosten für eine Homepage können stark variieren. Von der selbsterstellten zur professionellen Webseite gibt es einen großen Spielraum. Daher sollte darauf geachtet werden, dass der Auftritt qualitativ hochwertig ist und mit der Unternehmensphilosophie in Einklang steht. Auch für unerfahrene Anwender sind Homepages mittlerweile einfach mit Baukästen zu erstellen.

19 grafiker.de (2017): Projektkalkulator, Abruf am 10.07.2017, unter: http://www.grafiker.de/projektrechner.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

Ein Beispiel für ein Angebot für eine selbsterstellte Homepage findet sich in Abbildung 10.

Abbildung 10: Homepagebaukasten von STRATO

(Quelle: STRATO AG (2017): Homepage selbst erstellen, Abruf am 22.06.2017, unter: https://www.strato.de/homepage-baukasten/momepage-selbst-erstellen/.).

Die Kosten für eine solche Homepage belaufen sich auf etwa 50-80 € pro Jahr. Demgegenüber bedarf das Gestalten sowie das weitere Aktualisieren einer gewissen Kreativität und mehr oder minder viel Zeit. Daher ist es häufig sinnvoll eine professionelle Homepage erstellen zu lassen. Professionelle Anbieter verlangen für die Erstellung der Homepage meist eine zeit- und aufwandsabhängige Vergütung. Für den weiteren Unterhalt der Seite gibt es Tarife mit Festpreis inklusive geringen monatlichen Kosten oder mit einem höheren monatlichen Preis, wie in Abbildung 11 dargestellt.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

Abbildung 11: Preisliste Homepage Helde

	Starter	Basic	Complete	CMS	CMS Pro	CMS Business	CMS Enterprise
Einmaliger Festpreis: monatliche Serverkosten:	399€ +5€/Monat	899€ +5€/Monat	1199€ +5€/Monat	1.599€ +10€/Monat	1.999€ +10€/Monat	2.499€ +15€/Monat	3399€ +15€/Monat
	Anfragen	Anfragen	Anfragen	Anfragen	Anfragen	Anfragen	Anfragen
Seiten	1	3	6	6 +	11 +	15 +	15 +
Individuelles Design	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓
Domain	1	1	1	1	1	1	1
E-Mail	3	3	3	5	5	15	15
Lizenzfotos	☑	2	5	6	11	15	15
Besucherstatistik	x	x	✓	✓	✓	✓	✓
Kontaktformular	x	x	✓	✓	Erweitert	Erweitert	Erweitert
Lightbox Bildervergrößerung	x	x	x	✓	✓	✓	✓
Suchmaschinenoptimierung	x	x	x	x	✓	✓	✓
Google Karte	x	x	x	x	✓	✓	✓
Animierte Dia-Show	x	x	x	x	✓	✓	✓
Sitemap Seitenübersicht	x	x	x	x	✓	✓	✓
Audio-/Video Einbindung	x	x	x	x	x	✓	✓
Geschützter Bereich	x	x	x	x	x	✓	✓
Zusätzliche Sprache	x	x	x	x	x	✓	✓
Homepage Suchfunktion	x	x	x	x	x	x	✓
Newsletter Anmeldung	x	x	x	x	x	x	✓
Responsive Design	☑	☑	☑	☑	☑	☑	✓
☑ optional hinzubuchbar	Anfragen	Anfragen	Anfragen	Anfragen	Anfragen	Anfragen	Anfragen

Quelle: Homepage Helden GmbH (2017): Unsere günstigen Homepage Preise, Abruf am 22.06.2017, unter: www.homepage-helden.de/preise/.)

Neben der eigenen Homepage im klassischen Sinne, besteht natürlich die Möglichkeit auf den Internetauftritten anderer Unternehmen zu werben. Dies kann mittels Weiterleitungen, YouTube-Videos, Empfehlungen oder fachlichen Beiträgen geschehen. Eine verbreitete Möglichkeit ist der Werbebanner.

b) Werbebanner

Jedem Internetnutzer sind solche Werbebanner bekannt. Sie können sich am Kopf- oder Fußende, links oder rechts einer beliebigen Seite befinden. Besonders aufdringliche Anzeigen erscheinen mitten auf dem Bildschirm und müssen erst geschlossen werden. Werbebanner bieten die Möglichkeit (relativ) gezielt Werbung an bestimmte Personengruppen zu adressieren.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

Dies geschieht über die Auswahl der werbetragenden Webseite. Banner sind dabei in der Regel in grellen Farben und großen Buchstaben gehalten, um die Aufmerksamkeit des Kunden zu erwecken.

Internetseiten sind von überall her erreichbar, das bedeutet, dass als regionales Unternehmen darauf geachtet werden muss, dass die Werbebanner vor allem auf Webseiten erscheinen, die von Menschen aus der Region besucht werden. Beispiele dafür sind die Internetseite der Stadt oder Kommune, Internetseiten von lokalen Geschäften oder dem städtischen Schwimmbad. Auch hier gilt es, die eigene Zielgruppe im Blick zu haben. Bei vor allem großen und professionell betriebenen Internetseiten liegen meist demographische Daten vor, da diese Informationen über ihre Nutzer sammeln.

Zusätzlich besteht die Option von personalisierter Werbung. Diese funktioniert über das Sammeln von Präferenzen durch Unternehmen, wie Facebook oder Google, anhand von Suchmustern und persönlichen Interessen. Wird bei Amazon nach Fliesen gesucht, schaltet Google anschließend Werbung zu diesem Produkt. Bei personalisierter Werbung kann die gewünschte Kundengruppe zielgerichtet erreicht werden.

Je nach Größe der Internetseite, auf der ein Banner geschaltet werden soll, steigt der Preis. Die Kosten für Werbebanner werden über zwei Methoden berechnet, den Tausenderkontaktpreis oder das Kosten-pro-Klick-Modell. Beim Tausenderkontaktpreis wird ein fester Preis pro 1.000 angezeigten Bannern gezahlt. Beim Kosten-pro-Klick-Modell fallen erst Kosten an, wenn der potenzielle Kunde auf das Banner klickt und somit auf die Firmenhomepage weitergeleitet wird.

Für personalisierte Werbung, z. B. auf Facebook, gibt es ebenfalls diese beiden Abrechnungsmodelle. Beim Kosten-pro-Klick Modell entscheidet Facebook über das Gebots-Prinzip, welche Werbung veröffentlicht wird. Das geringste Gebot liegt bei 1 Cent pro Klick. Als grober Richtwert kann von circa 50 Cent Kosten pro Klick ausgegangen werden. Dieser Betrag ist allerdings stark davon abhängig, wie viel Werbung geschaltet wird und welche Zielgruppe erreicht werden soll.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

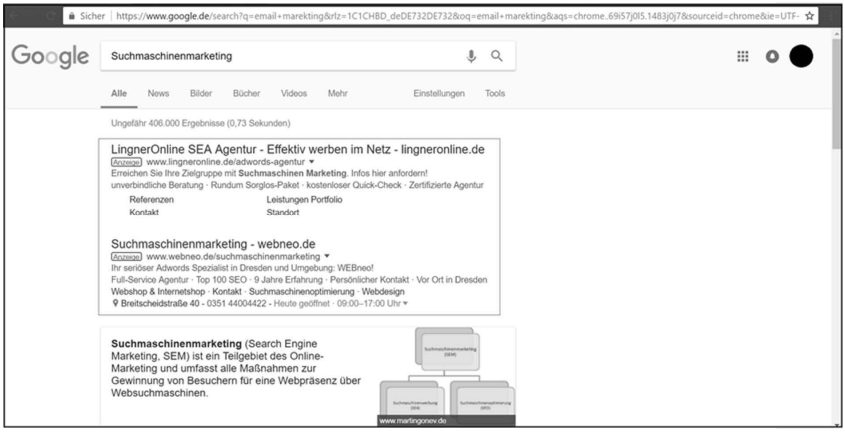
c) Suchmaschinen-Marketing

Das Suchmaschinen-Marketing wird in zwei Bereiche unterteilt:

- Suchmaschinenwerbung
- Suchmaschinenoptimierung

Suchmaschinenwerbung ist Werbung innerhalb der Suchmaschine. Das bekannteste Beispiel ist Google. Über Schlüsselwörter wird spezialisierte Werbung angezeigt. Google zeigt auch Informationen zum Suchmaschinenmarketing sowie darauf spezialisierte Firmen an, wie in Abbildung 12 zu sehen ist.

Abbildung 12: Suchmaschinenwerbung bei Google



Quelle: Google

Der Vorgang einen Platz weit oben auf der Google Trefferliste zu erhalten, wird Suchmaschinenoptimierung (SEO – Search Engine Optimization) genannt. Laut einer Studie von Capyhon aus dem Jahr 2014, klicken 30 % der Nutzer das erste angezeigte Suchergebnis an. Ergebnisse auf zweiter und dritter Position werden zu 14 % bzw. 10 % geklickt. Insgesamt entscheiden sich 71 % aller Nutzer für ein Ergebnis der ersten Suchergebnisseite von Google. Damit zeigt sich, wie wichtig es ist auf der ersten Seite zu erscheinen und dort auf einem der obersten Plätze.

Die Grundlage für Suchmaschinenwerbung auf Google bietet der Service Google AdWords (übersetzt: Google Werbungswörter). Die Kosten werden pro Klick auf die Anzeige berechnet. Wie viel ein Klick kostet, wird für je-

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

des benutzte Schlüsselwort in einem Auktionsverfahren von Google errechnet. Der Werbetreibende bestimmt einen Maximalpreis pro Schlüsselwort, den er bereit ist zu zahlen, wenn durch die Suche nach diesem Schlüsselwort ein Klick auf die Anzeige generiert wird. Dieses sogenannte Klickgebot beeinflusst die Position der Anzeige - mit dem wichtigen Zusatz, dass ein hohes Gebot nicht garantiert, dass die Anzeige geschaltet wird. Denn auch qualitative Merkmale bestimmen, ob Google die Werbung anzeigt oder nicht. Zur Kontrolle des eigenen Budgets ermöglicht es Google einen Maximalbetrag pro Tag festzulegen. Bei Erreichen des Maximalbetrags wird die Anzeige nicht mehr geschaltet und es fallen keine weiteren Kosten an. Um zu verhindern, dass falsche Klicks mittels Computerprogrammen erzeugt werden, nutzt Google entsprechende Software zur Erkennung.

Die Kosten für eine Suchmaschinenoptimierung variieren abhängig von gewünschten Schlüsselwörtern. Zusätzlich spielt die Größe der Internetseite eine Rolle. Der Prozess der Suchmaschinenoptimierung ist undurchsichtig. Deshalb bietet sich das Beauftragen eines Spezialisten an. Die auf Suchmaschinenoptimierung spezialisierte Firma SISTRIX gibt folgende Preise an:

- Tagessätze zwischen 500 und 3.000 €
- Pauschalpreise für eine Keyword-Recherche zwischen 200 und 1.500 €
- Pauschalpreise für eine Konkurrenzanalyse zwischen 200 und 1.500 €
- Pauschalpreise zur professionellen Steigerung der Linkpopularität zwischen 500 und 5.000 €
- Ranking-/Traffic-abhängiger Preis: Der Preis orientiert sich an dem Klickpreis, der beim Keyword-Advertising in Google AdWords gezahlt werden muss und liegt in der Regel rund ein Drittel unter diesem Klickpreis. [20]

d) Sponsoring

Sponsoring bezeichnet das Unterstützen einer Person, Gruppe oder Organisation durch Geld-, Sach- oder Dienstleistungen im Austausch für die Repräsentation des Unternehmens. Die prominentesten Beispiele für Sponsoring sind im Sport zu finden. Die Teams, beispielsweise Fußballclubs, genießen eine hohe Loyalität bei ihren Fans. Die Sponsoren beabsichtigen

20 Vgl. Onlinemarketing-Praxis (2016): Kosten für Suchmaschinenoptimierung, Abruf am 23.06.2017, unter: http://www.onlinemarketing-praxis.de/suchmaschinenoptimierung/kosten-fuer-suchmaschinenoptimierung.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

mit dem eigenen Sportverein assoziiert zu werden. Ziel ist die Steigerung der Bekanntheit des Produkts oder des Unternehmens. Ein weiteres Ziel des Sponsorings ist eine Imageverbesserung, insbesondere bei der Unterstützung gemeinnütziger Vereine. Der Verein sollte jedoch zweifelsfrei zur Unternehmensphilosophie passen.

Neben dem Sportsponsoring gibt es das Kunst- und Kultursponsoring, das Sozio- und Umweltsponsoring, das Wissenschaftssponsoring, das Gesundheitssponsoring, das Medien- und Programmsponsoring und das Parteien-Sponsoring.[21] Die Wahl der Art des Sponsorings hängt davon ab, welcher Zweck vorrangig erfüllt werden soll. Wichtiger als die Art des Sponsorings sind aber die Regionalität und die eigene Identifikation mit dem Partner. Das Unterstützen eines lokalen Sportvereins kann für wenig Geld viel Nutzen bringen.

Abbildung 13: Sponsorenpyramide des KSV Hessen Kassel

Quelle: KSV Hessen Kassel e. V. (2017). Werden Sie unter Partner, unter: http://b2b.ksvhessen.de/werbem-glichkeiten/.).

21 Vgl. Verlag für die Deutsche Wirtschaft AG (2015): Sponsoring gibt es nicht nur im Sport!, Abruf am 10.07.2017, unter: http://www.werbepraxis-aktuell.de/sponsoring/sponsoring-gibt-es-nicht-nur-im-sport-7133.html.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

Beim Sponsoring gibt es ein besonders breites Feld an Möglichkeiten und genauso stark variieren auch die Preise. Selbst innerhalb einer Organisation gibt es oft verschiedene Wahlmöglichkeiten. Soll das Firmenlogo auf dem Shirt des Sportlers sein oder nur auf dessen Trinkflasche? Je mehr Aufmerksamkeit das eigene Unternehmen erhält, desto teurer ist das Sponsoring. Abbildung 13 zeigt, welche Möglichkeiten es für Sponsoren bereits bei einem regionalen Fußballverein, wie etwa dem KSV Hessen Kassel, gibt.

Bandenwerbung bei kleineren Fußballvereinen ist bereits ab 150 € im Jahr möglich. Allerdings sind die angegebenen Preise oft wenig verbindlich und die Bandenwerbung wird an langjährige Sponsoren vergeben, die bereit sind größere Beträge zu spenden. Gerade kleinere Vereine und Jugendgruppen freuen sich vor allem über Spenden für Teamkleidung, die auch mit dem eigenen Logo versehen werden kann. Daher lohnt es sich zumeist, die Vereine direkt anzusprechen. Ein großer Vorteil des Sponsorings ist, dass die Vereine – soweit diese als gemeinnützig anerkannt sind – Spendenquittungen ausstellen können, die bei der Steuer berücksichtigt werden können.

3. Tipps zur Suche von Marketingfirmen

Häufig ist es sinnvoll ein Marketingunternehmen zu beauftragen. Zum einen um die eigenen Kapazitäten für den eigentlichen Firmenzweck einzusetzen, zum anderen weil Werbeunternehmen mehr Erfahrung in der Gestaltung und den verfügbaren Möglichkeiten haben. Besonders für das Erstellen eines Firmendesigns, von Postern und Flyern sowie für die Erstellung einer seriösen Homepage lohnt sich eine professionelle Gestaltung. Hier einige Tipps für die Auswahl eines Werbeunternehmens:

- Die meisten Angebote finden sich im Internet. Hinterfragen Sie die Angebote aber kritisch. Nicht jede Agentur liefert auch hochwertige Leistungen. Kundenmeinungen können einen ersten Anhaltspunkt liefern.
- Vergleichen Sie Angebote.
- Fragen Sie im Freundes- und Bekanntenkreis nach einer Empfehlung. Vielleicht kennt sich sogar jemand selbst damit aus.

Das Beauftragen einer Marketingagentur ist vor allem bei der ersten Kampagne in den meisten Fällen sinnvoll. Die professionelle Umsetzung der

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

Maßnahme ist so gewährleistet und Sie können sich ihren eigentlichen Aufgaben widmen.

4. Kundenbeziehungsmanagement

Unter Kundenbeziehungsmanagement fällt der direkte Kontakt zu den Kunden, mit dem Ziel neue Kunden zu gewinnen oder bereits vorhandene Kunden zu binden. Als Grundregel des Kundenbeziehungsmanagements gilt, dass die Förderung der Kundenbindung wesentlich weniger aufwendiger und günstiger ist, als neue Kunden zu akquirieren. Die Aufgabe des Kundenbeziehungsmanagements ist eine verbesserte Kundenorientierung zu erlangen. So können dem Kunden individuelle Leistungen angeboten werden, die möglichst genau seinem Bedürfnis entsprechen. Vor allem sollte sich der Kunde wertgeschätzt fühlen.

a) Kundenveranstaltungen

Persönliche Treffen mit dem Kunden sind der effektivste Weg Kunden an sich zu binden. Über den direkten Kontakt wird eine Vertrauensbasis aufgebaut und es können Probleme oder Änderungswünsche unbürokratisch geklärt werden. Varianten von Kundentreffen können sein:

Abbildung 14: Varianten von Kundentreffen

Quelle: Eigene Darstellung

Die Gemeinsamkeit all dieser Möglichkeiten ist, dass Kundenloyalität aufgebaut und somit der Kunde langfristig gebunden wird. Wie stark dies gelingt, hängt vom Kunden und der Aktivität ab. Das geplante Treffen muss zu den Interessen des Kunden passen. Ob der Besuch eines Fußballspiels oder der eines Konzerts mehr Nutzen bringt, muss individuell beurteilt werden. Die „richtige" Art des Treffens zum einen, aber auch die Ausgestaltung spielt eine Rolle. Wie wichtig das Fußballspiel und wie hochwertig das Restaurant gewählt wird, hängen vom Kunden, dem Anlass und der Vertrautheit ab.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

Kundenveranstaltungen können ebenfalls die Kundentreue steigern, indem sie den persönlichen Kontakt ermöglichen. Die Bandbreite geht dabei von einem eher ungezwungenen Grillabend bis zu großen Empfängen mit Catering und Livemusik. Wichtig für die Wahl der Veranstaltung ist zum einen die Anzahl an Kunden und zum anderen die persönliche Beziehung zu diesen. Bei einer kleinen Anzahl von Kunden, mit denen bereits eine intensive Beziehung gepflegt wird, ist ein Grillabend eine besonders persönliche Möglichkeit diese weiter zu vertiefen. Bei einer größeren Anzahl von Kunden bietet sich ein Empfang eher an. Bei der Entscheidung für eine Kundenveranstaltung sollte unbedingt berücksichtigt werden, wie die eigene Personalstruktur ist. Es sollten genügend Mitarbeiter anwesend sein, dass den Kunden während der Veranstaltung auch Möglichkeiten zum persönlichen Gespräch geboten sind. Außerdem sollte das eigene Team auch offen für neue Kontakte sein, um den Wissensaustausch zu fördern.

b) Telefon-, Email- und Briefverkehr

Kundenbeziehungsmanagement findet nicht nur auf persönlicher Ebene statt. Besonders beim Lösen von Problemen ist ein persönliches Gespräch sehr wertvoll. Kleinere Probleme können oft auch per Telefon oder Email geklärt werden. Das Übermitteln von Angeboten ist per Email oder Brief meist sinnvoller, da so dem Kunden Zeit gelassen wird über das Angebot nachzudenken und Missverständnisse vermieden werden. Der Brief dient dabei als offiziellere Version der Email, mit dem Nachteil weniger flexibel und langsamer zu sein. Wichtig für Brief- und Emailverkehr ist, dass der Kunde persönlich benannt wird und das Schreiben (möglichst) individuell ist. Diese Adressierung ist bei kundenspezifischen Angeboten bereits gegeben, doch auch allgemeine Angebote und Aktionen sollten eine persönliche Note haben.

Neben geschäftsbezogenem Schriftverkehr gibt es noch die Möglichkeit über persönliche Glückwünsche die Beziehung zum Kunden zu verbessern. Besonders für Firmen mit wenigen, aber langjährigen Kunden ist es sinnvoll, individuelle Emails oder Karten zu besonderen Anlässen, wie Geburtstagen, Weihnachten oder Neujahr zu verschicken. Wie bei einem Kundentreffen, ist es auch hier wieder wichtig, dass dem Kunden das Gefühl vermittelt wird, dass er persönlich dem Unternehmen wichtig ist.

Eine andere, etwas aufwendigere Möglichkeit ist ein fachlicher Newsletter. Dieser kann allgemeine, branchenspezifische Themen enthalten oder unternehmensspezifisch über laufende Projekte, neue Leistungen oder

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

Neueinstellungen informieren. Fachliche und unternehmensspezifische Newsletter wirken seriöser und werden häufiger gelesen als reine Werbung.

5. Mitarbeitermanagement

Nicht nur auf Kundenveranstaltungen spielen die Mitarbeiter eine große Rolle. Je nach Größe und Organisation des Unternehmens sind sie quasi „das Unternehmen". Das Personal bestimmt maßgeblich die Qualität auf der Baustelle, aber auch das Verhältnis zum Kunden sowie das interne Betriebsklima. Gerade in den letzten Jahren ist es ein zunehmendes Problem qualifiziertes Personal zu finden und langfristig an sich zu binden. Besonders vor diesem Hintergrund hat sich die Situation für den Unternehmer gewandelt.

a) Mitarbeitergewinnung

Die Mitarbeitergewinnung nimmt durch den herrschenden Fachkräftemangel immer mehr an Bedeutung zu. In Kombination mit der Mitarbeiterbindung ist die Personalakquise ein wichtiger Faktor, wenn es darum geht, das eigene Unternehmen zu vergrößern. Anreize zur Mitarbeitergewinnung sind in Abbildung 15 dargestellt:[22]

Abbildung 15: Anreizgestaltung im Mitarbeitermanagement

Quelle: Eigene Darstellung

22 Vgl. Absolventa GmbH (2017): Jobnet Glossar, Abruf am 10.07.2017, unter: https://www.jobnet.de/definition/mitarbeitergewinnung.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

Ist die Basis für effektive Mitarbeitergewinnung gelegt, gilt es geeignete Bewerber zu finden. Dazu sollte zunächst festgelegt werden, welche Qualifikationen zwingend nötig sind und welche lediglich erwünscht sind. Die Suche nach der eierlegenden Wollmilchsau ist selten erfolgreich. Ebenso sollten die Optionen bedacht werden, welche Fertigkeiten potenzielle Mitarbeiter auch nach Einstellung noch erwerben können. Viele Maßnahmen für niedrigqualifizierte Arbeitnehmer lassen sich auch von der Arbeitsagentur fördern.

Wurde das Anforderungsprofil hinreichend definiert, gilt es das passende Personal zu finden. Beispiele für Werbekanäle sind:

- Klassische Stellenanzeigen in der Zeitung
  Verliert an Bedeutung aufgrund hoher Kosten und Jobportalen im Internet als Alternative.
- Jobportale im Internet
  Die ersten Treffer im Internet werden am häufigsten genutzt. Das Jobportal der Arbeitsagentur ist kostenfrei.
- Karriereseite auf der Homepage
  Eine Rubrik Stellenanzeigen auf der eigenen Homepage gibt Interessierten die Möglichkeit, passende Stellenangebote schnell zu finden.
- Persönliche Empfehlungen
  Ein Mitarbeiter, der freiwillig Werbung für das eigene Unternehmen macht, ist sehr wertvoll. Eine persönliche Empfehlung ist authentischer als jede Stellenanzeige

Hinweis: Die Arbeitsagentur bietet eine Bewerbervorauswahl[23] an. Mit Hilfe dieser werden ungeeignete Bewerber im Vorhinein aussortiert, wodurch das Unternehmen Zeit bei der Personalauswahl sparen kann.

Die Grundlage für erfolgreiche Personalgewinnung ist das Arbeitsumfeld. Sind die Mitarbeiter zufrieden, ist dies ein guter Grund für zukünftige Mitarbeiter unser Unternehmen zu wählen und nicht zur Konkurrenz zu gehen. Somit sind die Mitarbeitergewinnung, wie auch die Mitarbeiterbindung, stark mit dem Betriebsklima verknüpft.

23 Vgl. Arbeitsagentur (2017): Unsere Bewerbervorauswahl für Ihr Unternehmen, Abruf am 18.07.2017, unter: https://www3.arbeitsagentur.de/web/wcm/idc/groups/public/documents/webdatei/mdaw/mta2/~edisp/l6019022dstbai378671.pdf.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

b) Mitarbeiterbindung

Gerade in Zeiten des Fachkräftemangels sollte sich jeder Unternehmer bewusst sein, dass zwischen ihm und seinem Personal eine gegenseitige Abhängigkeit besteht. Um Personal langfristig im Unternehmen halten zu können, sollte neben einem angemessenen Lohn vor allem auf ein gutes Betriebsklima geachtet werden.

Nach einer Studie von „YouGov" schätzen 76 % aller Deutschen ein gutes Betriebsklima als den wichtigsten Faktor am Arbeitsplatz ein, noch vor Gehalt oder flexiblen Arbeitszeiten. Da durchschnittlich 41 Stunden pro Woche mit den Kollegen und dem Chef verbracht werden, ist es nachvollziehbar, dass Arbeitsnehmer diese Zeit angenehm gestaltet haben wollen. Vorteile eines guten Betriebsklimas sind:

- Identifikation mit dem Unternehmen
  Der Mitarbeiter kann sich mit den Werten und Zielen des Unternehmens identifizieren. Dies steigert die Motivation.
- Weniger Kündigungen
  Der Mitarbeiter ist weniger gewillt seinen Arbeitgeber zu wechseln, selbst wenn die Bezahlung woanders besser ist.
- Steigerung der Produktivität
  Ein zufriedener Mitarbeiter ist motivierter und produktiver.
- Persönliche Empfehlungen
  Zufriedene Mitarbeiter empfehlen ihr Unternehmen Freunden und Verwandten. Dadurch entsteht eine positive Außenwirkung.

Faktoren, die das Betriebsklima beeinflussen sind:[24]

- Vorgesetztenverhalten
  Wie ist das Verhältnis zwischen Mitarbeiter und Vorgesetzten?
- Mitarbeiterverhalten
  Wie ist das Verhältnis zwischen den Mitarbeitern untereinander?
- Unternehmensphilosophie
  Kann sich der Mitarbeiter mit der Unternehmensphilosophie identifizieren?
- Mitwirkungsmöglichkeiten
  Wie groß ist der Handlungsspielraum der Mitarbeiter?

24 Vgl. Mai (2017): Betriebsklima: Tipps für bessere Bürostimmung, Abruf am 13.07.2017, unter: http://karrierebibel.de/betriebsklima/.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

- Zukunftsperspektive
  Gibt es Aufstiegschancen für die Mitarbeiter? Wird das Unternehmen weiterwachsen?
- Vergütung und Sozialleistungen
  Sind Vergütung und Sozialleistungen zufriedenstellend?
- Arbeitsplatzausstattung
  Sind die Mitarbeiter mit ihrem Arbeitsplatz zufrieden?

Welche Möglichkeiten der Einflussnahme auf das Betriebsklima hat der Chef?

- Gute Kommunikation
  Der Mitarbeiter soll das Gefühl haben, dass er immer mit einem Problem zu seinem Vorgesetzten gehen kann. Relevante Informationen sollten immer möglichst schnell mit den Mitarbeitern geteilt werden, denn entscheidende Informationen zu spät zu erhalten frustriert und gibt das Gefühl, nicht mit einbezogen zu werden. Die Form der Kommunikation sollte vom Mitarbeiter abhängig gemacht werden. Für manche ich das persönliche Gespräch besser geeignet, für andere eine E-Mail oder ein Anruf.
- Respektvoller Umgang
  Ein wichtiger Faktor für das Betriebsklima ist das Verhalten der Vorgesetzten gegenüber den Mitarbeitern und das Verhalten der Mitarbeiter untereinander. Das Verhalten ist dann von Respekt geprägt, wenn unterschiedliche Meinungen akzeptiert werden und der Umgangston professionell bleibt. Passiert einem Mitarbeiter ein Fehler, dann sollte dieser persönlich besprochen werden und nicht vor dem ganzen Team. Mit Lob und Anerkennung sollte nicht gegeizt werden.
- Persönlicher Austausch
  Teams, die sich auf persönlicher Ebene gut verstehen, helfen einander auch wenn es schwierig wird. Über gemeinsame Kaffeepausen oder Mittagessen werden Beziehungen zwischen den Mitarbeitern (und den Vorgesetzten) aufgebaut, die nicht nur professionell geprägt sind. Zusätzlich zu diesen alltäglichen Dingen können auch Mitarbeiterveranstaltungen durchgeführt werden, um das Teamgefühl zu verstärken.
- Arbeitsplatz und Vergütung
  Abgesehen von den zwischenmenschlichen Faktoren, die das Betriebsklima beeinflussen, spielt natürlich auch die Vergütung eine Rolle. Ein Mitarbeiter, der fair bezahlt wird, hat das Gefühl, dass seine Arbeit geschätzt wird. Neben dem Gehalt spielen dabei auch zusätzliche Sozialleistungen,

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

wie das Weihnachtsgeld, eine Rolle. Kostenloser Zugang zu Kaffee oder eine Klimaanlage machen den Aufenthalt auf Arbeit angenehmer und tragen damit auch zum Betriebsklima bei.

VII. Beispiele für Marketing-Kampagnen

Im folgenden Abschnitt werden einige mögliche Kampagnen vorgestellt. Die Kampagnen wurden so entworfen, dass sie in einem Unternehmen mit geringem Geldbudget und begrenztem Personalaufwand umgesetzt werden können. Gegliedert wurde nach dem benötigten Geldbudget. Dabei sind die ersten beiden Kampagnen in Teilen Voraussetzung, um die anderen Kampagnen ausführen zu können.

1. Kampagnen mit bis zu 1000 €

a) Kampagne 1: Firmendesign

Ein einheitliches Firmendesign ist der erste Schritt für ein erfolgreiches Marketing. Es muss ein passender Firmenname gefunden werden, Unternehmensfarben müssen festgelegt werden und ein Logo sollte entworfen werden. Anschließend können Arbeitskleidung, Unternehmensgebäude und Firmenwagen mit diesen ausgestattet werden.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

Beispielkosten:

✓ Logo	300 €
✓ Namen + Farben	0 €
✓ Arbeitskleidung[25]	100 € pro Person
✓ Autoaufkleber[26]	15 – 50 €[27] pro Aufkleber
✓ Firmenschild[28]	200 €[29] pro Schild

In einem Budget von 1.000 € ist ein Logo, ein Firmenschild und ~5 Autoaufkleber enthalten. Außerdem können 4 Mitarbeiter mit Arbeitskleidung eingedeckt werden.

b) Kampagne 2: Firmenhomepage

Eine eigene Homepage bildet die Grundlage für effektives Marketing, da andere Werbemaßnahmen meist auf den Internetauftritt verweisen. Es sind nicht unbedingt 1.000 € für eine professionelle Homepage notwendig. Dennoch sollte damit kalkuliert werden, sofern niemand im Bekanntenkreis mit einer professionellen Gestaltung der Homepage beauftragt werden kann.

Beispielkosten:

• Homepage Helden, Basic	899 € + 5 € pro Monat

c) Kampagne 3: Außenwerbung

Anzeigetafeln und Baustellenwerbung sind preiswerte und effektive Formen der Werbung, besonders für Unternehmen mit sehr kleinem Marketing-

25 Vgl. SIGNET CORPORATE FASHION CONCEPTS GmbH (2017): Bau & Installation Bekleidung, Abruf am m 05.07.2017, unter: http://www.logokleidung.de/Berufskleidung/Bau-Installation:::62_63.html.

26 Vgl. Kuss GmbH (2017): Premium-Aufkleber, Abruf am 05.07.2017, unter: https://www.aufkleberdrucker24.de/aufkleber/aufkleberpremium.html.

27 Abhängig von Größe und Anzahl (100cm breit, 40cm hoch , 25 € pro Aufkleber, bei Bestellmenge 10).

28 Vgl. Sachsen Fahnen GmbH & Co. KG (2017): Firmenschilder, Abruf am 05.07.2017, unter: https://www.vispronet.de/werbeschilder/firmenschilder.

29 250cm x 150cm Aluminiumverbundplatte.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

budget. Flyer sind eine Alternative bzw. Ergänzung, falls diese an Stellen verteilt werden können, welche vorwiegend von der gewünschten Zielgruppe besucht werden.

Beispielkosten:

✓ Flyer 20 € pro 1.000 Stück

✓ Bauzaunwerbung 50 € pro Plane

In einem Budget von 1.000 € sind 20.000 Flyer und 12 Bauzaunplanen enthalten.

d) Kampagne 4: Kundenbeziehungsmanagement

Besonders bei einer geringen Anzahl an Kunden lohnt sich ein umfassendes Kundenbeziehungsmanagement. Kundentreffen in einem Restaurant bieten sich an, um die Beziehung mit dem Kunden in lockererer Atmosphäre zu festigen. Alternativ bietet sich eine Kundenveranstaltung an, falls das Unternehmen eher viele „kleine" Kunden als wenige „große" Kunden hat.

Beispielkosten:

✓ Kundentreffen im Restaurant : 100 € pro Kunde

oder

✓ Sommerfest für alle Kunden 1.000 €

Tipp: Geschäftsessen sind zu 70 % steuerlich abzugsfähig (§ 4 Abs. 5 EStG). Allerdings muss ein Bewirtungsbeleg mit Angabe über den Kunden sowie dem Zweck des Treffens nachgewiesen werden. Kundenveranstaltungen sind bei einer Mindestteilnehmerzahl von 10 Personen mit bis zu 110 € pro Person als Betriebsausgabe steuerlich absetzbar (§ 19 Abs. 1a EStG).

e) Kampagne 5: Mitarbeitermanagement

Das Verbessern der Arbeitsbedingungen im Unternehmen kann sich positiver auf das Unternehmen auswirken als jede Marketingmaßnahme nach außen. Wer gerne zur Arbeit kommt ist produktiver und effizienter und empfiehlt sein Unternehmen gerne weiter.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

Beispielkosten:

✓ Kaffeeautomat 1.000 €[30]

oder

✓ Mitarbeiter-Grillfest 1.000 €[31]

2. Kampagnen mit bis zu 10.000 €

In diesem Abschnitt werden die bereits behandelten Kampagnen ausgebaut und ergänzt.

a) Kampagne 6: Firmendesign

Bei einer Kampagne mit bis zu 10.000 € können zunächst, die in den Kampagnen 1-5 erfolgreichen Maßnahmen, ausgebaut werden. Es wird bspw. qualitativ hochwertigere Arbeitskleidung oder mehr Arbeitskleidung bestellt.

Beispielkosten:

✓ Logo	1.000 €
✓ Namen + Farben	0 €
✓ Arbeitskleidung	300 € pro Person
✓ Autoaufkleber	50 – 100 € pro Aufkleber
✓ Firmenschild	500 € pro Schild

In einem Budget von 10.000 € ist ein hochwertiges Logo, 5 größere Firmenschilder, 5 bis 10 Autoaufkleber enthalten. Außerdem können 20 Mitarbeiter mit mehreren Teilen Arbeitskleidung eingedeckt werden.

b) Kampagne 7: Firmenhomepage

Eine professionelle Homepage für unter 1.000 € ist einfach gehalten. Sie besitzt nur wenige Seiten und kaum Bilder. Bei einem Budget bis 10.000 €

30 Beispielsweise Kaffeemaschine, klimatisiertes Büro, neue Bürostühle, etc.

31 Steuervergünstigung bei Mindestteilnehmerzahl von 10 Personen.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

ist eine qualitativ sehr hochwertige Website mit individuellen Funktionen möglich.

Beispielkosten:

• Homepage Helden, CMS EP	3.399 € einmalig + 15 € pro Monat
oder	
• Homepage Helden, Ultimate	9.999 € einmalig + 35 € pro Monat

c) Kampagne 8: Außen- und Radiowerbung

Bei einem größeren Budget lassen sich Außen- und Radiowerbung gut kombinieren. Radiowerbung sollte kurz und einprägsam sein, damit sich später (und besonders bei mehrmaligem Hören der Werbung) der Kunde daran erinnert. Wenn parallel dazu Außenwerbung betrieben wird, hat der Kunde eine Verbindung zwischen dem Gehörten und Gesehenen.

Beispielkosten:

• Radiospot produzieren	300 bis 500 €[32]
• Radiowerbung	138,75 €[33]
• 306 Litfaßsäulen	1.585,50 €[34]
• 306 Poster	533,10 €[35]
• Bauzaunwerbung	50 € pro Plane

Im Budget von 10.000 € ist ein Radiospot enthalten, welcher dann 49 Mal geschaltet wird. Zusätzlich werden 306 Poster gedruckt und für 10,5 Tage an 306 Litfaßsäulen gehangen. Außerdem sind 10 Bauzaunplanen berücksichtigt, welche auf den eigenen Baustellen angebracht werden können.

32 Vgl. topradiospot (2013): Wo soll ich meinen Radiospot produzieren?, Abruf am 05.07.2017, unter: https://www.topradiospot.de/MeineRadiowerbung/wo-soll-ich-meinen-radiospot-produzieren/.

33 z. B. 15 Sekunden Spot, Montag bis Freitag bei Hit Radio RTL.

34 Landkreis Kassel für 10,5 Tage.

35 Vgl. S Schmidt Digitaldruck GmbH (2017): DIN A1 Plakate drucken, Abruf am 05.07.2017, unter: https://www.digitaldruck-fabrik.de/plakate-poster/din-a1-plakate.aspx.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

d) Kampagne 9: Kundenbeziehungsmanagement und Sponsoring

Für ein Unternehmen mit einer größeren Anzahl Kunden sind individuelle Kundentreffen möglicherweise nicht mehr möglich. Deshalb müssen Kundentreffen auf wichtige Kunden begrenzt werden. Um trotzdem persönlichen Kontakt zu allen Kunden zu halten, sollten Kundenveranstaltungen durchgeführt werden. Zusätzlich kann über Sponsoring Einfluss auf das Image des Unternehmens genommen und gleichzeitig Werbung gemacht werden.

Beispielkosten:

- Kundentreffen 200 € pro Kunde
- Kundenveranstaltung 2.000 €
- Sportsponsoring 6.750 € als Hauptsponsor

In einem Budget von 10.000 € ist eine Kundenveranstaltung und ein Platz als Hauptsponsor eines lokalen Fußballvereins enthalten. Außerdem können 6 Kundentreffen durchgeführt werden.

e) Kampagne 10: Mitarbeitermanagement

Abhängig von der Mitarbeiteranzahl steigen auch die Kosten für das Mitarbeitermanagement. Im Vergleich zum Mitarbeitermanagement mit kleinem Budget, kommen hier die Leistungsanreize hinzu. Diese können zu einem Anstieg der Produktivität der Mitarbeiter führen.

Beispielkosten:

- Besseres Arbeitsumfeld 3.000 €
- Mitarbeiterveranstaltung 2.000 €
- Leistungsanreize 5.000 €

Mit einem Budget von 10.000 € können Verbesserungen im Arbeitsumfeld der Angestellten durchgeführt werden, außerdem kann ein Mitarbeiterbelohnungssystem implementiert werden. Zusätzlich ist eine Mitarbeiterveranstaltung im Budget enthalten.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

3. Kampagnen mit bis zu 40.000 €

Dieser Abschnitt behandelt die zweite und letzte Erhöhung des Marketingbudgets. Mit einem Budget von 40.000 € pro Kampagne sollten mehrere Maßnahmen kombiniert werden, um eine große Zielgruppe zu erreichen.

a) Kampagne 11: Firmendesign

Maßnahmen im Bereich des Firmendesigns werden immer teurer, je größer das Unternehmen ist oder wird. Für jeden neuen Mitarbeiter muss Firmenkleidung angeschafft werden, jeder neue Firmenwagen muss angepasst werden. Ist noch ein Restbudget verfügbar, kann dieses in hochwertige Ausrüstung oder in andere Kampagnen investiert werden.

Beispielkosten:

- Logo 1.000 €
- Namen + Farben 0 €
- Arbeitskleidung 300 € pro Person
- Autoaufkleber 50 – 100 € pro Aufkleber
- Firmenschild 500 € pro Schild

In einem Budget von 40.000 € sind ein Logo, 10 Firmenschilder, 40 Autoaufkleber und qualitativ hochwertige Arbeitskleidung für 50 Mitarbeiter enthalten.

b) Kampagne 12: Homepage, Werbebanner und Suchmaschinen-Marketing

Eine Investition von über 10.000 € in eine Homepage lohnt sich nur für mittlere Bauunternehmen, daher sollten die übrigen 30.000 € für eine Kombination von Maßnahmen verplant werden.

Beispielkosten:

- Homepage Helden, Ultimate 9.999 € + 35 € pro Monat
- Werbebanner 15.000 €
- Suchmaschinenmarketing 15.000 €

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

Der Betrag, der in Werbebanner und Suchmaschinenmarketing investiert wird, ist variabel. Eine Werbeagentur zu beauftragen und sich mit dieser über die effektivste Vorgehensweise zu beraten, ist unerlässlich für ein Unternehmen ohne eigene Marketingabteilung.

c) Kampagne 13: Außen-, Radio- und Zeitungswerbung

Bei einem ausreichend großen Budget lohnt sich die Investition in möglichst viele traditionelle Medien, da diese viel von der Zielgruppe genutzt werden. Fernsehwerbung wird hier außenvorgelassen, da die Möglichkeit lokale Fernsehwerbung zu schalten nicht für alle Unternehmen verfügbar ist.

Beispielkosten:

• Radiospot produzieren	300 bis 500 €
• Radiowerbung	138,75 €
• 306 Litfaßsäulen	1.585,50 €
• 306 Poster	533,10 €
• Bauzaunwerbung	50 € pro Plane
• Zeitungsanzeige Design	200 €
• Fuldaer Zeitung	625 € pro Anzeige[36]

In einem Budget von 40.000 € ist ein Radiospot enthalten, welcher dann 100 Mal geschaltet wird. Zusätzlich werden 306 Poster gedruckt und für 10,5 Tage an 306 Litfaßsäulen gehangen. Außerdem 20 Bauzaunplanen, welche auf den eigenen Baustellen angebracht werden können. Weiterhin wird eine Zeitungsanzeige entworfen, welche dann 35 Tage in der Fuldaer Zeitung erscheint.

d) Kampagne 14: Kundenbeziehungsmanagement und Sponsoring

Ähnlich wie beim Firmendesign steigen auch im Kundenbeziehungsmanagement die Kosten mit der Unternehmensgröße. Trotzdem sollte nach

36 Vgl. ZMG ZEITUNGS MARKETING GESELLSCHAFT mbH & Co. KG (2017): Werbung, die ankommt!, Abruf am 18.06.2017, unter: http://www.die-zeitungen.de/fileadmin/files/documents/Tarife_PDF_2017/Fuldaer_Zeitung_50_2017.pdf.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

einem effektiven Kundenbeziehungsmanagement noch ausreichend Budget übrig sein, um Sponsoring zu betreiben.

Beispielkosten:

- Kundentreffen 200 € pro Kunde
- Kundenveranstaltung 3.000 €
- Sponsoring 10.000 €

In einem Budget von 40.000 € können 50 Kundentreffen, 3 Kundenveranstaltungen und Sponsoring für 20.000 € betrieben werden.

e) Kampagne 15: Mitarbeitermanagement und Sponsoring

Auch im Mitarbeitermanagement steigen die Kosten mit der Größe des Unternehmens. So müssen beispielsweise mehr Arbeitsplätze ausgerüstet und größere Veranstaltungen geplant werden.

Beispielkosten:

- Besseres Arbeitsumfeld 12.000 €
- Mitarbeiterveranstaltung 5.000 €
- Leistungsanreize 18.000 €

In einem Budget von 40.000 € sind Investitionen in ein angenehmeres Arbeitsumfeld, 2 Mitarbeiterveranstaltungen und Leistungsanreize beinhaltet.

VIII. Erfolgskontrolle

1. Messung von Erfolg bei Marketingmaßnahmen

Der abschließende Schritt des Marketingprozesses ist die Erfolgskontrolle. Damit soll ermittelt werden, ob die durchgeführten Marketingmaßnahmen ihre Zielsetzung erreicht haben. Unternehmer stellen sich im Hinblick auf Marketing-Kampagnen meist die Frage: "Wenn ich einen bestimmten Betrag in Marketing investiere, was kann ich dann als Ergebnis erwarten?"

Genau diese Frage hat die "Wharton School of Business" in Pennsylvania, Amerika, versucht zu beantworten. Dafür wurden zahlreiche kleine Unternehmen für einen Zeitraum von 7 Jahren genau beobachtet und

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

analysiert. Das Endergebnis ist ein 2.500 Seiten langes Dokument, welches folgende drei Schlussfolgerungen enthält:

1. Es gibt keine mathematische Verbindung zwischen investiertem Geld und erreichtem Nutzen.
2. Nutzen ist untrennbar mit der Botschaft der Werbung verbunden.
3. Nutzen steigt mit der Wiederholung.

Punkt 1 besagt, dass ein größeres Marketingbudget nicht gleich mehr Umsatz bedeutet. Indikatoren wie Bekanntheit zahlen sich oft erst langfristig aus und bringen keinen sofortigen Mehrwert.

Punkt 2 ist interessanter, denn er besagt, dass zwei Bewerber, welche die gleiche Summe in ihr Marketing investieren und die gleiche Zielgruppe ansprechen, nicht unbedingt denselben Erfolg haben. Die Qualität der Werbung ist oft wichtiger als die Menge. Der Kunde soll sich vor allem an das Unternehmen erinnern.

Punkt 3 beschäftigt sich mit der langfristigen Wirkung von kontinuierlichem Marketing. Wenn eine funktionierende Strategie gefunden wurde, kann diese dann über mehrere Kampagnen vertieft werden, um dann im zweiten Jahr durchschnittlich doppelt so viel Nutzen zu generieren wie im ersten Jahr.[37]

2. Waren meine Maßnahmen erfolgreich?

Um diese Frage zu beantworten, muss klar sein, welche Ziele meine Marketingkampagne hatte. Formalziele sind leicht überprüfbar. Zu diesen gehören Gewinn, Umsatz und Rendite. Die Überprüfung des Umsatzes vor und nach den Marketingmaßnahmen zeigt schnell, ob es zu einer positiven Entwicklung kam.

Wichtig: Zahlen müssen im Kontext zu direkten Konkurrenten betrachtet werden. Sollte die gesamtwirtschaftliche oder branchenspezifische Situation sich stark verändert haben, können Schwankungen in Gewinn und Umsatz mit dieser zusammenhängen. Entsprechende Daten können

37 Vgl. Williams (2017): Selecting the Most Effective Advertising Media, Abruf am 08.07.2017, unter: https://www.entrepreneur.com/article/64738.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

beispielsweise bei den Handwerkskammern, den Bauverbänden oder dem Statistischen Bundesamt erfragt werden.[38]

Kommunikationsziele hingegen sind nur schwer in konkreten Zahlen zu erfassen. Zu diesen gehören die Kundenzufriedenheit, Imageverbesserungen und die Steigerung der Unternehmensbekanntheit. Um diese Daten zu ermitteln, wird ähnlich vorgegangen wie bei der Primärforschung im Zuge der Situationsanalyse. Kunden werden persönlich, per Telefon oder Email nach den gewünschten Daten befragt. Diese können dann mit den Daten aus der Marktforschung verglichen werden.

Folgende Fragen sollten beantwortet werden:

- Hat sich der Bekanntheitsgrad meines Unternehmens erhöht?
- Hat sich das Image meines Unternehmens verändert?
- Sind meine Kunden mit meinen Leistungen zufrieden?
- Habe ich die Bedürfnisse meiner Kunden erfüllt?
- Hat sich das Arbeitsumfeld meiner Mitarbeiter verbessert?

Aus den Antworten auf diese Fragen lässt sich abschätzen, ob die Kommunikationsziele erreicht wurden oder ob eine Anpassung notwendig ist.

a) Bin ich innerhalb des Budgets geblieben?

Diese Frage ist für Unternehmer unterschiedlich schwierig zu beantworten. Je nachdem, ob die Buchhaltung intern oder vom Steuerberater geführt wird, ist es einfacherer oder schwieriger herauszufinden, ob das Budget überschritten wurde oder nicht. Ein kleineres Budget lässt weniger Maßnahmen zu und mindert damit auch das Risiko den Überblick zu verlieren.

Hinweis: Das durchgehende Notieren aller geplanten und durchgeführten Marketingmaßnahmen spart im Nachhinein viel Zeit.

Sollte festgestellt werden, dass das Marketingbudget weit über- oder unterschritten wurde, muss Ursachenforschung betrieben werden. Mögliche Ursachen für eine Über- oder Unterschreitung:

- Die Kosten für konkrete Maßnahmen wurden über- oder unterschätzt.
- Der Überblick über die Gesamtkosten hat während der Planung und Durchführung gefehlt.

38 Vgl. *Roeper* (2009): Marketing: Möglichkeiten der Erfolgskontrolle im Marketing, Abruf am 10.07.2017, unter: http://www.existxchange.de/blog/marketing-und-vertrieb/marketing-moeglichkeiten-der-erfolgskontrolle-im-marketing/.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

- Der Marketingplan wurde während der Durchführung verändert, ohne dass die Kosten neu kalkuliert wurden.

b) Ist die Veränderung meines Marketingbudgets in Zukunft sinnvoll?

Die letzte Frage, die sich ein Unternehmer stellen muss, ist die nach seinem Marketingbudget in der Zukunft. Um auf diese Frage eine eindeutige Antwort finden zu können, müssen zwei Faktoren berücksichtigt werden. Waren meine Maßnahmen erfolgreich und hat sich die Unternehmensgröße verändert? Ob der Marketingplan erfolgreich war, wurde bereits geklärt. Ob sich die Größe des Unternehmens verändert hat, ist recht schnell am Gesamtumsatz und der Zahl meiner Mitarbeiter ersichtlich.

Aus diesen beiden Faktoren und aus den zukünftigen Zielen erfolgt dann die Anpassung des Budgets. Mögliche Schlussfolgerungen können sein:

– Marketingmaßnahmen waren erfolgreich
  Anpassung des Budgets in Abhängigkeit von den weiteren Plänen und verfügbaren Geld- und Personalkapazitäten.
– Marketingmaßnahmen waren nicht erfolgreich
  Zunächst klären, weshalb die Maßnahmen nicht erfolgreich waren. Wurde die Zielgruppe nicht erreicht? Kam die Botschaft nicht an? Beruht die Entwicklung auf gegenläufigen anderen Aspekten? Anpassung des Marketings in Abhängigkeit von verfügbarem Budget.

Wichtig bei jeder Anpassung ist, zu berücksichtigen, dass viele Maßnahmen erst langfristig oder bei mehrmaliger Wiederholung Wirkung zeigen. Eine erfolgreiche Marketing-Kampagne erfordert Geduld. Eine ständige Änderung der einzelnen Maßnahmen und Strategie verunsichert den Kunden und wirkt unseriös.

IX. Checklisten

1. Zieldefinition
2. Auftragsgebiet
3. Kunden
4. Personalauswahl
5. Übersicht Marketingmaßnahmen

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

Traditionelle Medien

- Fernsehwerbung
- Zeitungsanzeigen
- Radiowerbung
- Außenwerbung

Neue Medien

- Homepage
- Werbebanner
- Suchmaschinen - Marketing
- Sponsoring

Sportsponsoring

- Kunst- und Kultursponsoring
- Sozio- und Umweltsponsoring
- Wissenschaftssponsoring
- Gesundheitssponsoring
- Medien- und Programmsponsoring
- Parteiensponsoring

Kundenbeziehungsmanagement

- Kundentreffen
- Telefon-, Email- und Briefverkehr
- Kundenveranstaltungen

Mitarbeitermanagement

- Betriebsklima
- Mitarbeiterveranstaltungen
- Mitarbeiterbelohnungsmanagement
- Mitarbeitergewinnung

6. Umsetzung einzelner Maßnahmen
7. Schritt für Schritt – Vorgehensweise
   1. Marktforschung betreiben
      - Datenerhebung
        ✓ Marktsituation
        ✓ Kunden
        ✓ Konkurrenz
      - Situationsanalyse

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

   - ✓ Marktsituation
   - ✓ Kunden
   - ✓ Konkurrenz
2. Marketingstrategie festlegen
   - Erscheinungsbild des Unternehmens
     - ✓ Firmenfarben
     - ✓ Firmenlogo
     - ✓ Formenname und Schriftzug
   - Botschaft der Werbung
3. Überblick über mögliche Marketingmaßnahmen verschaffen
   - ✓ Traditionelle Medien
   - ✓ Neue Medien
   - ✓ Sponsoring
   - ✓ Kundenbeziehungsmanagement
   - ✓ Mitarbeitermanagement
4. Marketingbudget festlegen
5. Marketingkampagne planen
   - ✓ Welche Maßnahmen sind innerhalb des Budgets möglich?
6. Marketingkampagne durchführen
   - ✓ Kosten im Blick behalten!
7. Erfolgskontrolle veranlassen
   - ✓ Waren meine Maßnahmen erfolgreich?
   - ✓ Budget eingehalten?
8. Fazit für die Zukunft ziehen

8. Fragebogen für das Betriebsklima

Kreisen Sie in der folgenden Tabelle bitte die Zahl ein, die Ihre Zustimmung am besten ausdrückt. Die Skala geht von 1 (Stimme überhaupt nicht zu) bis 5 (Stimme voll und ganz zu).

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

Persönlicher Bereich	Skala				
1. Die Zielvorstellungen des Unternehmens sind mir vertraut	1	2	3	4	5
2. Mein Aufgabenbereich ist klar definiert	1	2	3	4	5
3. Die mir zugewiesenen Aufgaben sind für mich zu bewältigen	1	2	3	4	5
4. Ich bin mit meinem Arbeitsplatz zufrieden	1	2	3	4	5
5. Ich bin mit meinem Gehalt zufrieden	1	2	3	4	5
Bereich Kollegen					
6. Bei Problemen kann auf die Hilfe der Kollegen vertraut werden	1	2	3	4	5
7. Der generelle Umgangston ist freundlich und professionell	1	2	3	4	5
8. Jeder Kollege wird so akzeptiert wie er ist	1	2	3	4	5
9. Probleme untereinander werden schnell geklärt	1	2	3	4	5
Bereich Vorgesetzter					
10. Informationen, die alle betreffen, werden schnell weitergeleitet	1	2	3	4	5
11. Entscheidungen werden begründet und sind transparent	1	2	3	4	5
12. Alle Mitarbeiter werden fair behandelt	1	2	3	4	5
13. Probleme zwischen Kollegen werden schnell gelöst	1	2	3	4	5

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

Datenschutz in der Werbung – Das Ende der Inboxwerbung?

Sebastian Kiefel

Das Thema Datenschutz erfreut sich in der heutigen Zeit immer wieder größter Beliebtheit. In nahezu allen Bereichen des geschäftlichen Lebens fanden und finden Veränderungen statt, die mit datenschutzrechtlichen Anforderungen begründet werden. Ähnlich verhält es sich auch mit der sog. Inboxwerbung, über deren Zulässigkeit der BGH jüngst zu befinden hatte.[1]

Als rechtlicher Anknüpfungspunkt diente § 7 UWG. § 7 Abs. 1 UWG regelt, das geschäftliche Handlungen, durch die ein Marktteilnehmer unzumutbar belästigt wird, unzulässig sind. Bei der Frage, wann eine solche unzumutbare Belästigung vorliegt, hilft § 7 Abs. 2 UWG weiter, der eine Palette an Regelbeispielen bereithält, die die Unzumutbarkeit und damit die Unzulässigkeit von Werbung unwiderleglich vermuten lassen.[2] Diese Vermutungswirkung lässt sich im Falle des § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG – namentlich bei Werbung unter Verwendung einer automatischen Anrufmaschine, eines Faxgerätes oder elektronischer Post – nur durch die Ausnahmeregelung des § 7 Abs. 3 UWG oder dem Vorliegen einer vorherigen ausdrücklichen Einwilligung des Adressaten vermeiden.

1.) Es stellt sich dabei zunächst die Frage, was man unter der sog. Inboxwerbung versteht. Diese meint automatisierte Werbeeinblendung auf bestimmten dafür vorgesehenen Flächen in dem im Webbrowser angezeigten E-Mail-Posteingangsordner (Inbox) des jeweiligen Nutzers. Verwendung fand die Inboxwerbung gerade in kostenlosen E-Mail-Postfächern, da diese sich über Werbung finanzieren. Beim Öffnen des Posteingangs im Browser wurden die eingegangenen E-Mails aufgeschlüsselt. Dazwischen wurden allerdings Platzhalter eingesetzt. Sobald sich ein Nutzer mit seinen Zugangsdaten einloggt, kontaktiert der Posteingangsserver einen Ad-Server, auf dem unterschiedliche Werbebanner gespeichert sind. Der Ad-Server überträgt sodann ein zufällig

1 BGH, WRP 2022, 859.

2 BeckOK UWG/Fritzsche, 16. Ed. 25.3.2022, UWG (idF v. 28.5.2022) § 7 Rn. 96.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

ausgewähltes Banner im Moment des Einloggens in Echtzeit an den Posteingansserver, dass dann dem Nutzer in dem entsprechenden Platzhalter angezeigt wird. Die Werbebanner erscheinen damit unmittelbar zwischen den eingegangenen E-Mails des jeweiligen Nutzers. Sie sind – im Gegensatz zu den E-Mails – meist farblich hinterlegt, mit dem Wort Anzeige kenntlich gemacht und verfügen nicht über eine Anzeige des Eingangszeitpunktes oder des Absenders. Zudem können sie durch Klick auf das Symbol „X" ausgeblendet, allerdings nicht weitergeleitet oder archiviert werden. Auch belegen sie im Posteingang des Nutzers keinen Speicherplatz und werden auch in die Anzahl der E-Mails, die viele Maildienste anzeigen, nicht einberechnet.[3]

2.) Fraglich war, ob diese Werbebanner eine unzulässige geschäftliche Handlung i. S. d. § 7 Abs. 1 S. 1 UWG darstellen können. Voraussetzung hierfür ist ausweislich des Gesetzeswortlauts, dass ein Marktteilnehmer durch die Werbebanner unzumutbar belästigt würde. Gem. § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG a. F., der zwischenzeitlich in § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG aufgerückt ist, muss stets von einer unzumutbaren Belästigung ausgegangen werden, wenn Werbung unter Verwendung einer automatischen Anrufmaschine, eines Faxgerätes oder elektronischer Post stattfindet, ohne dass eine vorherige ausdrückliche Einwilligung des Adressaten vorliegt. Bei Vorliegen dieser Regelbeispiele kommt es auf das Ergebnis einer sonst notwendigen Interessenabwägung nicht mehr an.[4] Diese Norm wurde in Umsetzung des Art. 13 Abs. 1 der Richtlinie 2002/58/EG über die Verarbeitung personenbezogener Daten und den Schutz der Privatsphäre in der elektronischen Kommunikation – kurz: Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation – ins UWG aufgenommen.[5] Sie ist also unionsrechtskonform im Lichte dieser europarechtlichen Bestimmung auszulegen.[6]

   a.) Art. 13 Abs. 1 RL 2002/58/EG sieht vor, dass die Verwendung von automatischen Anrufsystemen ohne menschlichen Eingriff (automatische Anrufmaschinen), Faxgeräten oder elektronischer Post

3 Die Beschreibung der Inboxwerbung wurde der hier zu Grunde liegenden Entscheidung des BGH (Urteil vom 13.01.2022, Az. I ZR 25/19) entnommen. Abweichungen im Erscheinungsbild der jeweiligen Banner von Anbieter zu Anbieter sind wahrscheinlich, das grundsätzliche Erscheinungsbild sowie die Funktionsweise sind nach Kenntnis des Autors jedoch gleich.

4 BGH, Urt. v. 14.01.2016, Az.: I ZR 65/14; GRUR 2016, 946 Rn. 51].

5 BeckOK UWG/Fritzsche, 17. Ed. 1.7.2022, UWG § 7 Rn. 10.

6 BGH, GRUR 2018, 545 Rn. 19.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

für die Zwecke der Direktwerbung nur bei vorheriger Einwilligung der Teilnehmer gestattet werden darf.

aa.) Es ist demnach zunächst zu prüfen, ob die Art des verwendeten Kommunikationsmittels von dieser Bestimmung umfasst wird.

(1.) Im Rahmen der Beurteilung der Inboxwerbung wird schnell deutlich, dass es sich bei den Werbebannern nicht um ein Anrufsystem handelt. Ein Anruf setzt nämlich entsprechend der Legaldefinition in Art. 2 S. 2 lit. e) RL 2002/58/EG eine über einen öffentlich zugänglichen Telefondienst aufgebaute Verbindung voraus, die die zweiseitige Echtzeitkommunikation ermöglicht. Diese Voraussetzung ist beim Einblenden eines Werbebanners gerade nicht erfüllt, da es an einer zweiseitigen Echtzeitkommunikation fehlt.

(2.) Ebenso wird der Computer, auf dem das Werbebanner angezeigt wird, der grundsätzlich technisch in der Lage sein kann, Faxe zu versenden und zu empfangen und mithin auch als Faxgerät fungieren kann, zumindest in der konkreten Art der Verwendung nicht als Faxgerät genutzt.

(3.) Dementsprechend verdient der Begriff elektronische Post eine nähere Betrachtung. Dieser Begriff wird in Art. 2 S. 2 lit. h) RL 2002/58/EG definiert als jede über ein öffentliches Kommunikationsnetz verschickte Text-, Sprach-, Ton- oder Bildnachricht, die im Netz oder im Endgerät des Empfängers gespeichert werden kann, bis sie von diesem abgerufen wird. Darunter fallen also jedenfalls E-Mail, SMS und MMS.[7] Daneben gehören auch Direktnachrichtendienste sozialer Netzwerke in diese Kategorie.[8] Fraglich ist, ob die hier gegenständliche Inboxwerbung ebenfalls hierunter fällt.

(a.) Man könnte dabei zunächst auf die Unterschiede zu den üblicherweise im Posteingang befindlichen E-Mails abstellen. Die Inboxwerbung

7 OLG Nürnberg, GRUR-RR 2019, 170 Rn. 74.

8 BeckOK UWG, *Fritzsche/Münker/Stollwerck/Fritzsche*, 17. Edition, Stand 01.07.2022, § 7 Rn. 146.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

hebt sich schließlich im Erscheinungsbild (i. d. R. farblich und mit dem Hinweis „Anzeige“ versehen sowie durch die fehlende Datumsanzeige) zumindest auf den zweiten Blick deutlich von den normalen E-Mails ab. Auch in funktioneller Hinsicht (fehlende Option zum Speichern, Archivieren, Weiterleiten) gibt es deutliche Unterschiede.[9] Dies ändert aber zunächst nichts daran, dass man diese Unterschiede in der Eile und beim Überfliegen der neu eingegangenen Mails leicht übersehen kann.

Es könnte zudem der erhebliche technische Unterschied zwischen einer E-Mail, die jedenfalls als elektronische Post anzusehen ist, und der Inboxwerbung zum Tragen kommen. Die Teilnehmer im E-Mailverkehr erhalten einen elektronischen Briefkasten (die sog. Mailbox) vom Provider zur Verfügung gestellt. Dieser Provider unterhält einen Server, auf dem sich die elektronischen Briefkästen der Teilnehmer befinden. Der Absender übermittelt sodann seine Nachricht an seinen Provider. Dieser schickt die Nachricht anschließend an den Provider des Empfängers, der die Nachricht in der Mailbox des Empfängers ablegt. Der Empfänger muss sich dann mittels seines Benutzernamens und seines Kennworts, die ihn als den Berechtigten ausweisen, identifizieren und kann die Mitteilung hiernach lesen, löschen, weiterleiten oder auf seinen Computer übertragen. Dies stellt einen erheblichen Unterschied zur bereits geschilderten Funktionsweise des Inboxwerbung dar, der eine Vergleichbarkeit und damit auch das Subsummieren unter den Begriff „elektronische Post“ eher fernliegend erscheinen lässt.[10]

9 OLG Nürnberg, GRUR-RR 2019, 170 Rn. 75.
10 OLG Nürnberg, GRUR-RR 2019, 170 Rn. 76 f.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

Ferner spricht die Zusammenschau der in § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG genannten Kommunikationsmittel – neben elektronischer Post, also automatischer Anrufmaschinen und Faxgeräte – dafür, dass das Mittel der Individualkommunikation dienen soll[11], was bei der Inboxwerbung zumindest auf den ersten Blick nicht gegeben zu sein scheint.

Dementsprechend gibt es gute Argumente dafür, die Inboxwerbung auf Grund der unterschiedlichen Funktionsweise und der Verschiedenheit der optischen Darstellung im Vergleich zur E-Mail (electronic mail, englisch für elektronische Post) nicht als elektronische Post aufzufassen. Teilweise wird dementsprechend angenommen, dass der Begriff „elektronische Post" gleichbedeutend mit dem Begriff E-Mail – also „Electronic Mail" und übersetzt ins Deutsche mithin „elektronische Post" sei[12], lediglich noch andere, vergleichbare Dienste wie SMS und MMS sowie Direktnachrichten über Social-Media-Portale umfasse[13].

(b.) Zu einem anderen Ergebnis könnte man jedoch kommen, wenn man den Terminus elektronische Post weiter auslegen müsste. Die Notwendigkeit hierfür könnte die Beachtung des Gesetzeszwecks der RL 2002/28 ergeben, der gem. Art. 1 Abs. 1 RL 2002/58 darin besteht, eine Harmonisierung der Vorschriften der Mitgliedsstaaten zu erreichen, um einen gleichwertigen Schutz der Grundrechte und Grundfreiheiten – insbesondere des Rechts auf Privatsphäre und Vertraulichkeit – in Bezug auf die Verarbeitung personenbezogener Daten im Bereich der elektronischen Kommunikation zu gewähr-

11 OLG Nürnberg, GRUR-RR 2019, 170 Rn. 79.
12 OLG Nürnberg, GRUR-RR 2019, 170, 55.
13 Köhler/Bornkamm/Feddersen/Köhler, 40. Aufl. 2022, UWG § 7 Rn. 196.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

leisten. Zudem wird in Erwägungsgrund 40 der RL 2002/58 ausgeführt, dass die Teilnehmer gegen die Verletzung ihrer Privatsphäre durch unerbetene Nachrichten für Zwecke der Direktwerbung, insbesondere durch automatische Anrufsysteme, Faxgeräte und elektronische Post zu schützen seien. Daneben ist noch der Erwägungsgrund Nr. 67 der RL 2009/136, die eine Änderung der RL 2002/58 bezweckt, zu berücksichtigen. Danach sollen Vorkehrungen getroffen werden, um die Teilnehmer gegen ein Eindringen in ihre Privatsphäre durch unerbetene Direktwerbenachrichten per elektronischer Post zu schützen. Dies soll ausdrücklich auch für SMS- und MMS-Nachrichten sowie ähnliche Anwendungen gelten. Ferner wird im 4. Erwägungsgrund der RL 2002/58 hervorgehoben, dass Nutzern öffentlich zugänglicher elektronischer Kommunikationsdienste der gleiche Grad des Schutzes personenbezogener Daten sowie der Privatsphäre zusteht, was unabhängig von der zu Grunde liegenden Technologie gewährleistet werden soll. Nach alledem ist festzustellen, dass hier ein weiterer und hinsichtlich der verwendeten Technologie der Entwicklung zugänglicher Begriff der von der Richtlinie umfassten Kommunikationsarten Anwendung finden muss.[14]

Dementsprechend sollte aber auch der Begriff „elektronische Post" nicht zwingend so verstanden werden, dass alle technologischen Merkmale, die eine „klassische" E-Mail aufweist, auch maßgebliches Kriterium für das Vorliegen der elektronischen Post ist, wie es die oben beschriebene Ansicht vertritt. Vielmehr maßgeblich sollte hier die Sicht des Adressaten – also des

14 EuGH, GRUR 2022, 87 Rn. 39.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

Nutzers des E-Mail-Postfachs sein bzw. die Wirkung, die die Nachricht auf ihn hat.

Insoweit ist festzustellen, dass die Inboxwerbung – im Vergleich zu den üblichen Werbebannern, die man an den oberen, unteren oder seitlichen Rändern einer Website sieht oder zu Pop-up-Fenstern – den Nutzer des E-Mail-Postfachs in einer unerwünschten Werbemail (Spam) vergleichbaren Art und Weise behindern. Dies ist anzunehmen, weil die Inbox-Werbebanner direkt in der Liste der eingegangenen privaten E-Mails angezeigt werden. Damit erfordert die Inboxwerbung letztlich die gleiche Behandlung bzw. die gleiche Entschlussfassung des Nutzers wie es auch im Beispiel von Spam-E-Mails der Fall wäre.[15]

Zudem besteht für den Nutzer des E-Mail-Postfachs Verwechslungsgefahr zwischen den Inbox-Werbebannern und den privaten E-Mails des Nutzers. Diese beruht darauf, dass die Inbox-Werbebanner in dem Bereich angezeigt werden, der üblicherweise den privaten E-Mails vorbehalten ist. Der Nutzer der E-Mail-Postfächer hat schließlich ein schutzwürdiges Interesse und ein besonderes Vertrauen darin, dass in dem Bereich des Posteingangs tatsächlich ausschließlich seine privaten E-Mails dargestellt werden.[16] Hinzu kommt die häufig optisch ähnliche Gestaltung, der auch die farbliche Hinterlegung der Banner sowie die Kennzeichnung mit dem Wort Anzeige kaum entgegenstehen. Dies kann dazu führen, dass der Nutzer auf ein Inbox-Werbebanner klickt, in der Annahme, es handle sich um eine seiner privaten E-Mails. Er würde dann gegen seinen eigentlichen Willen auf die mit

15 EuGH, GRUR 2022, 87 Rn. 42.
16 EuGH, GRUR 2022, 87 Rn. 44.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

dem Banner verlinkte und die Werbung enthaltende Internetseite weitergeleitet.[17]

Damit stellt sich – beurteilt nach Funktionsweise der Werbung und deren Wirkung auf den Nutzer – der Posteingang des Nutzers als das Mittel dar, mit dem Inboxwerbung an den Nutzer übermittelt wird.

Schließlich ist festzustellen, dass der eingangs zitierte Art. 13 RL 2002/58 die amtliche Überschrift „Unerbetene Nachrichten" trägt, was für eine entsprechend weite Auslegung der dortigen Varianten spricht. Mit dieser weiten Auslegung ist davon auszugehen, dass elektronische Post nicht nur die klassische E-Mail selbst meint, sondern auch weitere, vergleichbare Nachrichtenformen erfasst.

Anknüpfend an die Legaldefinition des Begriffs „elektronische Post" in Art. 2 S. 2 lit. h) RL 2002/58/EG könnte man sich demnach auch an dem Terminus „Nachricht" orientieren. Eine Nachricht ist gem. Art. 2 S. 2 lit. d) S. 1 RL 2002/58/EG jede Information, die zwischen einer endlichen Zahl von Beteiligten über einen öffentlich zugänglichen elektronischen Kommunikationsdienst ausgetauscht oder weitergeleitet wird. Die Inboxwerbung – also das Werbebanner, dass zwischen den eigentlichen E-Mails angezeigt wird, enthält zunächst Informationen, i. d. R. über Produkte oder Dienstleistungen. Diese betreffen zumeist ein „unschlagbar günstiges" Angebot, das werblich angepriesen und ausgewählten Nutzern des jeweiligen Postfachanbieters angezeigt wird. Da die Informationen vom Ad-Server einerseits an maximal alle Nutzer des jeweiligen E-Mail-Postfachanbieters andererseits gesendet werden, ist auch der Austausch der

17 Generalanwalt beim EuGH, Schlussantrag vom 24.06.2021 – C-102/20, GRUR-RS 2021, 16135, Rn. 55; dem folgend EuGH, GRUR 2022, 87 Rn. 43.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

Information auf eine endliche Zahl von Beteiligten beschränkt. Zudem ist der elektronische Kommunikationsdienst E-Mail auch öffentlich zugänglich, da jeder ein entsprechendes E-Mail-Postfach bei einem beliebigen Anbieter buchen kann.

Im Ergebnis ist der Werbebanner damit als Textnachricht und folglich auch als elektronische Post i. S. d. Art. 13 Abs. 1, Art. 2 S. 2 lit. h) RL 2002/58/EG anzusehen.

bb.) Auch aus dem Erfordernis des Verbreitens von Informationen durch die elektronische Post wird man hier zu keinem anderen Ergebnis kommen können. An sich handelt es sich bei der Inboxwerbung zwar letztlich nur um Werbebanner, wie sie häufig auf verschiedenen Websites – auch neben dem angezeigten Posteingangsordner kostenlosen E-Mailanbieter – am oberen, unteren oder seitlichen Rand eingeblendet werden. Die Werbung erfolgt damit zwar bei Nutzung des Maildienstes, aber eben nicht durch die E-Mail selbst, was zumindest für Zweifel an der notwendigen Verwendung elektronischer Post sorgt.[18] So sprechen die in Art. 2 S. 2 lit. h) RL 2002/58/EG verwendeten Begrifflichkeiten wie „Post", „Kommunikationsnetz" und „Verschicken" dafür, dass nur bei Versendung einer Nachricht von einem Nutzer zum anderen durch ein Dienstleistungsunternehmen wie z. B. einen E-Mail-Provider, der die Beförderung vornimmt, von der Verwendung elektronischer Post ausgegangen werden kann. Verdeutlicht wird dies u. a. auch durch Erwägungsgrund 44 zu RL 2002/58/EG, der von einem Postsystem spricht. Dieses setzt dann aber begriffsnotwendig die Möglichkeit zur Kommunikation voraus[19], was ergibt sich letztlich auch aus den Erwägungsgründen 1, 12 und 40 sowie Art. 1 Abs. 1 der RL 2002/58/EG, die den Schutz der Privatsphäre der Nutzer im Bereich der elektronischen Kommunikation in den Fokus rückt.[20] Das in der vorliegenden Kon-

18 OLG Nürnberg, GRUR-RR 2019, 170 Rn. 61 ff.
19 OLG Nürnberg, GRUR-RR 2019, 170 Rn. 68.
20 BGH, GRUR 2019, 1178 Rn. 15.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

stellation erfolgende eigenständige Einblenden von Werbung stellt allerdings auf den ersten Blick kein Versenden der Nachricht in diesem Sinne dar, da es sich lediglich um die Darstellung eines Werbebanners auf einer vordefinierten Fläche handelt, ohne dass eine Adressierung an bestimmte Kunden erfolgt.

Art. 2 S. 2 lit. h RL 2002/58/EG spricht zudem davon, dass die Nachricht so lange gespeichert werden kann, bis sie vom Empfänger abgerufen wird. Das Abrufen wiederum setzt ein bewusstes Verhalten des Empfängers voraus, ein auf einem Willensentschluss beruhendes Eingreifen in die Außenwelt – also auf die Daten im Online-Betrieb – wodurch ein programmtechnisch vorgegebener Übermittlungsvorgang der Daten ausgelöst werden kann.[21] Diese Art des Abrufs liegt hier nicht vor, da der Anwender, ohne sich durch Willensentschluss für oder gegen das Anzeigen entschieden zu haben, das Werbebanner angezeigt bekommt. Überdies werden die Werbebanner auch nicht im Postfach des Nutzers gespeichert, sondern bei jedem Log-In erneut vom Ad-Server abgerufen, wobei der Zufall bestimmt, welches Banner angezeigt wird. Wenn der Abruf in diesem Sinne also im Klick auf das Banner besteht, fehlt es auch an dem insoweit erforderlichen Speichern.

Allerdings sollten auch die technischen Vorgänge nicht unbedingt ins Zentrum der Betrachtung gestellt werden. Angesichts der maßgebenden und bereits benannten Zielsetzungen der RL 2002/38, die – wie bereits geschildert – im Schutz der Privatsphäre und der personenbezogener Daten bestehen, ist es angezeigt, der Wirkung der Inboxwerbung die entscheidende Bedeutung zuzubilligen. Dabei darf aber nicht außer Acht bleiben, dass die Einblendung der Werbebanner in der persönlichen E-Mailliste des jeweiligen Nutzers den Zugang zu den E-Mails in mit unerwünschten Werbemails – also Spam-Nachrichten – vergleichbarer Weise behindert.[22] Damit wird die elektronische Post in einer

21 OLG Nürnberg, GRUR-RR 2019, 170 Rn. 71.

22 EuGH, GRUR 2022, 87 Rn. 41 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

Weise verwendet, die geeignet ist, das Ziel des Art. 13 Abs. 1 RL 2002/58/EG – nämlich die Nutzer vor einer Verletzung ihrer Privatsphäre durch unerbetene Nachrichten für Zwecke der Direktwerbung zu schützen – zu gefährden.[23] Folglich wird im Falle der Inboxwerbung auch elektronische Post verwendet, um Informationen zu verbreiten.

cc.) Überdies muss die über die elektronische Post verbreitete Information auch eine Direktwerbung bezwecken. Dies ist der Fall, wenn mit der Nachricht ein kommerzielles Ziel verfolgt wird und sie sich direkt und individuell an einen Verbraucher richtet.[24] Hierzu kann auch das Zusenden von Gutscheinen gehören.[25] Die Inboxwerbung hat regelmäßig das Bewerben von Dienstleistungen oder Warenangeboten Dritter zum Gegenstand, sodass ein kommerzielles Ziel i. d. R. unproblematisch zu erkennen ist.[26]

Ferner muss sich die Werbung direkt und individuell an einen Verbraucher richten. Dabei könnte problematisch sein, dass es bei den Werbebannern ggf. an einer Individualisierung fehlt. Dem ist aber entgegenzuhalten, dass bewusst versucht wird, die Werbung wie eine E-Mail aussehen zu lassen, indem sie im privaten E-Mail-Postfach des Nutzers zwischen den übrigen Mails angezeigt wird.[27]

Fraglich ist, ob die zufällige Auswahl des Nutzers gegen das direkte und individuelle Richten an einen Verbraucher spricht. Allerdings vermag das Zufallsprinzip den Schutzzweck des Art. 13 Abs. 1 RL 2002/58/EG nicht auszuschließen.[28] Problematisch könnte insoweit sein, dass teilweise als Voraussetzung für das Vorliegen von E-Mail-, Telefon- oder Faxwerbung gesehen wird, dass eine individuelle Kontaktadresse, die dem Empfänger dauerhaft zugeordnet ist,

23 EuGH, GRUR 2022, 87 Rn. 45.
24 EuGH, GRUR 2022, 87 Rn. 47.
25 BeckOK UWG Fritzsche/Münker/Stollwerck, 17. Edition, Stand: 01.07.2022, § 7 Rn. 135.
26 EuGH, GRUR 2022, 87 Rn. 48.
27 EuGH, GRUR 2022, 87 Rn. 48.
28 Generalanwalt beim EuGH, Schlussantrag vom 24.06.2021 – C-102/20, GRUR-RS 2021, 16135, Rn. 61; dem folgend EuGH, GRUR 2022, 87 Rn. 50.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

mit Werbung beliefert wird.[29] Vorliegend hat der Empfänger zwar eine individuelle E-Mailadresse, diese wird aber streng genommen bei einer technisch orientierten Betrachtung nicht beliefert, da das Banner nur während des Abrufens der Mails angezeigt wird, aber nicht gleich einer Mail versendet und demnach auch nicht verarbeitet (z. B. weitergeleitet oder archiviert) werden kann.

Dem ist allerdings entgegenzuhalten, dass sich diese Voraussetzung allenfalls aus der Analyse der drei genannten konkreten Kommunikationsmittel ergeben kann. Der Begriff „Elektronische Post" selbst dürfte nämlich – wie oben gezeigt – deutlich weitgehender sein als der Terminus „E-Mail" vermuten lässt. Folglich kann diese Voraussetzung zwar für die E-Mail-Werbung gelten, nicht jedoch zwingend für die elektronische Post i. S. d. Art. 2 S. 2 lit. h) RL 2002/58/EG. Es kommt gerade darauf an, dass mit einem Verbraucher zu einem kommerziellen Zweck kommuniziert wurde und ihn eine Nachricht direkt und individuell erreicht. Das geschieht, indem sie in seinem Posteingang angezeigt wurde. Auf den konkreten Inhalt oder die Person des Dritten, für dessen Produkte oder Leistungen geworben wird, kann es insoweit nicht ankommen. Schließlich ist auch auf diesem Wege eine hinreichende Individualisierung gegeben, da sich der Nutzer mit seinem Benutzernamen und seinem Kennwort anmelden muss, um den Inhalt seines Postfachs – nebst der Inboxwerbung – angezeigt zu bekommen. Dieser Anmeldevorgang löst dann erst das Anzeigen der konkreten Werbung individuell in seinem Postfach, dass der Konsultation mit privaten Inhalten in Form von E-Mails bestimmt ist, aus.[30] Darauf, dass der Empfänger also nicht gleich einer E-Mail im technischen Sinn mit dem Banner beliefert wird, kann es demnach nicht ankommen.

dd.) Dementsprechend wird im Falle der Inboxwerbung elektronische Post zum Zwecke der Direktwerbung verwendet.

29 MüKoUWG/*Leible*, 3. Aufl. 2020, UWG § 7 Rn. 280.

30 EuGH, GRUR 2022, 87 Rn. 50 f.; BGH, wrp 2022, 895, Rn. 31.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

b.) Gemäß § 7 Abs. 2 Nr. 2 a. E. UWG ist die Direktwerbung unter Verwendung elektronischer Post gestattet, soweit eine vorherige ausdrückliche Einwilligung vorliegt.
Dieses Einwilligungserfordernis steht zunächst im Kontext zu Art. 13 Abs. 3 RL 2002/58. Die Einwilligung erfährt ihre Begriffsbestimmung sodann in Art. 2 S. 2 lit. f) RL 58/2002, der auf den Einwilligungsbegriff der Datenschutz-RL (RK 95/46/EG vom 24.10.1995, ABl. 1995 L 281, 31) verweist. Diese Richtlinie ist allerdings am 25.05.2018 außer Kraft getreten (vgl. Art. 94 Abs. 1 DS-GVO) und wurde durch die DS-GVO ersetzt (vgl. Art. 94 Abs. 2 DS-GVO).[31] Folglich lässt sich eine Definition des Terminus Einwilligung derzeit aus Art. 4 Nr. 11 DS-GVO entnehmen. Danach versteht man unter Einwilligung der betroffenen Person jede freiwillige für den bestimmten Fall, in informierter Weise und unmissverständlich abgegebene Willensbekundung in Form einer Erklärung oder einer sonstigen eindeutigen bestätigenden Handlung, mit der die betroffene Person zu verstehen gibt, dass sie mit der Verarbeitung der sie betreffenden personenbezogenen Daten einverstanden ist. Erforderlich ist also eine Willensbekundung, die ohne Zwang, für den konkreten Fall und in Kenntnis der Sachlage abgegeben werden muss.[32] Maßgeblich ist demnach, dass der Nutzer des E-Mail-Postfachs ordnungsgemäß über die genauen Modalitäten der Verbreitung einer solchen Werbung informiert wurde und tatsächlich darin einwilligte.[33] Im Folgenden sind also die Voraussetzungen für eine wirksame Einwilligung zu klären.

aa.) Es bedarf gem. § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG einer *vorherigen* Einwilligung. Die Einwilligung muss also vor der Werbung vorliegen.[34]
Dies ergibt sich bereits aus der Verwendung des Terminus „Einwilligung" in § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG, der ausweislich der Legaldefinition in § 183 S. 1 BGB lediglich die vorherige Zustimmung meint. Demnach wäre eine Genehmigung i. S. e. nachträglichen Zustimmung gemäß der Legaldefinition in § 184 Abs. 1 BGB zweifelsohne nicht ausreichend. Die An-

31 BeckOK UWG/*Fritzsche*, 16. Ed. 25.3.2022, UWG (idF v. 28.5.2022) § 7 Rn. 79.
32 EuGH, GRUR 2022, 87 Rn. 57.
33 EuGH, GRUR 2022, 87 Rn. 59, BGH, wrp 2022, 895, Rn. 37.
34 BeckOK UWG/*Fritzsche*, 16. Ed. 25.3.2022, UWG (idF v. 28.5.2022) § 7 Rn. 147.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

wendbarkeit beider Normen im Bereich des UWG ergibt sich aus dem Grundsatz der Einheit der Rechtsordnung, nach dem begriffliche und systematische Unterschiede sowie Wertungsunterschiede zwischen verschiedenen Rechtsgebieten zu vermeiden sind.[35]

Der Gesetzgeber sah dies jedoch anders: Grund für die Nichtanwendbarkeit ist, dass sich § 183 BGB mit der Zustimmung zu einem Rechtsgeschäft befasst, während die Einwilligung nach § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG die Gestattung eines Eingriffs zum Gegenstand hat.[36] Diese unterschiedlichen Gegenstände stehen einer gänzlichen Gleichsetzung freilich entgegen. Eine Anwendung der Rechtsfolgen des § 183 S. 1 BGB ist damit klar ausgeschlossen. Dennoch ist kein Argument ersichtlich, warum die Legaldefinition des Begriffs Einwilligung i. S. e. vorherigen Zustimmung im Bereich des § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG nicht gelten soll. Es stellt sich daher die Frage, warum der Gesetzgeber, der in der Gesetzesbegründung seinen Widerspruch gegen die Verwendung der o. g. Legaldefinition zum Besten gibt, doch bewusst die falsche Terminologie weiterverwendet und damit vorsätzlich unsauber arbeitet. Eine abweichende Formulierung – z. B. mit dem Terminus Einverständnis – wäre ohne weiteres möglich gewesen. Dies lässt nur den Schluss zu, dass die Legaldefinition zumindest insoweit Anwendung finden muss, dass die Einwilligung i. S. d. § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG eben wie die des § 183 S. 1 BGB zeitlich vor dem Verhalten vorliegen muss, in das eingewilligt wird.

Im Anschluss an die Übernahme der Legaldefinition aus § 183 S. 1 BGB bleibt festzustellen, dass dem Merkmal „vorherige" in § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG allenfalls klarstellende Bedeutung zukommt, da dieses keinen weitergehenden Aussagegehalt hat als die die Anforderung der „Einwilligung" selbst.

bb.) Es ist ferner erforderlich, dass es sich um eine ausdrückliche Einwilligung handelt. Hierfür genügt jedenfalls die Be-

35 *Weber*, Rechtswörterbuch, 28. Ed. München 2022, „Einheit der Rechtsordnung".
36 BT-Drs. 16/10734 S. 12.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

kanntgabe der Emailadresse auf einer Vereinshomepage[37] oder in Unternehmens-[38] bzw. in Telefonverzeichnissen oder Branchenregistern ebenso wenig wie die Registrierung für ein Onlinegewinnspiel[39]. Es bedarf also einer weiteren, die Zustimmung signalisierenden Handlung, die durchaus auch in der Betätigung einer Checkbox liegen kann. Eine konkludente Erklärung ist damit aber jedenfalls ausgeschlossen.[40]

cc.) Weiterhin ergibt sich aus dem Gesetz die Voraussetzung, dass für den Adressaten klar sein muss, zu welchem Zweck – namentlich also auch in welche Werbungsart (hier also die durch Anrufmaschinen, Telefax oder elektronische Post i. S. d. § 7 Abs. 2 Nr. s UWG) eingewilligt wird. [41] Dabei muss ihm bewusst sein, dass er in Werbeanrufe, -mails bzw. -faxe einwilligt. Nicht ausreichend sind demnach allgemeine Formulierungen wie „Werbung".[42] Für die Inboxwerbung muss dementsprechend über die genauen Modalitäten der Verbreitung einer solchen Werbung informiert worden sein. Das umfasst insbesondere auch die Tatsache, dass die Werbebanner unmittelbar in der Liste der empfangenen E-Mails abgebildet werden.[43]

dd.) Weitere Wirksamkeitsvoraussetzungen sind, dass die Einwilligung vom Verbraucher ausgehen und freiwillig erfolgen muss. Die Willensbekundung muss auch ohne Zwang, auf den konkreten Fall bezogen und in Kenntnis der Sachlage erfolgen.[44]

Die Freiwilligkeit ist am konkreten Einzelfall zu prüfen, wobei hier wieder die Vorgaben der DS-GVO zu beachten sind. Art. 7 Abs. 4 DS-GVO hilft bei der Bestimmung der maßgeblichen Kriterien weiter. So muss dem Umstand, ob unter anderem die Erfüllung eines Vertrags, einschließlich der Er-

37 BGH, GRUR 2008, 925, Rn. 21.
38 LG München I, WRP 2018, 1138 Rn. 15 ff.
39 SG Düsseldorf, Urteil vom 08.09.2016, Az.: S 27 KR 629/16.
40 BeckOK UWG/*Fritzsche*, 16. Ed. 25.3.2022, UWG (idF v. 28.5.2022) § 7 Rn. 85.
41 BGH, GRUR 2013, 531 Rn. 23 ff.; BGH GRUR 2020, 891 Rn. 31.
42 BGH, GRUR 2017, 748 Rn. 15; BeckOK UWG/Fritzsche, 16. Ed. 25.3.2022, UWG (idF v. 28.5.2022) § 7 Rn. 88.
43 EuGH, GRUR 2022, 87 Rn. 58 f.
44 BGH, GRUR 2013, 531 Rn. 23; BGH GRUR 2020, 891 Rn. 31.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

bringung einer Dienstleistung, von der Einwilligung zu einer Verarbeitung von personenbezogenen Daten abhängig ist, die für die Erfüllung des Vertrags nicht erforderlich sind, in größtmöglichem Umfang Rechnung getragen werden.

An der Freiwilligkeit der Einwilligung fehlt es z. B. wenn als Voreinstellung in einem Formular die zur Einwilligung gehörende Checkbox bereits angekreuzt ist und der Verbraucher sie aktiv abwählen muss[45] oder wenn eine Opt-Out-Klausel anzukreuzen ist, durch die der Einwilligung aktiv widersprochen werden soll[46].

Die Einwilligung muss ohne Zwang erteilt sein. Das ist dann der Fall, wenn der künftige Werbeadressat die Einwilligung aufgrund einer eigenen Entscheidung abgibt. Dies kann insbesondere durch das Setzen eines Häkchens, das Ankreuzen[47] oder – im Falle eines Telefonanrufs – durch die Antwort ja auf eine einfache Frage zum Einverständnis mit künftigen Anrufen zum Ausdruck gebracht werden.[48] Zwang liegt hingegen vor, wenn die Einwilligung als voreingestellte Voraussetzung für die Teilnahme an einem Gewinnspiel genutzt wird, an dem man ohne diese Einwilligung gerade nicht teilnehmen kann.[49]

Einwilligungsklauseln in AGB sind nicht grundsätzlich nicht unzulässig.[50] Sie unterliegen aber den geschilderten inhaltlichen und formalen Anforderungen des Datenschutzrechts[51] sowie der AGB-Kontrolle der §§ 305 ff. BGB[52].

Diesen Anforderungen genügt zum Beispiel nicht die Einwilligung im Rahmen allgemeiner Geschäftsbedingungen von Onlineshops, die bei deren Bestellprozess Verwendung

45 EuGH, GRUR 2019, 1198 Rn. 44 ff., 65; BGH GRUR 2020, 891 Rn. 31, 41 ff.
46 BGH, GRUR 2008, 1010 Rn. 33.
47 OLG Köln, GRUR-RR 2017, 414 Rn. 22; EuGH GRUR 2019, 1198 Rn. 44 ff., 66 f.
48 OLG Köln, GRUR-RR 2013, 219 (221).
49 EuGH, GRUR 2019, 1198 Rn. 44 ff., 65; BGH GRUR 2020, 891 Rn. 31.
50 BGH, GRUR 2013, 531 Rn. 21, im Anschluss an BGHZ 177, 253 Rn. 29, 33 = GRUR 2008, 1010; BGH GRUR 2017, 748 Rn. 20 ff.; BGH GRUR 2018, 545 Rn. 11; aA früher BGHZ 141, 124 (128) = NJW 1999, 1864; BGHZ 141, 137 (149) = WRP 1999, 847 (851); BGH GRUR 2000, 818 (819).
51 BeckOK UWG/*Fritzsche*, 16. Ed. 25.3.2022, UWG (idF v. 28.5.2022) § 7 Rn. 90.
52 BGH, GRUR 2013, 531 Rn. 19 f.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

finden und nach denen der Verbraucher mit seiner elektronischen Bestätigung darin einwilligt, über neue Angebote und Services des Unternehmens über verschiedene Kommunikationskanäle persönlich informiert und beraten zu werden und er gleichzeitig darin einwilligt, dass seine Vertragsdaten auch nach Beendigung des Vertrages innerhalb einer bestimmten Zeit zur individuellen Kundenbetreuung verwendet werden dürfen.[53]

Zudem gehört zur Kenntnis der Sachlage natürlich auch der personelle Umfang der Einwilligung. Dieser muss eindeutig aus der Erklärung hervorgehen.[54] Bezieht sich die Werbeeinwilligung beispielsweise auf mehrere Unternehmen, die konkret benannt sind, kann diese durchaus wirksam sein.[55] Ein pauschales Verweisen auf Partnerunternehmen oder Werbepartner genügt hingegen nicht, soweit nicht eindeutig festgelegt oder durch eindeutigen Verweis feststellbar ist, wer von der Einwilligung umfasst werden soll.[56] Damit scheidet eine Einwilligung im Fall des Adresshandels freilich gänzlich aus, da in diesem Falle gerade nicht feststellbar ist, wer die Daten erwirbt und nutzt.[57] Auch die Formulierung „von den hier genannten Sponsoren" ohne nähere Präzisierung der Produkte und Dienstleistungen würde dem nicht genügen.[58] Ebenso verhält es sich, wenn der Verbraucher in einem aufwändigen Verfahren prüfen müsste, für welche Partnerunternehmen die Werbeeinwilligung gelten soll, um gegebenenfalls durch persönliche Auswahl von Unternehmen von der vorgegebenen Einwilligung abzuweichen.[59]

ee.) Hinsichtlich des zeitlichen Umfangs der Einwilligung ist zunächst festzustellen, dass diese frei widerruflich ist, vgl. Art. 7 Abs. 3 DS-GVO. Überdies ist davon auszugehen, dass dem Einwilligenden die Kontaktdaten für den Widerruf zur

53 OLG, Köln, GRUR-RR 2017, 414.
54 BGH, GRUR 2013, 531 Rn. 23 ff.; BGH GRUR 2020, 891 Rn. 31.
55 OLG Frankfurt, WRP 2019, 1489 Rn. 12 ff.
56 BeckOK UWG/*Fritzsche*, 16. Ed. 25.3.2022, UWG (idF v. 28.5.2022) § 7 Rn. 87.
57 OLG Frankfurt a. M., WRP 2018, 601 Rn. 46, 49.
58 BGH, GRUR 2017, 748 Rn. 15; BeckOK UWG/*Fritzsche*, 16. Ed. 25.3.2022, UWG (idF v. 28.5.2022) § 7 Rn. 88.
59 EuGH, GRUR 2019, 1189 Rn. 44 ff., 65; BGH GRUR 2020, 891 Rn. 32, 36.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

Verfügung gestellt werden müssen und für den Widerruf keine anderen Übermittlungskosten als die nach dem Basistarif entstehen dürfen, wie sich aus dem Rechtsgedanken des § 7 Abs. 3 Nr. 4 UWG und aus Art. 7 Abs. 3 S. 3f. DS-GVO ergibt.[60] Scheitert ein Widerruf auf Grund der Nichtbeachtung dieser Voraussetzungen, so muss sich der Unternehmer so behandeln lassen, als sei ein wirksamer Widerruf erfolgt.[61]

Überdies ist ein automatisches Auslaufen der Wirksamkeit einer Einwilligung nicht gesetzlich vorgesehen. Eine einmal erteilte Einwilligung erlischt also grds. nicht allein durch Zeitablauf.[62]

ff.) Die Einwilligung bedarf zunächst nach den Vorgaben des UWG keiner speziellen Form. Jedoch ergeben sich aus Datenschutzgründen hier wiederum Einschränkungen. Erfolgt die Verarbeitung von Daten auf Grund einer Einwilligung, so muss der Verantwortliche – also der Werbende, da dieser über die Zwecke und Mittel der Verarbeitung entscheidet, wie es gem. Art. 4 Nr. 7 DS-GVO definiert wird – nachweisen können, dass die Einwilligung des Betroffenen in die Verarbeitung der Daten vorliegt, vgl. Art. 7 Abs. 1 DS-GVO. Dem würde aber z. B. eine Einwilligung in Textform, wie es bei einer E-Mail der Fall wäre, genügen.[63]

Ferner ist in dem Fall, dass die Einwilligung durch schriftliche Erklärung erfolgt, die darüber hinaus weitere Sachverhalte betrifft, gem. Art. 7 Abs. 2 S. 1 DS-GVO beachtlich, dass das Ersuchen um Einwilligung in verständlicher und leicht zugänglicher Form in einer klaren und einfachen Sprache so erfolgen muss, dass es von den anderen Sachverhalten klar zu unterscheiden ist. Die Verbindlichkeit von Teilen der Erklärung, die einen Verstoß gegen die DS-GVO darstellen wird ferner durch Art. 7 Abs. 2 S. 2 DS-GVO ausgeschlossen.

3.) Auf Grund der hier geschilderten Bedingungen dürfte es zukünftig recht schwierig sein, die Inboxwerbung in ihrer beschriebenen Er-

60 *Köhler/Bornkamm/Feddersen/Köhler*, 40. Aufl. 2022, UWG § 7 Rn. 148a.
61 BeckOK UWG/*Fritzsche*, 16. Ed. 25.3.2022, UWG (idF v. 28.5.2022) § 7 Rn. 89.
62 BGH, GRUR 2018, 545 Rn. 31.
63 BeckOK UWG/*Fritzsche*, 16. Ed. 25.3.2022, UWG (idF v. 28.5.2022) § 7 Rn. 85.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

scheinungsform zu verwenden, ohne in den Bereich einer unzumutbaren Belästigung und damit einer unzulässigen geschäftlichen Handlung zu kommen. Der EuGH hat festgestellt, dass es sich bei der Inboxwerbung um elektronische Post handelt.[64] Dabei waren für ihn weniger die technischen Rahmenbedingungen – also die Frage, wie eine E-Mail übermittelt wird[65] - entscheidend. Vielmehr rückt die Wirkung auf den Nutzer des E-Mail-Postfachs in den Mittelpunkt. Dieser wird von der Inboxwerbung in ähnlichem Maße belästigt wie von unerwünschten E-Mails – den sog. Spam-Nachrichten. Dementsprechend wird die Inboxwerbung in nachvollziehbarer Art und Weise als elektronische Post i. S. d. § 7 Abs. 2 S. 2 UWG bzw. dem Art. 13 Abs. 1 RL 2002/58 aufgefasst.

Folgerichtig muss jeder Nutzer eines E-Mail-Providers, der die Inboxwerbung zur Finanzierung seines Dienstes nutzen will, in deren Verwendung einwilligen. An diese Einwilligung sind wiederum strenge Anforderungen zu stellen, die in der Praxis wohl größere Schwierigkeiten bereiten werden. Während die Beschreibung der Art und Weise, auf die die Werbung erfolgen soll, noch recht einfach zu realisieren ist, wird man auf Grund der größeren Anzahl der Werbepartner und deren beständigen Wechsel sicherlich schnell an Grenzen stoßen. Schließlich sind die Werbepartner – um den Nutzer vollumfänglich zu informieren – konkret und namentlich zu benennen. Jeder Wechsel eines Werbepartners würde zur Erforderlichkeit einer erneuten Einwilligung führen. Zudem dürfte eine einmalige Einwilligung – wie geschildert – auch in zeitlicher Hinsicht keine unbegrenzte Wirkung haben.

Im Ergebnis ist die Inboxwerbung daher wohl als unpraktikabel und demnach als Auslaufmodell zu sehen. Eine Ersatzkonstruktion darf mit Spannung erwartet werden.

64 EuGH, GRUR 2022, 87.

65 Hieran hatte das OLG Nürnberg bei der Beurteilung der Inboxwerbung angeknüpft. (vgl. OLG Nürnberg, GRUR-RR 2019, 170 Rn. 74 ff.).

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

Strafbare Werbung nach § 16 UWG – ein Straftatbestand im Schattendasein

Bernhard Klose

Auch Normen des Nebenstrafrechts, deren praktische Umsetzung bei der Strafverfolgung aus vielfältigen, in der Regel außerrechtlichen Gründen häufig hinter denjenigen der Vorschriften des Kernstrafrechts zurücktritt, regeln das Wirtschaftsleben. Zu diesen gehören gerade auch die Straftatbestände des Lauterkeitsrechts, die dazu geschaffen worden sind, den fairen Wettbewerb zu sichern. Dieser Schutz ist für den Wettbewerb nicht nur marginal.[1] Das Nebeneinander und die wechselseitige Abhängigkeit von Straf- und Zivilrecht treten besonders im Bereich des Lauterkeitsrechts deutlich hervor.

I. Werbung

Werbung gehört zu den Selbstverständlichkeiten unseres Alltags. Sie dient ihrer Natur nach dazu Verbraucher zu veranlassen, bisher nicht gekannte oder unterdrückte Bedürfnisse zu entdecken und mit dem Angebot des Werbenden zu befriedigen.[2] Im Lauterkeitsrecht ist der Begriff der Werbung nicht ausdrücklich definiert,[3] so dass auf die allgemeinen Begriffsbestimmungen zurückzugreifen ist. Werbung ist jede Ausübung eines Handelns, Gewerbes, Handwerks oder freien Berufs mit dem Ziel, den Absatz von Waren oder die Erbringung von Dienstleistungen zu fördern.[4]

1 Er setzt neben einer fairen Konkurrenzsituation zwischen den Mitbewerbern auch eine nicht durch unlautere Werbemaßnahmen geprägte Entscheidungsfindung der Konsumenten über konkurrierende Angebote durch: *Alexander*, Die strafbare Werbung in der UWG-Reform, WRP 2004, 410.

2 Vgl. MüKo Lauterkeitsstrafrecht-*Brammsen*, UWG § 16, Rn 39. Zu der Kennzeichnungspflicht von Instagram-Beiträgen als Werbung: BGH, Urteil vom 9.9.2021 – I Zr 90/20, NJW 2021, 3450, 3459; dazu: *Glöckner*, Lauterkeitsrechtliche Schranken, NJW 2021, 3427.

3 *Glöckner*, Lauterkeitsrechtliche Schranken für Influencer in sozialen Medien, NJW 2021, 3427; Vgl. MüKo Lauterkeitsstrafrechtrecht-*Brammsen*, UWG § 16, Rn 38f.

4 Erbs/Kohlhaas-*Diemer*, UWG § 16, Rn 9.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

Wenn die Bedürfnisse bereits bekannt sind, soll der Verbraucher dazu motiviert werden, sich für die Produkte des Werbenden zu entscheiden. Eine ausschließlich objektive Information kann er nicht erwarten. Das ist im Regelfall auch nicht erforderlich. Der mündige Verbraucher kann die Werbung aber nur dann einschätzen, wenn die Grenzen der fairen Werbung eingehalten werden. Nicht zuletzt dazu, dies zu sichern, dienen die Regelungen des UWG.

II. Begründung der Strafbarkeit durch Werben

Grenzüberschreitungen bei der Werbung sind unterschiedlichen Sanktionen ausgesetzt. Unlautere Werbung hat dem Willen des Gesetzgebers nach nicht allein zivil- und ordnungswidrigkeitenrechtliche[5] Konsequenzen.[6] In § 16 Abs. 2 UWG sind als besonders gefährlich geltende Handlungen unter Strafe[7] gestellt.[8] Diese Strafbarkeit[9] wird jedoch in der täglichen Praxis der Strafverfolgungsbehörden[10] scheinbar nur selten tatsächlich umgesetzt. So ist für diese Strafnorm, die 2004 als Neufassung bereits zuvor bestehender Strafvorschriften geschaffen wurde,[11] sowohl bei der Behandlung in wissen-

5 Die Verbreitung neuer Werbemethoden hat dazu geführt, dass der Gesetzgeber im Jahr 2009 (*Gesetz zur Bekämpfung unerlaubter Telefonwerbung und zur Verbesserung des Verbraucherschutzes bei besonderen Vertriebsformen* vom 29.7.2009, BGBl. I., S. 241) einen Ordnungswidrigkeitstatbestand geschaffen hat, der es auch ermöglicht, zu Werbezwecke erfolgende ungewollte Telefonanrufe, also solche, bei denen die Einwilligung der Angerufenen fehlt, als Ordnungswidrigkeit zu verfolgen; vgl. *Köhler,* Neue Regelungen zum Verbraucherschutz bei Telefonwerbung und Fernabsatzverträgen, NJW 2009, 2567).

6 In dem UWG von 1909 liefen die zivil- und strafrechtlichen Sanktionen für unerlaubte Werbung zunächst weitgehend gleich: *Alexander*, Die strafbare, WRP 2004, 408.

7 Zivilrechtlich sieht das Lauterkeitsrecht des UWG Beseitigungs- und Unterlassungsansprüche gegen unlautere Werbung vor (§§ 3, 8 UWG): *Többens*, Die Straftaten, WRP 2005, 553.

8 Zur Strafwürdigkeit: *Otto*, Die Reform des strafrechtlichen Schutzes vor unwahrer Werbung – Dargestellt am Problem der Bekämpfung unwahrer Werbung für Adressbücher und Verzeichnisse, GRUR 1979, 91.

9 *Dornis*, Der „Anschein eines besonders günstigen Angebots" i.S. des § 16 Abs. 1 UWG, GRUR 2008, 743.

10 Sie gehört in das breite Spektrum der Strafnormen des Wirtschaftsstrafrechts: *Többens*, Die Straftaten nach dem Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (§§ 16 – 19 UWG), WRP 2005, 552.

11 Diese seit 2004 geltende Regelung führt das bis dahin geltende Recht weitgehend fort, beschränkt jedoch den durch ein Schneeballsystem betroffenen Personenkreis

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

schaftlichen Erörterungen als auch in der publizieren Rechtsprechung ein unverdientes Schattendasein[12] zu verzeichnen.[13]

1. Regelungsgehalt des § 16 UWG

Die Vorschrift des § 16 UWG[14] stellt in ihrem Absatz 1 die unwahre Werbung[15] und in ihrem Absatz 2 die progressive Kundenwerbung,[16] unter Strafe. Durch sie werden Verstöße gegen das Erfordernis einer lauteren Werbung wegen des Hervorrufens des Anscheins eines besonders günstigen Angebots durch unwahre Angaben kriminalisiert.[17] Im Unterschied zu den insoweit deutlich engeren Straftatbestände des Vermögensstrafrecht setzt eine Strafbarkeit nach § 16 Abs. 2 UWG keinen Vermögensschaden voraus.[18] Sie wird vielmehr durch den großen Kreis der potentiell Betroffenen be-

auf Verbraucher und erweitert die Regelbeispiele für besonders schwere Fälle: *Münker/Kaestner*, Das reformierte UWG im Überblick – Die Sicht der Praxis, BB 2004, 1700.

12 Vgl. schon: *Kunkel*, Zur praktischen Bedeutung der strafbaren Werbung gemäß § 16 Abs. 1 UWG vor dem Hintergrund der Ausgestaltung als Privatklagedelikt (§ 16 Abs. 1 UWG), WRP 2008, 292.

13 Die Handelnden können sich aber nicht dauerhaft darauf verlassen, dass die derzeit zurückhaltende Verfolgung beibehalten und ihnen im Falle ihrer Verfolgung das Schlupfloch des Verbotsirrtums wegen einer fehlenden Normkenntnis offengehalten wird. Da jedenfalls Gewerbetreibende dazu verpflichtet sind, sich umfassend mit den Regelungen des Wirtschaftsrechts zu befassen, wird ihnen das Berufen auf einen unvermeidbaren Verbotsirrtum regelmäßig versperrt sein: *Többens*, Die Straftaten, WRP 2005, 553.

14 Diese Regelung ist ein Schutzgesetz im Sinne von § 823 Abs. 2 BGB: OLG Köln, Urteil vom 27.9.2019 – 6 U 57/19, GRUR-RS 2019, 42420 Rn 64.

15 *Alexander*, Die strafbare, WRP 2004, 408.

16 Das betrifft typischerweise Schneeballsysteme: *Bechtel*. Gibt es ein Verbraucherschutzstrafrecht? – Eine Annäherung unter Betrachtung zentraler Regelungen aus Kern- und Nebenstrafrecht, NZWiSt 2021, 227.

17 Systematisch handelt es sich bei dieser Regelung um einen *"Vorfeldtatbestand des Betruges"*: *Brand/Hotz,* Der "VW-Skandal" unter wirtschaftsstrafrechtlichen Vorzeichen, NZG 2017, 979.

18 *Eisele,* Zur Strafbarkeit von "Kostenfallen" im Internet, NStZ 2010, 197. Auf eine konkrete Rechtsgutsverletzung kommt es nicht an. Es handelt sich damit um ein abstraktes Gefährdungsdelikt im Vorfeld des Betruges: Erbs/Kohlhaas-*Diemer*, UWG § 16, Rn 7; *Eisele*, Zur Strafbarkeit, NStZ 2010, 197.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

stimmt.[19] Strafbar ist eine über die lediglich irreführende[20] hinausgehende besonders gefährliche Werbung, die auf unwahren Angaben, einer besonderen Verbreitung oder dem Anschein eines besonders günstigen Angebots beruht.[21] Angeknüpft wird bei dem abstrakten Gefährdungsdelikt, von dem angriffsspezifisch eine Gemeingefahr ausgeht,[22] in beiden Absätzen an die abstrakte Gefährlichkeit der Handlung. Diese ist regelmäßig dadurch geprägt, dass besonders viele Verbraucher betroffen sind.[23] Sie setzt jeweils einen Bezug zum Markt und zum Wettbewerb voraus.[24] Jeder, der eine im Sinne des § 16 Abs. 1 UWG unwahre Angabe tätigt, ist ein geeigneter Täter.[25]

a) Unerlaubte Werbung

Die Sanktionsnorm des § 16 Abs. 1 UWG dient entsprechend des Schutzzwecks des UWG[26] – zumindest als Nebenzweck[27] - ebenso dem Schutz der Mitbewerber vor unlauterer Werbung,[28] wie dem Interesse der Allgemeinheit an der Aufrechterhaltung eines leistungsfähigen Wettbewerbs und dem Verbraucherschutz.[29] Es werden also nicht nur die Wettbewerber, sondern

19 Verboten ist es gegenüber einem größeren Kreis durch unwahre Angaben irreführend den Anschein eines besonders günstigen Angebots zu erwecken: *Brand/Hotz,* Der "VW-Skandal", NZG 2017, 980.

20 §§ 3, 5, 5a UWG.

21 Erbs/Kohlhaas-*Diemer*, UWG § 16, Rn 6; *Kühl*, Strafbare Werbung mit manipulierten Abgaswerten im Dieselskandal?, WRP 2019, 575.

22 *Brammsen/Apel*, Madoff, Phoenix, Ponzi und Co., WRP 2011, 401.

23 *Többens*, Die Straftaten, WRP 2005, 553.

24 *Alexander*, Die strafbare, WRP 2004, 413.

25 Da die Tat keine Eigenhändigkeit voraussetzt, kann sie auch in mittelbarer Täterschaft (§ 25 Abs. 1, 2 StGB) verwirklicht werden: *Alexander*, Die strafbare, WRP 2004, 412. Tritt eine Gesellschaft werbend in Erscheinung, kommt § 14 Abs. 1 StGB zur Anwendung.

26 Die Schutzrichtung des UWG ist in § 1 UWG definiert und erfasst neben dem Schutz der Mitbewerber und den Interessen der Öffentlichkeit an einem unverfälschten Wettbewerb auch den Schutz der Verbraucher: *Többens*, Die Straftaten, WRP 2005, 553; *Alexander*, Die strafbare, WRP 2004, 411.

27 *Alexander*, Die strafbare, WRP 2004, 411.

28 Köhler/Bornkamp/Feddersen, UWG-*Bornkamp* § 16, Rn. 3.

29 Köhler/Bornkamp/Feddersen, UWG-*Bornkamp* § 16, Rn. 2; *Többens*, Die Straftaten, WRP 2005, 553. Zum UWG als Verbraucherschutzrecht: *Micklitz/Keßler*, Funktionswandel des UWG, WRP 2003, 923. Bei der Strafnorm des § 16 UWG ist der Verbraucherschutz als Schutzzweck dagegen umstritten. Teilweise wird auf den Schutzzweck des § 1 UWG verwiesen, der auch die Verbraucher erfasst: OLG Stuttgart, Beschl. vom 31.3.1981 – 3 Ss 168/80, NJW 1982, 115, 15 zu dem damaligen § 4 UWG; Münche-

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

auch die Teilnehmer der anderen Marktseite, also die Adressaten der Werbung, geschützt.[30]

aa) Besonders günstiges Angebot

Eine Strafbare Werbung setzt voraus, dass es sich ihr um eine geschäftliche Handlung handelt, also um ein Verhalten bei oder nach einem Geschäftsabschluss, das mit der Förderung des Absatzes oder des Bezuges der Waren oder Dienstleistungen zusammenhängt,[31] und auf ein besonders günstiges Angebot gerichtet ist.[32]

bb) Angaben

Der Begriff der Angaben[33] im Sinne von § 16 Abs. 1 UWG[34] entspricht demjenigen in § 5 UWG.[35] Sie sind damit öffentlichkeitswirksame[36] nachprüfbare Aussagen des Werbenden,[37] über konkrete äußere und innere Ge-

---

ner Kommentar zum StGB-*S. Hohmann*, 3. Aufl., München, 2019, UWG § 16, Rn 61. Jedenfalls im Hinblick auf den Schutzweck von § 16 Abs. 2 UWG liegt es nahe, auch den Verbraucherschutz als Zielrichtung der Sanktionsnorm zu betrachten: *Bechtel*, Gibt es ein, NZWiSt 2021, 228.

30 *Alexander*, Die strafbare, WRP 2004, 408. Es muss jedoch nicht nachgewiesen werden, dass diese Adressaten unmittelbar schadensstiftend beeinflusst hat. Anders als bei dem in § 263 StGB geregelten Betrug ist der Eintritt eines Vermögensschadens keine Tatbestandsvoraussetzung: *Többens*, Die Straftaten, WRP 2005, 553.

31 Erbs/Kohlhaas-*Diemer*, UWG § 16, Rn 9.

32 Köhler/Bornkamp/Feddersen, UWG-*Bornkamp* § 16, Rn. 19.

33 Auf die Ausdrucksform der Angabe kommt es dagegen nicht an: Erbs/Kohlhaas-*Diemer*, UWG § 16, Rn 16, Rn 12.

34 Da der Begriff der Angabe weit aufzufassen ist, erfasst dieser auch Werturteile und Prognosen mit einem nachprüfbaren, dem Beweis zugänglichen Kern (Größtes Versandhaus Süddeutschlands), oder die unrichtige Behauptung einer Rechtsanwältin, sie sei derzeit Mitglied der Vorstandsabteilung einer Rechtsanwaltskammer für Vermittlungen: BGH, Urteil vom 22.7.2021 – I ZR 123/20, NJW 2021, 3465, 3465.

35 Köhler/Bornkamp/Feddersen, UWG-*Bornkamp* § 16, Rn. 8.

36 Ihre Nachprüfbarkeit wird gewährleistet, wenn die Angaben einen Hinweis auf die Beschaffenheit der Ware aufweisen, und dem Beweis zugänglich sind: BGH, Urteil vom 5.2.1965 – Ib ZR 30/63, GRUR 1965, 365, 367.

37 BGH, Urteil vom 21.2.1991 – I ZR 106/89, NJW-RR 1991, 1061, 1061 („Königl. Bayerische Weisse“).

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

schehnisse oder Zustände der Vergangenheit oder Gegenwart[38] und damit sämtliche Informationen, die mitgeteilt werden, um Kunden zu gewinnen. Die Behauptung muss zudem ernst gemeint sein, so dass nichtssagende Anpreisungen ohne informativen Wert ebenso wenig tatbestandsmäßig sind, wie reklamehafte Übertreibungen.[39]

cc) Großer Adressatenkreis

Eine wesenliche Tatbestandsvoraussetzung ist schon wegen der auf die Verbraucher ausgerichteten Schutzrichtung weiterhin, dass über die Form der Bekanntmachung ein größerer Kreis von Personen[40] angesprochen wird.[41] Strafbar ist damit nicht die individuelle Täuschung, sondern eine täuschende Publikumswerbung.[42]

dd) Unwahr

Der Straftatbestand des § 16 Abs. 1 UWG setzt eine irreführende Werbung[43] mit objektiv unwahren Tatsachen voraus.[44] Unwahr ist eine Angabe, die

38 Erbs/Kohlhaas-*Diemer*, UWG § 16, Rn 10 u. 16.
39 Erbs/Kohlhaas-*Diemer*, UWG § 16, Rn 11 u. 16.
40 *Alexander*, Die strafbare, WRP 2004, 414.
41 Köhler/Bornkamp/Feddersen, UWG-*Bornkamp* § 16, Rn. 15; *Többens*, Die Straftaten, WRP 2005, 553.
42 *Eisele*, Zur Strafbarkeit, NStZ 2010, 197.
43 Ein Zusammenhang zwischen in der Werbung beworbenen Ware oder Leistung und der Werbung ist nicht zwingend erforderlich. Es muss also kein strikt auf das beabsichtigte Geschäft bezogene sachliche Verknüpfung des angekündigten Vorteils bestehen: BGH, Urteil vom 30.5.2009 – 1 StR 166/07, GRUR 2008, 818, 822.
44 Erbs/Kohlhaas-*Diemer*, UWG § 16, Rn 16; *Kühl*, Strafbare Werbung, WRP 2019, 575.
45 Eine unwahre Angabe kann auch dann gegeben sein, wenn die Aussage formal zutreffend ist, in ihrer Gesamtaussage jedoch einen anderen Erklärungsinhalt hat: *Eisele*, Zur Strafbarkeit, NStZ 2010, 193, 197. In Betracht kommt das vor allem bei Abo- und Kostenfallen: Dazu: *Eisele*, Zur Strafbarkeit, NStZ 2010, 193, 197; *Majer/Buchmann,* Die „Abofalle" im Internet- Mitverschulden des Betrogenen und Europarecht, NJW 2014, 3342. Auch durch eine nachträgliche Korrektur wird die Unwahrheit nicht zwingend behoben. Eine Werbung ist auch als unwahr strafbar, wenn eine vordergründige Korrektur bzw. Einschränkung des Hauptwerbetextes praktisch nicht wahrnehmbar ist: OLG Celle, Urteil vom 1.9.2004 – 21 Ss 47/04, MMR 2004, 821, 822.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

objektiv falsch[45] ist,[46] also mit den tatsächlichen Gegebenheiten nicht übereinstimmt.[47] Bei einer objektiven Unrichtigkeit kann eine Irreführung durch geeignete Zusätze vermieden werden.[48] Einige Beispiele verdeutlichend das. Das in Kenntnis davon erfolgte Ausloben von werthaltigen Gegenständen, obwohl lediglich „wertloser Plunder" übergeben werden soll, beinhaltet eine unrichtige Angabe.[49] Auch in einer Gewinnmitteilung ohne eine Chance für den Adressaten, den Gewinn ausgegehrt zu erhalten, liegt eine solche vor, wenn der Adressat die Gewinnmitteilung[50] nur so verstehen konnte, dass er den Preis bereits gewonnen hatte.

ee) Irreführend

In dem Tatbestandsmerkmal der Geeignetheit zur Irreführung kommt der Charakter von § 16 Abs. 1 UWG als abstraktes Gefährdungsdelikt zum

46 *Lindloff/Fromm,* Ist gekennzeichnete redaktionelle Werbung auf Webseiten strafbar? Strafrechtliche Relevanz des Verschleierns von Werbeleistungen, MMR 2011, 362.

47 *Kühl*, Strafbare Werbung, WRP 2019, 575. Allein durch das Anbieten einer Leistung, die tatsächlich nicht erbracht werden soll, wird der Anschein eines besonders günstigen Angebotes noch nicht erweckt: BGH, Urteil vom 26.10.1977 – 2 StR 432/77, NJW 1978, 173, 174. Eine Irreführung des Verbrauchers kann in Betracht kommen, wenn Zusatzkosten für fakultative Leistungen eines Luftverkehrsunternehmens erst zeitlich und räumlich getrennt nach der für die Auswahl des jeweiligen Fluges maßgeblichen Endpreisabrede genannt werden und ungewöhnliche Umstände hinzutreten: KG, Urteil vom 7.10.2015 – 5 U 45/14, GRUR-RR 2016, 77, 79. Die bloße Auslegungsbedürftigkeit begründet damit noch keine Unwahrheit: Unwahr ist etwa die Angabe, die Kunden würden ein „leckeres, reichhaltiges" Mittagessen erhalten, wenn ihnen lediglich verschlossene Konservendosen ausgehändigt werden: BGH. Urteil vom 15.8.2002 – 3 StR 11/02, NJW 2002, 3415 (3415) – (Kaffeefahrten); vgl. *Dornis*, Der „Anschein, GRUR 2008, 745. Anders als bei dem Straftatbestand des Betruges in § 263 StGB ist hierbei nicht auf den Adressaten der Werbung, sondern auch auf den Handelnden abzustellen: *Kühl*, Strafbare Werbung, WRP 2019, 575.

48 BGH, Urteil vom 29.4.1982 – I ZR 111/80 (Elsässer Nudeln), GRUR 1982, 564, 565. Die Unwahrheit dieser Angabe wird nicht dadurch aufgehoben, dass in optisch schwer zugänglichen Werbebedingungen auf der Rückseite Gegenteiliges dargelegt wird: BGH, Urteil vom 30.5.2009 – 1 StR 166/07, GRUR 2008, 818, 822.

49 BGH, Urteil vom 30.5.2009 – 1 StR 166/07, GRUR 2008, 818, 822.

50 In dem Versprechen eines Gewinns kann eine Angabe über geschäftliche Verhältnisse gesehen werden, wenn diese den Anschein eines besonders günstigen Angebots hervorrufen: BGH. Urteil vom 15.8.2002 – 3 StR 11/02, NJW 2002, 3415, 3415 – (Kaffeefahrten).

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

Ausdruck.[51] Zur Irreführung[52] geeignet sind bereits Angaben, die einen nicht ganz unbeachtlichen Teil der durch die Werbung[53] angesprochenen Verkehrskreise[54] dazu veranlassen können, sie für wahr zu halten und dadurch getäuscht zu werden.[55] Bei der Irrtumsgefahr kommt es, sofern nicht lediglich ein bestimmter Verkehrskreis betroffen ist, auf die Auffassung des angemessen gut unterrichteten, angemessen aufmerksamen und kritischen Durchschnittsverbrauchers[56] an.[57] Für Verbraucher ist eine in den von ihnen genutzten Medien erscheinende Werbung vor allem dann verwirrend, wenn diese nicht als solche gekennzeichnet ist.[58]

---

51 *Alexander*, Die strafbare, WRP 2004, 414.

52 Dazu: *Ahrens*, Der Irreführungsbegriff im deutschen Wettbewerbsrecht, WRP 1999, 389.Zur irreführenden Angaben im Zusammenhang mit ärtzlichen Qualifikationen und Praxisbezeichnungen: *Möller*, die Entwicklungen des Lauterkeitsrechts, NJW 2022, 2088.

53 Aus der Unwahrheit von Angaben, die für die Werbeaussage über zentrale Angaben verfügen, kann sich aus dem Gesamteindruck ergeben, dass diese zur Irreführung geeignet waren: BGH, Urteil vom 30.5.2009 – 1 StR 166/07, GRUR 2008, 818, 822.

54 Köhler/Bornkamp/Feddersen, UWG-*Bornkamp* § 16, Rn. Vgl. 10f. Wirbt der Anbieter mit an einen größeren Personenkreis gerichteten Anzeigen für Kreditleistungen und verschleiert dabei die tatsächlichen Kreditkosten, kommt eine Strafbarkeit nach § 16 Abs. 1 UWG in Betracht. Die Anzeigen richten sich typischerweise an ein breites Publikum. Enthält die Werbung unwahre irreführende Angaben mit einer Eignung zur Irreführung, liegen darin typische Fälle der strafbaren Werbung begründet: *Grote/Wellmann*, Geduldeter Betrug? Rechtliche Bewertung unseriöser Kreditvermittlungsangebote, VuR 2007, 264.

55 BGH, Urteil vom 15.8.2002 – 3 StR 11/02, NJW 2002, 3415, 3416 – Kaffeefahrten; vgl. Köhler/Bornkamp/Feddersen, UWG-*Bornkamp* § 16, Rn. 9. Zur schlüssigen Täuschung: *Scheinfeld*, Betrug durch unternehmerisches Werben, wistra 2008, 173.

56 Kritisch dazu: *Vergho*, Das Leitbild eines verständigen Durchschnittsverbrauchers und das Strafrecht – ein inkongruentes Verhältnis, wistra 2010, 86. Die in dem bis zum 9.12.2015 geltende Aufzählung noch erwähnte schutzbedürftige Verbraucher (§ 4 Abs. 1 UWG a.F. (kritisch dazu: *Scherer*, Schutz „leichtgläubiger" und „geschäftlich unerfahrener" Verbraucher in § 4 Nr. 2 UWG n.F. – Widerkehr des alten Verbraucherleitbildes „durch die Hintertür"?, WRP 2004, 1355) ist für die Bestimmung des Lauterkeitsrechts nicht mehr normiert.

57 BGH, Urteil vom 24.7.2014 – I ZR 221/12, LMuR 2014, 193, 197 - (Original Bach-Blüten); BGH, Urt. vom 5.3.2014 – 2 StR 612/12, NZWiSt 2014, 387, 390 – Routenplaner-Abonnements; vgl. *Ahrens*, Der Irreführungsbegriff im deutschen Wettbewerbsrecht, WRP 1999, 389.

58 Um ihn davor zu schützen, war in dem bis zum 28.2.2007 geltenden § 13 UWG bestimmt, dass die Werbung als solche klar erkennbar und vom übrigen Inhalt dem Angebot eindeutig getrennt sein musste und in der Werbung keine unterschwelligen Techniken eingesetzt werden durften: KG, Urteil vom 30.6.2006 – 5 U 127/05, MMR 2006, 680 (680). Danach bestand ein Unterlassungsanspruch, wenn dem Leser eine entgeltliche Anzeige als redaktioneller Beitrag dargestellt wurde: Vgl. BGH, Urteil

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

b) Tatbestandsverwirklichung

Als Tathandlung kommt jede Art von (nicht notwendig eigenhändiger)[59] auch mittäterschaftlicher oder mittelbarer werbender Erklärung im geschäftlichen Verkehr[60] in öffentlichen Bekanntmachungen oder Mitteilungen,[61] sowohl durch aktives Tun als auch durch Verschweigen in Betracht.[62] Die Strafbarkeit nach §16 Abs. 1 UWG setzt ein vorsätzliches Handeln voraus. Dieser Vorsatz (§ 15 StGB) muss sich auf den gesamten objektiven Tatbestand beziehen.[63] Der Straftatbestand des § 16 Abs. 1 UWG ist also nur dann verwirklicht, [64] wenn die unwahre Angabe in der Absicht, also mit dolus direktus ersten Grades, abgegeben wurde, den Anschein eines günstigen Angebots zu erwecken.[65]

---

vom 7.6.1967 – Ib ZR 34/65, GRUR 1968, 383 (384). In § 6 Telemediengesetz (TMD) ist vorgeschrieben, dass bei der kommerziellen Kommunikation, die Telemedien oder Bestandteile davon sind, die kommerzielle Kommunikation klar als solche erkennbar und die Person, in deren Namen die Kommunikation erfolgt, klar identifizierbar sein muss. Das TMG selbst enthält aber keine Verstöße dagegen sanktionierende Strafvorschrift. Auch aus § 16 Abs. 1 UWG können Verstöße dagegen nicht bestraft werden, weil das Verschleiern der Werbung selbst nicht in einem unmittelbaren Zusammenhang zwischen der Werbegestaltung und dem angepriesenen Produkt steht: *Lindloff/Fromm*, Ist gekennzeichnete, MMR 2011, 360, 362. Zur Kennzeichnungspflicht bei einer Werbung für ein Herstellergeschenk: BGH, Urteil vom 13.1.2022 – I ZR 35/21 (Influencer III), NJW 2022, 2106, 2109.

59 Lauterkeitsstrafrecht-*Bammsen*, UWG § 16, Rn 40.

60 Köhler/Bornkamp/Feddersen, UWG-*Bornkamp* § 16, Rn.40.

61 Köhler/Bornkamp/Feddersen, UWG-*Bornkamp* § 16, Rn.14.

62 Köhler/Bornkamp/Feddersen, UWG-*Bornkamp* § 16, Rn. 12. Werden eine Vielzahl von Betrugshandlungen nicht (etwa als uneigentliches Organisationsdelikt) tateinheitlich verübt, werden diese nicht durch eine zugleich verübte einheitliche Tat der strafbaren Werbung nach § 16 Abs. 2 UWG zu einer einheitlichen Tat verklammert: BGH, Beschl. vom 9.11.2011 – 4 StR 252/11, BeckRS 2011, 29719, Rn 8. Werden mehrere Präsentationen, die demselben System der Kundenwerbung dienen, vorgestellt, verwirklicht der Täter den Tatbestand der progressiven Kundenwerbung nur einmal: KG, Beschl. vom 27.9.2004 – 5 Ws 255/04, NStZ-RR 2005, 26, 27.

63 *Alexander*, Die strafbare, WRP 2004, 415.

64 Die Strafnorm des § 16 UWG behandelt Handlungen, die im Vorfeld des Betruges verübt werden. Sie können tateinheitlich zusammentreffen: *Alexander*, Die strafbare, WRP 2004, 417.

65 *Alexander*, Die strafbare, WRP 2004, 416.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

2. Progressive Kundenwerbung gemäß § 16 Abs. 2 UWG

Die Regelung des § 16 Abs. 2 UWG wurde im Zuge der UWG-Novelle 2004, eingeführt.[66] Durch sie ist seither eine progressive Kundenwerbung,[67] im Ergebnis das Betreiben eines Schneeball- oder Pyramidensystems, unter Strafe gestellt,[68] bei dem der Veranstalter[69] Verbrauchern Vorteile in Aussicht stellt, wenn diese weitere Kunden werben,[70] die letztlich keine begründete Erwartung hegen können selbst Vorteile zu erzielen.[71] Strafbar ist das Veranlassen eines Unternehmers gegenüber einem Verbraucher Waren, Leistungen oder Rechte durch das Versprechen besonderer Vorteile derart zu erwerben,[72] dass Verbraucher dazu veranlasst werden, sich an einem auf Kosten Dritter ausgerichteten Vertriebssystem zu beteiligen.[73] Die Werbung durch zumindest scheinbar zufriedene Kunden erweckt den Anschein einer besonderen Glaubwürdigkeit.[74] Die Grenzen zu dem (noch) Erlaubten sind fließend.[75] Ob ein Vertriebssystem noch als zulässiger Strukturvertrieb,[76] oder bereits als unlautere Form der progressiven Kundenwerbung einzuordnen ist, hängt davon ab, ob das Vertriebssystem in erster Linie auf den Warenabsatz ausgerichtet ist, oder es mit dem Versprechen besonderer Vorteile typischerweise darauf abzielt, neue Teilnehmer in die Absatzstruk-

66 *Brammsen/Apel*, Madoff, Phoenix, Ponzi und Co, WRP 2011, 400. Die Regelung entspricht weitgehend § 6c UWG a.F.: Köhler/Bornkamp/Feddersen, UWG-*Bornkamp* § 16, Rn. 34. Sie basiert auf § 6c UWG aF. Vgl. Köhler/Bornkamp/Feddersen, UWG-*Bornkamp* § 16, Rn. 1.

67 *Többens*, Die Straftaten, WRP 2005, 553.

68 *Olesch*, § 16 II UWG: Ein Schiff ohne Wasser, WRP 2007, 908.

69 Köhler/Bornkamp/Feddersen, UWG-*Bornkamp* § 16, Rn. 39.

70 Die Strafbarkeit nach Sinne des § 16 Abs. 2 UWG beruht gerade darauf, dass Kunden als Werbemedium eingesetzt werden: *Alexander*, Die strafbare, WRP 2004, 408.

71 Zur Tatbestandsverwirklichung: Köhler/Bornkamp/Feddersen, UWG-*Bornkamp* § 16, Rn. 35.

72 *Brammsen/Apel*, Madoff, Phoenix, Ponzi und Co., WRP 2011, 402.

73 Dazu: *Mäsch/Hesse*, Multi-Level-Marketing im straffreien Raum, GRUR 2010, 11.

74 *Alexander*, Die strafbare, WRP 2004, 409.

75 Für die Abgrenzung zwischen einem zulässigen Strukturvertrieb und einer unzulässigen progressiven Kundenwerbung ist es notwendig, eine Gesamtbetrachtung des Vertriebssystems vorzunehmen. Maßgeblich kommt es dann darauf an, ob dieses in erster Linie dem Warenabsatz dient, oder ob es nach der Werbung darauf abzielt, neue Teilnehmer in die Vertriebsstruktur einzubinden: OLG Frankfurt a.M., Beschl. vom 21.1.2016 – 6 W 7/16, GRUR-RR 2016, 202, 203; OLG Frankfurt a.M., Urteil vom 12.5.2011 – 6 U 29/11, GRUR-RR 2012, 77, 77.

76 Köhler/Bornkamp/Feddersen, UWG-*Bornkamp* § 16, Rn. 42.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

tur einzubinden.[77] Die Strafwürdigkeit wird durch das „Kettenelement" begründet.[78] Sie beruht entsprechend des Schutzumfangs der Richtlinie 2005/29/EG[79] darauf, dass der Teilnehmer des Systems ein Verbraucher ist.[80] Der Schutzzweck des § 16 Abs. 2 UWG ist darauf gerichtet, Schutz vor Täuschung, aleatorischer (vom Zufall abhängiger) Willensbetätigung und Vermögensgefährdung[81] zu gewähren.

a) Verbraucher

Da das UWG keinen eigenen Verbraucherbegriff[82] bestimmt,[83] wird dieser durch § 13 BGB vorgegeben.[84] Verbraucher im Sinne des § 16 Abs. 2 UWG ist dementsprechend eine natürliche Person, sofern sie im Geschäftsverkehr

77 OLG Frankfurt a.M., Beschl. vom 21.1.2016 – 6 W 7/16, WRP 2016, 631, 621.

78 *Többens*, Die Straftaten, WRP 2005, 554.

79 Richtlinie 2005/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11.5.2005 über unlautere Geschäftspraktiken im binnenmarktinternen Geschäftsverkehr zwischen Unternehmen und Verbrauchern, ABl. L 149/22 vom 11.6.2005.

80 *Olesch*, § 16 II UWG: Ein Schiff ohne Wasser, WRP 2007, 909. *Brammsen/Apel*, Madoff, Phoenix, Ponzi und Co., WRP 2011, 400.

81 Die Regelung des § 16 Abs. 2 UWG ist ein abstraktes Gefährdungsdelikt (Köhler/Bornkamp/Feddersen, UWG-*Bornkamp* § 16, Rn. 4), von dem angriffsspezifisch eine Gemeingefahr ausgeht (*Brammsen/Apel*, Madoff, Phoenix, Ponzi und Co., WRP 2011, 40) so dass es für die Verwirklichung dieses Straftatbestandes nicht darauf ankommt, ob der Angeworbene tatsächlich getäuscht worden ist: *Keller*, Progressive Systeme zur Verkaufsförderung im Recht des unlauteren Wettbewerbs, WRP 2017, 264. Er setzt keinen spezifischen Erfolg im Sinne einer Verletzung, sondern die Begründung einer Gemeingefahr voraus: *Brammsen/Apel*, Madoff, Phoenix, Ponzi und Co., WRP 2011, 400.

82 Zur Definition des Verbrauchers: *Olesch*, § 16 II UWG: Ein Schiff ohne Wasser, WRP 2007, 910. Die vorhergehende Regelung, behandelte als Betroffene alle "Nichtkaufleute": Die progressive Kundenwerbung führt aber vielfach zur Einbeziehung von Laien, die nebenberuflich tätig werden können und wollen: *Brammsen/Apel*, Madoff, Phoenix, Ponzi und Co, WRP 2011, 404. Den Betroffenen der jeweiligen Systeme drohen jeweils konkrete Vermögenseinbußen. Regelmäßig wenden sie sich gerade an geschäftlich unerfahrene, leichtgläubige Verbraucher, mit einem vielfach nur eingeschränkten finanziellen Spielraum: *Alexander*, Die strafbare, WRP 2004, 410.

83 Im Zusammenhang mit der progressiven Kundenwerbung hat der 5. Strafsenat des BGH insoweit klargestellt, dass das UWG keinen eigenen Verbraucherbegriff kreiert hat und dieser daher anhand eines objektiven Maßstabes vom unternehmerischen Handeln abzugrenzen ist: BGH, Urteil vom 24.2.2011 – 5 StR 514/09, NStZ 2011, 411, 412f.

84 *Mäsch/Hesse*, Multi-Level-Marketing, GRUR 2010, 13.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

zu privaten Zwecken, also für den privaten Konsum oder die sonstige individuelle Bedarfsdeckung handelt.[85] Damit können Personen, die selbst im Vertrieb tätig werden, ihre Verbrauchereigenschaft verlieren und tauglicher Täter werden. Die Abgrenzung von Unternehmern und Verbrauchern[86] ist vor allem dann von großer Bedeutung, wenn die Betroffenen, wie bei Schneeballsystemen typisch, selbst auch vermittelnd tätig werden.[87] Hier kommt es auf die in §§ 13, 14 BGB vorgegebene Definition an, die wiederum wesentlich darauf abstellt, ob der Abschluss eines Rechtsgeschäfts für eine gewerbliche und selbständige berufliche Tätigkeit vorgenommen wurde.[88] Gewerblich ist danach schon die Tätigkeit zur Existenzgründung, sofern die getroffenen Maßnahmen bereits Bestandteil der Existenzgründung selbst sind.[89] Der möglicherweise engere Verbraucherbegriff des europäischen Rechts tritt dahinter zurück, weil der nationale Verbraucherbegriff umfassender ist und das europäische Recht allein einen Mindest-, aber keinen Höchstschutz normiert.[90]

b) Schneeballsystem

Bei einem Schneeballsystem werben Kunden bei den künftigen Kunden darum, dass diese mit dem veranstaltenden Unternehmer einen Vertrag schließen, wobei den Werbenden für das jeweils durch ihre Vermittlung abgeschlossene Geschäft geldwerte Vorteile zufließen.[91] Derartige Direkt-

85 OLG Hamm, Beschl. vom 9.12.2008 – 2 Ws 312/08, NStZ-RR 2009, 155 (Ls.).

86 Ein wesentliche Vorfrage, die bei der Einschätzung der irreführenden Werbung zu beantworten ist, ist die Frage, welche Anforderungen an den Verbraucher zu stellen sind. Der Bundesgerichtshof hat – in Zivilsachen – zunächst auf den „flüchtigen und unaufmerksamen Verbraucher" abgestellt, wohingegen der EuGH von den „umsichtigen Verbraucher" ausgeht: *Ahrens*, Der Irreführungsbegriff im deutschen Wettbewerbsrecht, WRP 1999, 389.

87 Da der Schutz des Lauterkeitsrechts bereits im Vorfeld des Vertragsanbahnung anknüpft, ist die Frage, ob der Betroffene Verbraucher ist, auch für diesen Zeitpunkt zu beantworten. Da der Straftatbestand als ein Unternehmensdelikt ausgestaltet ist, ist die Tat bereits mit dem Versuch, das Werbe- und Vertriebssystem in Gang zu setzen, vollendet: BGH, Urteil vom 24.2.2011 – 5 StR 514/09, NStZ 2011, 411, 413.

88 BGH, Urteil vom 24.2.2011 – 5 StR 514/09, NStZ 2011, 411, 412.

89 Sondierungshandlungen zur Existenzgründung unterfallen damit der unternehmerischen Tätigkeit noch nicht: BGH, Urteil vom 24.2.2011 – 5 StR 514/09, NStZ 2011, 411, 412.

90 BGH, Urteil vom 24.2.2011 – 5 StR 514/09, NStZ 2011, 411, 413.

91 *Alexander*, Die strafbare, WRP 2004, 408.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

vertriebssysteme (Progressive Systeme zur Verkaufsförderung)[92] bzw. „Multi-Level-Marketing-Systeme"[93] werden dadurch geprägt, dass der Unternehmer den Vertrieb den eigenen Kunden überlässt, die von einem vielfachen Vertrieb selbst profitieren können.[94] Die Abgrenzung zwischen einem zulässigen „Multi-Level-Marketing-System und einem verbotenen auf eine progressive Kundenwerbung ausgerichteten Vertriebssystem erfordert dessen Gesamtbetrachtung. Ein Verstoß gegen § 16 Abs. 2 UWG setzt voraus, dass neue Teilnehmer - typischerweise durch das Inaussichtstellen einer Vergütung - darauf abzielen, neue Verbraucher in das Vertriebssystem einzubinden.[95]

c) Pyramidensystem

Das Pyramidensystem ist eine Abwandlung des einfachen Schneeballsystems. Bei diesem werden, häufig unter Einschaltung des Veranstalters, Verträge zwischen den Werbenden und den Geworbenen geschlossen. Der wirtschaftliche Vorteil erwächst den zuerst Geworbenen durch die inflationäre Anwerbung neuer Mitglieder, von deren Beiträgen den zuvor Geworbenen Erträge zufließen.[96] Der Abnahmeveranlassung muss das Versprechung zugrunde liegen, dass der Abnehmer besondere Vorteile erlangt und deshalb weitere Teilnehmer zum Abschluss gleichartiger Verträge veranlasst werden.[97]

92 *Keller*, Progressive Systeme zur Verkaufsförderung im Recht des unlauteren Wettbewerbs, WRP 2017, 262.
93 *Wünsche*, Abgrenzung zulässiger Multi-Level-Marketing-Systeme von unzulässiger progressiver Kundenwerbung, BB 2012, 274.
94 *Mäsch/Hesse*, Multi-Level-Marketing, GRUR 2010, 11.
95 OLG Frankfurt, Urt. vom 19.5.2011 – 4 U 286/10, NJOZ 2011, 1482, 1483. Strafbar wird die Kundenwerbung, wenn Verbrauchern „besondere Vorteile" zukommen. Damit diese Systeme aufrechterhalten werden sind die Angeworbenen dazu verpflichtet, eine Mindestzahl neuer Personen zu werben: *Keller*, Progressive Systeme zur Verkaufsförderung im Recht des unlauteren Wettbewerbs, WRP 2017, 263.
96 *Alexander*, Die strafbare, WRP 2004, 409.
97 *Brammsen/Apel*, Madoff, Phoenix, Ponzi und Co., WRP 2011, 405.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

III. Renaissance im Abgasskandal

Da es sich bei dem Straftatbestand des § 16 Abs. 1 UWG um einen Vorfeldtatbestand des Betruges handelt, lag es nahe, im Zusammenhang mit den falschen Angaben über den tatsächlichen Stickstoffausstoß und die Täuschung des Kraftfahrtbundesamtes eine unwahre und damit gemäß § 16 Abs. 1 UWG strafbare Werbung anzunehmen.[98] Das begründete jedoch, so unlauter das Vorgehen der Verantwortlichen im Zusammenhang mit dem Motor EA 189 auch gewesen sein mag, nur ein kurzes Aufflackern des Lauterkeitsrechts. Zweifelhaft ist bereits, ob die handelnden Ingenieure, die mit der Werbung selbst nicht befasst waren, taugliche Täter sein konnten.[99] Jedenfalls hätte mit den unrichtigen Stickstoffwerten geworben werden müssen. Da dies regelmäßig nicht der Fall war, fehlte es an der Tatbestandsvoraussetzung der falschen Werbeaussage.[100] Auch das Tatbestandsmerkmal der Irreführung[101] dürfte kaum zu belegen sein.[102] Ob ein Anspruch aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 16 Abs. 1 UWG dem Grunde nach möglich ist, was, voraussetzt, dass § 16 Abs. 1 UWG ein Schutzgesetz im Sinne von § 823 Abs. 2 BGB ist,[103] ist angesichts der nicht ersichtlichen strafbaren Werbung im Ergebnis nicht entscheidend.[104]

IV. Einfluss des Europarechts

Der Markt wird zunehmend europäisch geprägt. Da gilt auch für die Regelungen des Wettbewerbsrechts. Daher können bei der Auslegung der einzelnen Tatbestandsmerkmale durch einen Blick auf die von den gesetzlichen Regelungen umgesetzten europarechtlichen Vorgaben zielführende

98 *Brand/Hotz*, Der „VW-Skandal", NZG 2017, 979; *Kühl*, Strafbare Werbung, WRP 2019, 573; *Kühl*, Strafbare Werbung, WRP 2019, 573; vgl. Köhler/Bornkamp/Feddersen, UWG-*Bornkamp* § 16, Rn. 18a.

99 So aber: *Brand/Hotz*, Der „VW-Skandal", NZG 2017, 980.

100 OLG Köln, Urteil vom 27.9.2019 – 6 U 57/19, GRUR-RS 2019, 42420 Rn 666; *Brand/Hotz*, Der „VW-Skandal", NZG 2017, 980; skeptisch: *Kühl*, Strafbare Werbung, WRP 2019, 574.

101 Zur Irreführung durch Lockvogelangebote: *Lettl,* Irreführung durch Lock(vogel)angebote im derzeitigen und künftigen UWG, WRP 2008, 155.

102 *Brand/Hotz*, Der „VW-Skandal", NZG 2017, 981.

103 Köhler/Bornkamp/Feddersen, UWG-*Bornkamp* § 16, Rn. 18a; aA LG Offenbach, Urteil vom 3.5.2021 – 2 O 27/21, BeckRS 2021, 9547, Rn 18.

104 Vgl. Köhler/Bornkamp/Feddersen, UWG-*Bornkamp* § 16, Rn 18b.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

Erkenntnisse erlangt werden. Nationales Recht ist generell unionsrechtskonform auszulegen,[105] jedoch nur in dem Umfang, der zur Erfüllung der europarechtlichen Vorgaben erforderlich ist. Die Bedeutung dieser Einschränkung zeigt etwa die Bestimmung des Verbraucherbegriffs, der im Sinne des § 16 Abs. 2 UWG zu definieren ist.[106] Aus der UWP-Richtlinie wird lediglich abgeleitet, dass die Auslegung an dem Leitbild eines durchschnittlichen und verständigen Verbrauchers zu orientieren ist.[107] Dieser Begriff ist in dieser ihm innewohnenden Enge nicht spiegelbildlich in das deutsche Recht übertragen worden. Auf den ersten Blick ist das erstaunlich. Gerade die Regelungen des UWG dienen wesentlich der Umsetzung europarechtlicher Vorgaben. Verstößt eine Strafnorm gegen unmittelbar anwendbares Unionsrecht, ist sie nichtig und darf nicht angewendet,[108] der Täter darf auf ihrer Grundlage also nicht bestraft werden.[109] Bedeutung erlangt diese nationale Vorgabe gerade bei der Auslegung der Frage, [110] wer als Verbraucher i.S.v. § 16 UWG anzusehen ist. Wird auf das europäische Verbraucherleitbild des verständigen und aufgeklärten Verbraucherbegriff abgestellt, führt das dazu, dass den Betroffenen eine Mitverantwortung treffen kann.[111] Hier zeigt sich jedoch ein wesentlicher Unterschied zwischen der Strafbarkeit aus § 16 UWG und derjenigen aus § 263 StGB. Wird in § 16 UWG ein generealisierender Schutz normiert, der das Abstellen auf

105 Die Verpflichtung dazu ergibt sich aus der Verpflichtungswirkung des Art. 288 Abs. 3 AEUV und dem allgemeinen Loyalitätsgrundgebot des Art. 4 Abs. 3 EUV: *Brand/Blatter*, Europarecht in der strafrechtlichen Fallbearbeitung, JuS 2016, 984.

106 Das dient auch der Umsetzung der UGP-Richtlinie (Richtlinie 2005/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11.5.2005 über unlautere Geschäftspraktiken im binnenmarktinternen Geschäftsverkehr zwischen Unternehmen und Verbrauchern (…), ABl. L 149/22 die den Mitgliedsstaaten in Art. 11 Abs. 1 aufgibt, im Interesse der Verbraucher ein geeignetes und wirksames Mittel zur Bekämpfung unlauterer Geschäftspraktiken vorzusehen und die Einhaltung der Richtlinie durchzusetzen. Die Grundsätze dieser Richtlinie wurden durch die UWG-Novellen der Jahre 2008 und 2015 umgesetzt: MüKo Lauterkeitsstrafrecht-*Brammsen*, UWG § 16, Rn 21.

107 *Majer/Buchmann,* Die „Abofalle", NJW 2014, 3343.

108 *Hecker*, Europäisches Strafrecht: Anwendungsvorrang des Unionsrechts, JuS 2021, 468.

109 Damit ist das nationale Recht in Übereinstimmung mit dem Gesetzeswortlaut Unionsrecht auszulegen und fortzubilden, allerdings in den Grenzen, die der Nulla-Poena Satz sowie das strafrechtliche Bestimmtheitsgebot vorgeben: Vgl. BeckOK StGB-v. *Heintschel-Heinegg*, 50. Edition, Stand 1.5.2021, StGB § 1, Rn 29f.

110 Diese Auslegung hat dem „objektivierten" Willen des Gesetzgebers zu folgen: Lackner/Kühl-*Kühl*, StGB, 29. Aufl., München, 2018, § 1, Rn 7.

111 MüKo StGB-*Hefendehl*, 3. Aufl., München, 2019, § 263, 55f.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

einen „typischen" Verbraucher ermöglicht, sanktioniert § 263 StGB eine täuschungsbedingt erfolgte für den Leistenden nachteilige Vermögensverfügung eines Menschen. Auf die Vermeidbarkeit des Getäuschtwerdens kommt es dafür gerade nicht an. Auch der ausgesprochen „*dämliche*" Getäuschte, der es dem Betrüger leicht gemacht hat, kann betrogen werden. Das ist nach nationalem Recht auch konsequent, die europarechtlichen Vorgaben verlangen es jedoch nicht. Da strafrechtliche Regelungen zwar geeignet, aber nicht zwingend erforderlich sind, um unlautere Geschäftspraktiken zu bekämpfen, kann aus der UGP-Richtlinie nicht auf eine Begrenzung des Umfangs der Strafbarkeit aus § 16 Abs. 1 UWG geschlossen werden.[112] Auch wenn vertreten wird, dass die Regelung des § 16 Abs. 1 UWG strikt richtlinienkonform auszulegen ist,[113] fordert die Richtlinie lediglich einen Mindeststandart.[114] Sobald deren Erfüllung gewährleistet ist, bestimmt gemäß §§ 1 StGB, Art. 103 Abs. 2 GG allein der nationale Gesetzgeber, welche darüber hinausgehenden Handlungen strafbar sind und ob und in welchem Umfang ein bestimmtes Rechtsgut mit den Mitteln des Strafrechts verteidigt werden muss.[115] Der nationale Gesetzgeber war also nicht daran gehindert Regelungen zu treffen, die den Schutzumfang erweitern. Die Fassung des § 16 Abs. 1 UWG ist unter Erfüllung der Anforderungen der Richtlinie damit strafrechtsautonom über die durch die Richtlinie mindestens verlangten Pflichten hinausgehend vorzunehmen.

V. (Geringe) Bedeutung in der Praxis

Bei der strafbaren Werbung ist weniger ein Regelungsdefizit, als ein Vollzugsdefizit zu verzeichnen. Anders als den zivilrechtlichen Ansprüchen kommt den strafrechtlichen Sanktionen bei einer unlauteren Werbung nur eine geringe Bedeutung zu.[116] Die Zahl der publizierten höchstrichterlichen Entscheidungen zu § 16 UWG ist gering,[117] während zivilrechtliche Ansprü-

112 *Kühl*, Strafbare Werbung, WRP 2019, 573.
113 Nachweise dazu bei: MüKo Lauterkeitsstrafrecht-*Brammsen*, UWG § 16, Rn 21.
114 MüKo Lauterkeitsstrafrecht-*Brammsen*, UWG § 16, Rn 22.
115 BeckOK StGB-v. *Heintschel-Heinegg*, StGB § 1; kritisch: *Brammsen/Apel*, Madoff, Phoenix, Ponzi und Co, WRP 2011, 404.
116 *Alexander*, Die strafbare, WRP 2004, 409.
117 Zu den Zahlen bis 2005: *Kunkel*, Zur praktischen Bedeutung der strafbaren Werbung gemäß § 16 Abs. 1 UWG vor dem Hintergrund der Ausgestaltung als Privatklagedelikt (§ 16 Abs. 1 UWG), WRP 2008, 291.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

che wegen Wettbewerbsverstößen oft gerichtlich verfolgt werden.[118] Dafür gibt es praktische Gründe. Die Strafbarkeit wegen eines Verstoßes gegen § 16 Abs. 1 und 2 UWG erfolgt zwar von Amts wegen, setzt jedoch einen Anfangsverdacht der Strafverfolgungsbehörden voraus. Die möglicherweise strafbaren Sachverhalte werden bei den Strafverfolgungsbehörden aber häufig nicht bekannt. Eine verpflichtende Mitteilung von Entscheidungen wegen Wettbewerbsverstößen durch die Zivilgerichte an die Staatsanwaltschaften erfolgt nicht.[119] Hier könnte mit einer entsprechenden Ergänzung der Mitteilungspflichten in Zivilsachen Abhilfe geschaffen werden.

Auch wenn den Strafverfolgungsbehörden konkrete Erkenntnisse über eine Verwirklichung der Strafbarkeit aus § 16 UWG vorliegen, ist der Weg zu Durchführung eines Ermittlungsverfahrens keineswegs gesichert. Da ein Verstoß gegen § 16 Abs. 1 und 2 UWG gemäß § 374 Abs. 1 Zi. 7 StPO ein Privatklagedelikt ist, erfolgt eine öffentliche Anklagerhebung durch die Staatsanwaltschaft nur dann, wenn diese ein öffentliches Interesse an der Strafverfolgung annimmt.[120] Dieses ist nach Nr. 260 RiStBV in der Regel bei nicht nur geringfügigen Rechtsverletzungen zu bejahen[121] oder wenn insgesamt ein hoher Schaden droht. Auf dem Privatklageweg sollen nur Verstöße leichter Art verwiesen werden, von denen nur ein eng umgrenzter Personenkreis betroffen ist. Das Einbeziehen eines großen Personenkreises ist jedoch ein Tatbestandsmerkmal der als Privatklagedelikt ausgestalteten unerlaubten Werbung, so dass allein dessen Vorliegen der Annahme eines Privatklagedeliktes nicht entgegenstehen kann. So ist durch die Möglichkeit der großzügigen Auslegung faktisch die Möglichkeit eröffnet, den Focus der Strafverfolgungsbehörden auf andere Delikte zu richten.[122] Wenn der

118 Dieser zivilrechtliche Schutz wird als ein wesentlicher Grund dafür angesehen, dass die strafrechtliche Verfolgung nur vereinzelt erfolgt: *Kunkel*, Zur praktischen Bedeutung der strafbaren Werbung gemäß § 16 Abs. 1 UWG vor dem Hintergrund der Ausgestaltung als Privatklagedelikt (§ 16 Abs. 1 UWG), WRP 2008, 293.

119 In den Katalog der Anordnung über die Mitteilung in Zivilsachen (MiZi) sind Verfahren wegen Werbeverstößen nicht aufgenommen.

120 Köhler/Bornkamp/Feddersen, UWG-*Bornkamp* § 16, Rn. 28; *Többens*, Die Straftaten, WRP 2005, 555.

121 Für eine mehr als geringfügige spricht nach dieser Ziffer, wenn ein erheblicher Teil der Verbraucher irregeführt werden kann (§ 16 Abs. 1 UWG).

122 An der eingeschränkten Privatklageberechtigung kann die geringe Verfahrenszahl jedoch nicht mehr (Zur alten Rechtslage: *Kunkel*, Zur praktischen Bedeutung der strafbaren Werbung gemäß § 16 Abs. 1 UWG vor dem Hintergrund der Ausgestaltung als Privatklagedelikt (§ 16 Abs. 1 UWG), WRP 2008, 294) liegen, weil durch das UWG-Reformgesetz vom 3.7.2004 (Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

Gesetzgeber das nicht als sachgerecht ansieht, könnte er dies durch das Entfernen des § 16 UWG aus dem Katalog der Privatklagedelikte klarstellen.

Zudem ist oft die Behandlung der entsprechenden Ermittlungsverfahren nach dem Opportunitätsprinzip naheliegend. Es besteht neben der Möglichkeit zur Einstellung nach § 153a StPO diejenige der Teileinstellung nach §§ 154, 154a StPO, weil bei Verstößen gegen § 16 UWG vielfach auch ein Betrug verwirklicht sein wird. Unabhängig davon, ob die Regelung des § 16 UWG den Ermittlungsbehörden nicht „so bewusst" ist,[123] wird in diesen Fällen eine Beschränkung nach § 154a StPO vielfach sachgerecht sein, weil der Strafrahmen des Betruges erheblich weiter ist als derjenige der unerlaubten Werbung.

Eine verstärkte Strafverfolgung der unerlaubten Werbung wäre nach dem geltenden Recht möglich und im Interesse des Marktes aber auch der Verbraucher wünschenswert.

vom 3.7.2004, BGBl. I., 2004, 1414) auch die geschädigten Verbraucher klagebefugt sind Gercke/Julius/Temming/Zöller-*Weißer*, StPO, 6. Aufl., Heidelberg, 2019, § 374 Zulässigkeit; Privatklagedelikte, Rn 11).

123 *Kunkel*, Zur praktischen Bedeutung der strafbaren Werbung gemäß § 16 Abs. 1 UWG vor dem Hintergrund der Ausgestaltung als Privatklagedelikt (§ 16 Abs. 1 UWG), WRP 2008, 293.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

Werbung im und rund um das Arbeitsverhältnis – aus österreichischer Sicht

Günther Löschnigg

Gerhard Ring gehört zu den tragenden Säulen des Internationalen Arbeitsrechtlichen Dialogs (IAD), einer Veranstaltungsreihe, der ein Kreis von Arbeitsrechtlerinnen und Arbeitsrechtlern zugehörig ist, die einen rechtsdogmatischen Zugang zum Arbeitsrechtsvergleich suchen. Seit 2005 vertritt der Jubilar[1] in diesem Wissenschaftszirkel Deutschland mit seiner gewohnten Vehemenz, Detailfreudigkeit und seinem außerordentlichen Problembewusstsein. Dieser Beitrag sei diesem international höchst beachteten Ausschnitt seines Schaffens gewidmet.

1 Vgl. hiezu *Ring*, Feiertagsarbeit im internationalen Vergleich - Deutschland, in: Löschnigg (Hrsg.), Feiertagsarbeit im internationalen Vergleich, Wien 2006, 31; *Ring*, Kündigung und ihre allgemeinen Beschränkungen, in: Löschnigg (Hrsg.), Die Kündigung aus wirtschaftlichen Gründen und ihre Beschränkungen im internationalen Vergleich, Wien 2008, 55; *Ring*, Flexible und sichere Arbeitsverhältnisse in Deutschland, in: University of Mariboru - Institute for Employment Relationships and Social Security (Hrsg.), III. International Labour Law Dialogue - Flexible and Secure Employment, Ljubljana 2009, 30; *Ring*, Die Mitbestimmung der Belegschaftsvertretung in Unternehmensorganen - Länderbericht Deutschland, in: Löschnigg (Hrsg.), Arbeitnehmerbeteiligung in Unternehmensorganen im internationalen Vergleich, Wien 2011, 61; *Ring* (Hrsg.), Überbetriebliche versus innerbetriebliche Kollektivvereinbarungen - 5. Arbeitsrechtlicher Dialog, Baden-Baden 2012; *Ring*, Staatliche Eingriffe in das System der Mindestentgelte in Deutschland, in: Löschnigg (Hrsg.), Staatliche Eingriffe in das System der Mindestentgelte im internationalen Vergleich, Wien 2013, 213; *Ring*, Arbeitszeit in Deutschland, in: Geiser/Müller (Hrsg.), Arbeitszeiten in Europa - Tagungsband zum VII. Internationalen Arbeitsrechtlichen Dialog 2014 in St. Gallen, Zürich/St. Gallen 2016, 23; *Ring*, Weiterbildungsansprüche abhängig Beschäftigter in Deutschland, in: Löschnigg/Nogler (Hrsg.), Lifelong Learning durch berufliche Weiterbildung - Rechtliche Rahmenbedingungen im internationalen Vergleich, Wien 2017, 160; *Ring*, Entgeltfortzahlung bei Krankheit und Arbeitsunfall im deutschen Recht, in: Löschnigg/Melzer-Azodanloo (Hrsg.), Entgeltfortzahlung bei Krankheit und Arbeitsunfall im internationalen Vergleich, Wien 2020, 214.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

I. Zur Problematik

Werbung ist kein klassisches Stichwort in der arbeitsrechtlichen Literatur. Dies bedeutet aber nicht, dass Werbung im Arbeitsverhältnis kein Problem wäre. Werbung im Arbeitsverhältnis tritt nur in unterschiedlicher Gestalt, als Nebenschauplatz, als Annexproblem und dementsprechend im Rahmen einer anderen Begriffsbildung auf. *Schierenbeck*[2] umschreibt beispielsweise die "klassische" Werbung in Anlehnung an *Kotler/Bliemel*[3] als absichtliche und zwangfreie Form der Beeinflussung von Marktteilnehmern in Richtung auf die (Werbe-)Ziele des Unternehmens. Die Marktteilnehmer sind hiebei regelmäßig außerhalb des Unternehmens stehende Personen. *Lechner/Egger/Schauer*[4] heben aber auch die betriebsbezogene Werbung, insbesondere die, die auf Mitarbeiter ausgerichtet ist, hervor: Sie ist dann durch die Schaffung, Beeinflussung und Pflege zwischenmenschlicher Beziehungen im Betrieb (zum Beispiel Arbeitsklima, freiwillige Sozialleistungen) auf die Erhöhung der Attraktivität des Betriebes aus der Sicht der Mitarbeiter ausgerichtet und soll motivationsfördernd sein. Auch die Betriebswirtschaftslehre bringt somit Werbung und Personal, wenngleich unter dem Blickwinkel der Aufgaben des Human Resource Management, in eine gewisse Wechselwirkung.

Im Folgenden soll nur ein Problemaufriss zu den mannigfaltigen Facetten dieses Themenbereichs vorgenommen werden.

II. Gestaltung von Werbung als Arbeitsleistung

Wenngleich die Werbegestaltung in kleineren Unternehmen zusehends zu einem Anwendungsfall von Crowdworking wird, verbleibt der Bereich umfassender Werbestrategien in der Hand von Unternehmen, die in der österreichischen Wirtschaftskammer in der Fachgruppe Werbung und Marktkommunikation zusammengefasst sind. Typisches arbeitsrechtliches Regelungsinstrument für diese Branche ist – wie sonst auch – der Kollektivvertrag. Kurioserweise findet sich im Gegensatz zu den österreichi-

2 *Schierenbeck,* Grundzüge der Betriebswirtschaftslehre, 14. Auflage, Oldenbourg 1999, 290.

3 *Kotler/Bliemel,* Marketing-Management. Analyse, Planung, Umsetzung und Steuerung, 8. Auflage, Stuttgart 1995, ohne Seitenangabe.

4 *Lechner/Egger/Schauer*, Einführung in die Allgemeine Betriebswirtschaftslehre, 24. Auflage, Wien 2008, 527.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

schen Usancen kein bundesweiter Kollektivvertrag für die Werbebranche, sondern nur ein Bundesländer-Kollektivvertrag für Wien. Ein Blick in das Verwendungsgruppenschema dieses Kollektivvertrages sollte eigentlich Aufschluss über die typischen Tätigkeiten und Berufsbilder der Kreativbranche geben. Diese Annahme ist aber verfehlt. Die überwiegende Zahl der Berufsbilder bezieht sich auf allgemeine bzw. nicht branchencharakterisierende Tätigkeiten (zum Beispiel Schreibkräfte, Buchhalter, Techniker, Sachbearbeiter, Verkaufspersonal). Nur ansatzweise finden sich Berufsbezeichnungen für typische Arbeitsfelder: Reinzeichner, Produktionsgrafiker, Werbegrafiker, Werbetexter. Differenziertere Tätigkeitsbeschreibungen bleiben dem Arbeitsvertrag überlassen.

Wenn schon der Begriff der Kreativbranche oder Kreativwirtschaft verwendet wird, dann würde man erwarten, dass die Kollektivvertragsparteien tätigkeitsadäquate Kollektivvertragsinhalte normieren. Ein Blick in den erwähnten Kollektivvertrag für Werbung und Marktkommunikation Wien zeigt ein anderes Bild. Regelungen finden sich zu Diensterfindungen im Sinne des § 7 des PatG, d.h. zum technischen Schutzrecht. Gerade die Schaffung von Diensterfindungen gehört jedoch nicht zu den typischen Tätigkeiten von Mitarbeitern in der Werbebranche. Dies ergibt sich schon aus der Begriffsbildung des § 1 Abs. 1 PatG: Für Erfindungen auf allen Gebieten der Technik werden, sofern sie neu sind, sich für den Fachmann nicht in naheliegender Weise aus dem Stand der Technik ergeben und gewerblich anwendbar sind, auf Antrag Patente erteilt[5]. Die technische Seite wird nur ausnahmsweise im Arbeitsspektrum von Werbefachleuten enthalten sein.

Wesentlich bedeutsamer ist hingegen der Urheberrechtsschutz. § 1 Abs. 1 UrhG erfasst sämtliche Werke, die als "eigentümliche Schöpfungen" auf den Gebieten der Literatur, der Tonkunst, der bildenden Künste und der

5 Zum Begriff der Diensterfindung vergleiche etwa *Reitböck*, Der Begriff der Diensterfindung und angrenzende Rechtsfragen, Wien 2003; *Horn/Grünwald*, Gewerblicher Rechtsschutz II – Patent-, Gebrauchs- und Geschmacksmusterrecht mit Mustern und Formularen, Wien 2015*; Hruška-Frank/Hofer,* Vereinbarungen über Diensterfindungen, in: Reissner/Neumayr (Hrsg.), Zeller Handbuch Arbeitsvertrags-Klauseln, Besonderer Teil, 54. Klausel (Stand 1.6.2019, rdb.at); *Marterer*, Forschungs- und Diensterfindungsrecht, Wien 1991; *dens.*, Diensterfindungsrecht in Österreich, ecolex 1992, 425; OGH, Urt. v. 20.10.2021 - 9 ObA 70/21s, DRdA 2022, 427 (*Mayr*); OGH, Urt. v. 25.07.2017 - 9 ObA 44/17m, ARD 6564/10/2017 = RdW 2017, 602 = DRdA-infas 2017, 347 = ecolex 2018, 547 (*Zemann*); OGH, Urt. v. 21.12.2011 - 9 Ob A7/11m = ARD 6217/4/2012 = RdW 2012, 230 = ecolex 2012, 341.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

Filmkunst gelten können[6]. Die kreative Leistung der in der Werbebranche Tätigen wird daher regelmäßig mit diesem Schutzbereich in Berührung kommen, sodass die Übertragung von Nutzungsrechten einerseits und die Art und Weise der Sichtbarmachung des Arbeitnehmerurhebers anderseits ein wesentlicher Vertragsinhalt wäre. Dass es sich insbesondere bei Werbeslogans um Werke der Literatur handelt, zeigt sich nicht zuletzt im Gedächtnis der Gesellschaft[7]. Man denke nur an Aussagen wie "... im Falle eines Falles klebt UHU wirklich alles“ oder "Jeder schmeckt, dass Ölz mit Liebe bäckt" oder "Wenn die kan Almdudler hab'n, geh i wieder ham" oder "Red Bull verleiht Flüüügel" oder "Haribo macht Kinder froh und Erwachsne ebenso!" oder "Manner mag man eben".

Auch in Hinblick auf die Kreierung von schutzfähigen Marken ergeben sich Abgrenzungsfragen zur kreativen Arbeitsleistung. So finden sich zahlreiche Rechtsstreitigkeiten[8] zu Werbeslogans, Produktdesigns, Produktverpackungen etc. im erbitterten Kampf der Unternehmen um ihre Kunden.

Werbeslogans, Produktdesigns oder Produktnamen können jedenfalls den Schöpfer/Erfinder, das Produktionsunternehmen oder auch das für das Marketing zuständige Unternehmen überdauern[9]. Besonders augenschein-

6 Allgemein zum Verhältnis von Werbung und Urheberrecht vergleiche *Dittrich*, Ausgewählte Grundsatzfragen des Arbeitnehmerurheberrechts, ZAS 2006, 4; *Neumayr/Hofer,* Vereinbarungen zum Urheberrecht sowie Vereinbarungen über Veröffentlichungen, Vorträge etc, in: Reissner/Neumayr (Hrsg.) (Fn. 5), 55. Klausel (Stand 1.6.2019, rdb.at); *Jabornegg*, Urheberrechtliche Bestimmungen im KollV für Filmschaffende und in Einzelverträgen, DRdA 2003, 391; *Thiele*, Die Übertragung von Urheberrechten auf den Arbeitgeber, RdW 2002, 537; *Walter/Daum*, Zeichentrick-Werbefilm - Filmherstellerrechte - Übernahme von Teilen eines Werbespots - angemessenes Lizenzentgelt, Medien und Recht 2015, 358; *Walter*, Schutz von Werbemitteln - Dienstnehmerwerke, Medien und Recht 2005, 109.

7 Das individuell menschliche Gedächtnis und das kollektive Gedächtnis der Menschheit scheint hier deutlich stärker zu sein als bei Menschheitstragödien, siehe hiezu nur *Bertolt Brechts* Gedicht "Das Gedächtnis der Menschheit".

8 Vgl. hiezu OGH, Urt. v. 7.8.2007 - 17 Ob 15/07s; OGH, Urt. v. 13.11.2007 - 17 Ob 19/07d; OGH, Urt. v. 26.8.2008 - 17 Ob 27/08g, ecolex 2008, 1139 (*Schumacher*) = HS 39.255; OGH, Urt. v. 5.7.2011 - 17 Ob 21/11d, wbl 2011, 570 = ÖBl 2012, 28 = ecolex 2012, 155 (*Horak*); OGH, Urt. v. 20.4.2016 - 4 Ob 51/16b, ÖBl-LS 2016, 15 (*Hinger*) = WRP 2017, 909 (*Wiltschek/Majchrzak*); OGH, Urt. v. 2.7.2020 - 4 Ob 99/20t, wbl 2020, 173 = EvBl 2020, 981 (*Seilinger*) = ecolex 2020, 912 (*Zemann*) = ÖBl 2021, 26 (*Majchrzak*) = ÖBl 2021, 148 (*Wolfsberger/Zauner*); OGH, Urt. v. 21.11.2017 - 4 Ob 152/17g, ZIIR-Slg 2018, 15 = wbl 2018, 52 = ecolex 2018, 265 (*Hirsch*) = ÖBl 2018, 238 (*Hofmarcher*) = GRUR Int 2018, 829; OGH, Urt. v. 22.12.2020 - 4 Ob 198/20a, wbl 2021, 46 = EvBl-LS 2021, 25 = MR 2021, 101 = ÖBl 2021, 171 (*Hüttenmayr*).

9 Die Vielzahl der Beispiele reicht vom Saxophon bis zum Zeppelin.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

lich wird dies beim Phänomen der Deonyme, also bei generischen Markennamen, deren Marktintegration so dominant ist, dass sie für die gesamte Produktpalette – einschließlich der Produkte von Konkurrenzunternehmen – stehen[10]. Man denke nur an Produkte wie Fön, Caterpillar, Labello, Post-it oder Pampers. Gerade in diesem Bereich wären differenzierte Schutzniveaus für die Arbeitnehmer sowie Lösungen und Regulative, die die Interessen von Arbeitgeber, Arbeitnehmer und dem die Werbung nachfragenden Unternehmen angemessenen Lösungen zuführen, sinnvoll.

Auch wenn die Kollektivvertragsparteien bei der Vereinbarung entsprechender Verwertungsrechte und werberelevanter Schutzmechanismen größte Zurückhaltung zeigen, könnte der Kollektivvertrag im Rahmen seiner Kompetenz zur Regelung von Inhaltsnormen[11] dem Grunde nach Maßnahmen setzen. Im Fall der Betriebsvereinbarung ist dem - aufgrund ihres eingeschränkten Regelungspouvoirs - nicht so. Die Betriebsverfassung kennt in § 97 Abs. 1 Z. 14 ArbVG gerade einmal das "betriebliche Vorschlagswesen" als Betriebsvereinbarungstatbestand[12]. Angesprochen ist damit eine bloß fakultative Mitwirkung[13]. Vorschläge des Mitarbeiters kön-

10 Siehe zu diesem Phänomen etwa *Kircher*, Die Entwicklung von Markennamen, in: Bruhn (Hrsg.) Handbuch Markenführung, Wiesbaden 2019, 620, 621; *Kircher*, Digitize Your Brand Name - Der Erfolgsfaktor Markenname in den digitalen Medien, Wiesbaden 2017, 30; zum Verlust des Markenrechts aufgrund Entstehens eines Gattungsbegriffs siehe OGH, Urt. v. 29.1.2002 - 4 Ob 269/01i, JBl 2002, 283 = MR 2002, 169 = ÖBl 2002, 185; zur gelungenen Abwehr der Umwandlung einer Marke zur Gattungsbezeichnung siehe OGH, Urt. v. 6.7.2004 - 4 Ob 128/04h, wbl 2004, 538 = MR 2004, 354 = RdW 2005, 22 = Jus-Extra OGH-Z 3863 = ÖBl-LS 2005, 27 = ÖBl-LS 2005, 28 = ÖBl-LS 2005, 29 = ecolex 2005, 222 (*Schumacher*) = ÖBl 2005, 121 (*Gamerith*); zur rechtserhaltenden Benutzung einer Marke siehe EuGH, Urt. v. 6.3.2014, Rs. C-409/12, ECLI:EU:C:2014:130 - Backaldrin Österreich The Kornspitz Company, MR-Int 2014, 95.

11 Zum Begriff siehe *Löschnigg*, Arbeitsrecht, 13. Auflage, Wien 2017, Rz. 3/137 ff.; *Mosler/Felten,* in: Gahleitner/Mosler (Hrsg.), Arbeitsverfassungsgesetz: Kommentar, Bd. 2, 6. Auflage, Wien 2020, § 2 ArbVG, Rz. 44; *Strasser,* in: Strasser/Jabornegg/Resch (Hrsg.), Arbeitsverfassungsgesetz: Kommentar (Losebl.), Wien, § 2 ArbVG, Rz. 27 (Oktober 2002); *Mosing*, Die normative Rechtswirkung von Betriebsnormen, DRdA 2020, 115.

12 Allgemein hiezu vergleiche *Löschnigg* (Fn. 11), Rz. 11/134; *Jabornegg,* in: Strasser/Jabornegg/Resch (Hrsg.) (Fn. 11), § 97 ArbVG, Rz. 327 (März 2016); *Felten/Preiss,* in: Gahleitner/Mosler (Hrsg.), Arbeitsverfassungsgesetz: Kommentar, Bd. 3, 6. Auflage, Wien 2020, § 97 ArbVG, Rz. 132 f.

13 Zum Begriff und Umfang der Regelungskompetenz vergleiche etwa *Löschnigg* (Fn. 11), Rz. 3/235 ff.; *Felten/Preiss,* in: Gahleitner/Mosler (Hrsg.) (Fn. 12), § 97 ArbVG, Rz. 14; *Jabornegg*, in: Strasser/Jabornegg/Resch (Hrsg.) (Fn. 11), § 97 ArbVG, Rz. 46 ff (März 2016).

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

nen hiebei sowohl auf die Werbung/die Außensicht des Unternehmens ausgerichtet sein, als auch die Werbung als Dienstleistung des eigenen Unternehmens für Dritte betreffen.

III. Der Arbeitnehmer als Werbeträger

Besonders sensible Fragestellungen und Wertungen ergeben sich dann, wenn der Mitarbeiter selbst zur medialen Außenwirkung des Unternehmens beitragen soll, wenn der Arbeitnehmer Teil des unternehmerischen Erscheinungsbildes zu sein hat, wenn er zumindest einzelne Werbebotschaften nach außen tragen soll oder wenn er durch sein Äußeres oder durch sein Auftreten umsatzfördernde Effekte auslösen muss[14]. Typische Beispiele sind Dresscodes (Uniformen im klassischen Sinn, Bekleidungsvorschriften im Bankenbereich oder bei Fernsehsendungen, knappe Bekleidung mit sexistischem Gepräge, Werbelogos auf der Bekleidung von Profisportlern etc.). In den beispielhaft angegebenen Fällen bildet das Tragen von spezifischer Bekleidung nur eine der Hauptleistung untergeordnete Nebenpflicht. Bei Arbeitnehmern als "wandelnde Plakatständer" oder als verkleidete Weihnachtsmänner wird die Bekleidung eher schon Teil der entscheidenden Arbeitsleistung sein. Haartracht, Piercings, Tattoos, Hautfarbe, Fingernägel, vorgetäuschte Behinderung etc. bilden weitere Anwendungsbeispiele, deren rechtliche Brisanz dadurch gesteigert wird, dass teilweise unmittelbar in die körperliche Integrität des Arbeitnehmers eingegriffen wird.

Der in Österreich wohl bekannteste Fall betraf einen Kraftfahrer im städtischen Linienverkehr, der im Dienst/öffentlichen Bus stets ein rosafarbenes Haarband trug, mit dem er seine langen, dichten und buschigen Haare zusammengebunden hatte. Einer mündlichen Weisung des Arbeitgebers, das Haarband abzunehmen, kam der Mitarbeiter nicht nach. Der Arbeitnehmer, der Elternteilzeit in Anspruch genommen hatte, konnte nicht frei gekündigt werden. Das Unternehmen begehrte daher vom Gericht die Zustimmung zur beabsichtigten Kündigung des Dienstverhältnisses mit dem Argument, dass der Arbeitnehmer weisungswidrig das Haarband nicht abgenommen und damit seine dienstvertraglichen Pflichten

14 Allgemein vgl. *Hofmarcher*, Die persönlichkeitsrechtlichen Ausschließungsrechte als Basis für die umfassende Vermarktung der Person - Personality Merchandising, ip-Competence 2013, H9, 14.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

verletzt hatte. Zwei Vorinstanzen gaben dem Klagebegehren statt. Der Arbeitgeber habe ein betriebliches Interesse daran, dass das einheitliche Erscheinungsbild seiner im Fahrbetrieb tätigen Mitarbeiter nicht durch auffällige Kleidungsstücke bzw. Accessoires gestört werde, die dem Verständnis der Bevölkerung vom Erscheinungsbild von Buslenkern im öffentlichen Linienverkehr massiv widersprächen. Der Oberste Gerichtshof teilte diese Auffassung nicht[15]: Eine Kündigung, die durch Umstände, die in der Person des Dienstnehmers gelegen sind und die die betrieblichen Interessen nachteilig berühren, begründet ist und die dem Arbeitgeber eine Aufrechterhaltung des Dienstverhältnisses unzumutbar machen, liege im gegebenen Fall nicht vor. „Treten individuelle, vom Dienstvertrag grundsätzlich umfasste Weisungen des Dienstgebers, die Persönlichkeitsrechte eines Dienstnehmers (Art. 8 EMRK, § 16 ABGB) berühren, wie hier jene, die das äußere Erscheinungsbild des Dienstnehmers betreffen, in Kollision mit dem Weisungsrecht des Dienstgebers, dann hat eine Abwägung der gegenseitigen Interessen zur Prüfung der Rechtfertigung einer Weisung stattzufinden. Die vom Unternehmen und den Vorinstanzen zur Begründung der betrieblichen Erforderlichkeit dieser Weisung vorgetragenen Argumente lassen ein Überwiegen der betrieblichen Interessen des Unternehmens gegenüber den durch die Weisung beeinträchtigten Persönlichkeitsrechten des Arbeitnehmers nicht erkennen. Weshalb Fahrgäste an der Professionalität und Seriosität eines im öffentlichen Verkehr tätigen Buslenkers zweifeln sollten, nur weil dieser ein funktionelles, wenn auch farblich auffallendes Haarband trägt, wurde vom Arbeitgeber nicht nachvollziehbar dargelegt. Den vom Arbeitgeber vorgetragenen Sicherheitsaspekten, wonach gerade im Gefahrenfall erkennbar sein soll, wer der Fahrer ist, wird schon durch die von ihr vorgegebenen Bekleidungsvorschriften (Uniform), an die sich der Mitarbeiter ohnedies hält, ausreichend Rechnung getragen. Durch das Nichtbefolgen einer ungerechtfertigten Weisung des Dienstgebers konnte der Arbeitnehmer keine arbeitsvertraglichen Pflichten verletzen."

Werbung durch Arbeitnehmer berührt verständlicherweise aber nicht nur arbeitsrechtsspezifische Wertungen. Maßgeblich ist der gesamte Persönlichkeitsschutz, dessen vielfältige Ansatzpunkte, Zielantinomien, Differenzierungen und Sachbeschränkungen sowie dessen Interessenabwägung

15 OGH, Urt. v. 24.09.2015 - 9ObA82/15x, ARD 6473/6/2015 = RdW 2015, 795 = ecolex 2016, 75 = JBl 2016, 124 = wbl 2016, 98 = ZAS 2016, 80 (*Stella*) = DRdA-infas 2016, 23 = EvBl 2016, 305 = Arb 13.257 = DRdA 2016, 246 (*Russ*) = *Khakzadeh-Leiler/Gleirscher*, ZöR 2016, 707 = SZ 2015/101.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

ihn zu einer komplexen, scheinbar amorphen und ständig mutierenden rechtlichen Schranke gerieren lassen. In einer Reihe von Entscheidungen der Höchstgerichte kommt dies sehr deutlich zum Ausdruck. In der Entscheidung des Obersten Gerichtshofes vom 29.8.2019, 6 Ob 152/19z[16], wird etwa das Verhältnis von Bildnisschutz und Datenschutz diskutiert. Der OGH kommt hierbei zum Ergebnis, dass bei der Beurteilung des Vorliegens eines überwiegenden Interesses im Sinne des Art. 6 Abs. 1 DSGVO im Zusammenhang mit der Frage des Bildnisschutzes auf die bestehende Judikatur zu § 78 UrhG zurückgegriffen werden kann[17]. Bei Verwendung eines Bildes für Werbezwecke ohne Zustimmung des Abgebildeten wird daher bei einer Interessenabwägung nach Art. 6 Abs. 1 lit. f DSGVO das Interesse des Abgebildeten auch im Anwendungsbereich der DSGVO regelmäßig höher zu bewerten sein als das des Verwenders des Bildes[18]. In der Entscheidung vom 2.2.2022 (App/Plattform für die Bewertung von Schulen und Lehrern)[19] schließt sich das Gericht „unter Abwägung der in der Rechtsprechung des EuGH zum sogenannten Medienprivileg hervorgehobenen, bei der Auslegung des Art. 85 Abs. 2 DSGVO miteinander in Einklang zu bringenden Interessen – des Schutzes der personenbezogenen Daten und der Privatsphäre auf der einen, des Schutzes der Meinungsäußerungs- und Informationsfreiheit im Zusammenhang mit journalistischen Tätigkeiten auf der anderen Seite (vgl. nur EuGH C-73/07, Satakunnan Markkinapörssi und Satamedia, ECLI:EU:C:2008:727 Rz. 54 ff) – der in der Literatur vertretenen Ansicht an, dass die Privilegierung von Datenverarbeitungen zu journalistischen Zwecken eines gewissen Maßes an journalistischer Bearbeitung und meinungsbildender Wirkung für die Allgemeinheit bedarf, weil ansonsten der Schutz der personenbezogenen Daten Betroffener allzu einfach ausgehöhlt würde. ... Im Rahmen der Interessenabwägung ist danach zu differenzieren, in welche Sphäre der Persönlichkeit eingegriffen wurde (6 Ob 100/20d - Gesinnungsverwirrung [ErwGr 2.3.2.]). Der höchstpersönliche Lebensbereich, der jedenfalls die Gesundheit, das Sexu-

16 OGH, Urt. v. 29. 8. 2019 - 6 Ob 152/19z, MR 2019, 224 = ZTR 2019, 169 = ZIIR-Slg 2019/74 = jusIT 2019, 231 (*Thiele*) = ÖBl 2020, 133 (*Guggenbichler*) = SZ 2019/81 - *Mikaela S.*

17 *Höhne*, DSGVO und Digitalfotografie, ZIIR 2018, 244, 252 (zitiert nach OGH, siehe Fn. 16).

18 *Seling/Schelling*, Bildnutzung in der Praxis: Alles neu nach der DSGVO?, ecolex 2018, 739, 741 f. (zitiert nach OGH, siehe Fn. 16).

19 OGH, Urt. v. 2.2.2022 - 6Ob129/21w, jusIT 2022, 73 (*Bierbauer*) = MR 2022, 77 = ZIIR 2022, 154 (*Thiele*) = Newsletter Menschenrechte NL 2022, 196 = Dako 2022, 63 = JBl 2022, 453 (*Grasl*) - Lehrerapp - Lernsieg II.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

alleben und das Leben in und mit der Familie erfasst, stellt den Kernbereich der geschützten Privatsphäre dar (RS0008990 [T11]). Keinen so weitgehenden Schutz genießt die Sozialsphäre, in der der Betroffene als in Gemeinschaft stehender Mensch in Kommunikation mit Außenstehenden tritt (vgl. 6 Ob 100/20d – Gesinnungsverwirrung). Hier muss er sich auf die Beobachtung und Bewertung seines Verhaltens einstellen. Dies gilt in umso höherem Maße, je intensiver sich eine Person im öffentlichen und sozialen Leben betätigt. Auch im Bereich der Sozialsphäre sind aber schwerwiegende Eingriffe in das Persönlichkeitsrecht, insbesondere Stigmatisierung und Ausgrenzung, jedenfalls verboten (6 Ob 100/20d – Gesinnungsverwirrung [ErwGr 2.3.2.])".

Die Relativität des Persönlichkeitsschutzes des Arbeitnehmers als Konglomerat einzelner Persönlichkeitsrechte ist eben durch eine Fülle von Interessenabwägungen bedingt. Im gegebenen Zusammenhang ist vor allem zu beachten, dass das Recht auf Werbung grundsätzlich als Teil der Erwerbsausübungsfreiheit des Arbeitgebers anzusehen ist[20]. Ein vom Gesetzgeber erlassenes absolutes Werbeverbot im Kabel-TV wurde sogar wegen Verletzung der Meinungsäußerungsfreiheit aufgehoben. „In den Schutzbereich des Art. 10 MRK - und damit in jenen der Rundfunkfreiheit - fällt auch die sogenannte kommerzielle Werbung. Zwar hat der VfGH in seiner Rechtsprechung zu Art. 13 StGG die Einschaltung von Anzeigen in ein Presseerzeugnis als eine mit der Meinungsfreiheit nicht im Zusammenhang stehende besondere Form des Wirtschaftsverkehrs gewertet (VfSlg. 4087/1961). Die Garantie des Art. 10 MRK umfasst jedoch einen weiteren Bereich. Denn die Freiheit zur Mitteilung von Nachrichten oder Ideen geht offenkundig über die Äußerung von Meinungen im engeren Sinn hinaus. Nachrichten oder Ideen übermitteln und das Verhalten des angesprochenen Publikums beeinflussen wollen auch Werbeaussagen. Dieses Ziel von anderen beabsichtigten Wirkungen zu trennen, ist praktisch unmöglich. Dazu kommt, dass Art. 10 MRK nicht auf einen bestimmten Zweck der Äußerung abstellt, sondern vielmehr "offene Kommunikationsprozesse in allen gesellschaftlichen Teilbereichen garantieren will" (*Berka*, Die Kommunikationsfreiheit in Österreich, EuGRZ 1982, 413 ff., 417). Der VfGH teilt daher die Auffassung der Europäischen Kommission für Menschenrechte (vgl. *Frowein - Peukert*, EMRK-Kommentar, 1985, 228, Rz. 9

20 Siehe beispielsweise das VfGH Erkenntnis v. 08.10.1996 - G 93-100/96, G 230-238/96, VfSlg. 14635.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

zu Art. 10), wonach auch "wirtschaftliche Werbung durch Anzeigen den Schutz von Art. 10 Abs. 1 genießt, allerdings schärferen Einschränkungen unterstellt werden kann als der Ausdruck politischer Ideen“[21].

Losgelöst von der Ableitung des Persönlichkeitsschutzes im Arbeitsverhältnis aus Grundrechten, aus § 16 ABGB oder aus der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers[22] ist die Gegenüberstellung der Interessenlagen im Rahmen einer Gesamtabwägung – wie kurz ausgeführt – unabdingbar. Die Verwendung abgestufter Schutzkonzepte ist hiebei ein probates Mittel[23]. Im Arbeitsverhältnis kommt allerdings hinzu, dass die Werbung für den Arbeitgeber häufig Teil der vereinbarten Leistungsinhalte mit dem Arbeitnehmer ist. Im Rahmen von teils disponiblen Persönlichkeitsrechten wird aus dem Problem der Gesamtabwägung ein Problem der Einwilligungszulässigkeit. In besonderer Weise diskutiert und normiert wird dies verständlicherweise im Datenschutzrecht, wenn etwa schon in der Verfassungsbestimmung des Art. 1 Abs. 2 DSG (Grundrecht auf Datenschutz) der Anspruch auf Geheimhaltung durch die Zustimmung des Betroffenen ausgeschlossen wird[24]. Dass die Zustimmung des Arbeitnehmers zur Datenverwendung anlässlich des Abschlusses des Vertrages oder während des bestehenden Arbeitsverhältnisses in Hinblick auf die Freiwilligkeit der Willenserklärung problematisch ist, bedarf keiner weiteren Ausführungen[25]. Die Begriffsbildung in Art. 4 Z. 11 DSGVO und die Bedingungen für die Einwilligung in Art. 7 DSGVO demonstrieren dies in Kombination mit der Widerrufsmöglichkeit des Art. 7 Abs. 3 leg. cit. hinlänglich. Ein Prüfschema, wie es etwa der deutsche BAG im Zusammenhang mit einem Werbefilm des Unternehmens, auf dem ein Monteur zu sehen war, aufgestellt hat, ist auch in diesem Fall angebracht[26]. Vor allem die für Werbemaßnahmen eingesetzten Bildaufnahmen von Arbeitnehmern können gemäß § 12 Abs. 2 Z. 1

21 VfGH, Erkenntnis v. 27.06.1986, B658/85, VfSlg. 10948 und weitere.

22 Zum Überblick vgl. *Gerhartl*, Persönlichkeitsschutz im Arbeitsverhältnis, Wien 2009; *Grassl-Palten*, Gewissen contra Vertragstreue im Arbeitsverhältnis, Wien 1994; *Löschnigg*, Datenermittlung im Arbeitsverhältnis, Wien 2009, 118 ff; *Schwarz*, Der gläserne Arbeitnehmer?, Wien 1988, 18 ff.

23 Vgl. etwa EGMR, Urt. v. 7.2.2012 - *Hannover v. Deutschland*, Nr. 40660/08, 60641/08.

24 S. etwa *Jahnel*, Datenschutzrecht, Wien 2010, 59 f, 176 ff; *Winter*, in: Grünanger/Goricnik (Hrsg.), Arbeitnehmer-Datenschutz und Mitarbeiterkontrolle, 2. Auflage, Wien 2018, Rz. 2.77, 2.82, 2.102, 2.126.

25 S. aber hiezu *Knyrim*, Datenschutzrecht - Praxishandbuch für richtiges Registrieren, Verarbeiten, Übermitteln, Zustimmen, Outsourcen, Werben uvm, 3. Auflage, Wien 2015, 13 und va. 165ff.

26 BAG, Urt. v. 19.02.2015 - 8 AZR 1011/13, ECLI:DE:BAG:2015:190215.U.8 AZR 1011.13.0.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

DSG mit deren Zustimmung durchgeführt werden[27]. Generell wäre es eine fruchtbare Aufgabe und eine sozialpolitisch zielführende Überlegung, sich mit dem Phänomen der Zustimmung im Arbeitsverhältnis im Allgemeinen und mit der Zustimmung zur Einschränkung von Persönlichkeitsrechten im Besonderen neue Ansätze zu überlegen, die von den allgemeinen privatrechtlichen Grundsätzen durchaus abweichen können.

Gewisse Branchen und Mitarbeitergruppen ragen bei Werbeaktivitäten besonders hervor. Ein Paradebeispiel bildet hier zweifellos die Gruppe der Sportler, deren Outfit – mitunter zumindest – scheinbar aus mehr Werbeaufnähern besteht als aus Grundmaterial der Bekleidung[28]. Die "Arbeitskleidung" ist teilweise auch hochtechnische Schutzbekleidung sowie maßgebliche Unterstützung bei der individuellen Leistung des Arbeitnehmers. Präzise Abläufe (zum Beispiel beim Einlauf von Skifahrern in den Zielraum, beim Tausch der Rennschier gegen die für Marketingszwecke getrimmten Schi, bei der Demonstration des Schis auf dem Siegerpodest etc.) sind Teil der Verpflichtung des Arbeitnehmers. In diesen Branchen sind auch besondere Interessenlagen zu berücksichtigen. Eine Gesamtbetrachtung hat etwa auf Arbeitgeberseite einzubeziehen, dass ohne den Erlös aus den Werbemaßnahmen ein ausgeglichenes Wirtschaftsergebnis nicht realisierbar ist, dass die "Investitionskosten" in den einzelnen Sportler immens hoch sind und dass auch die Einkommen der Sportler[29] beachtliche Dimensionen annehmen können. Voraussetzung einer nach solchen Krite-

27 S etwa *Jahnel,* in: Jahnel/Mader/Staudegger (Hrsg.), IT-Recht: Handbuch, 4. Auflage, Wien 2020, 569.

28 Allgemein zur arbeitsrechtlichen Problematik von Werbung in der Welt des Sports s. *Fritzweiler*, in: Fritzweiler/Pfister/Summerer (Hrsg.), Praxishandbuch Sportrecht, 4. Auflage, München 2020; *Böglmüller*, Persönlichkeitsrechte im Sportarbeitsverhältnis, München 2016; s. auch *Gelinski*, Das außerbetriebliche Verhalten von Sportlern im Mannschaftssport - Eine Untersuchung am Beispiel der Musterarbeitsverträge im lizenzierten Basketball-, Eishockey-, Fußball- und Handballsport, in: Tillmanns (Hrsg.), Beiträge zum deutschen und europäischen Arbeits- und Sozialrecht, Bd. 3, Münster 2016; *Röhl*, Schutzrechte im Sport - Zum Schutz der Sportbeteiligten vor einer kommerziellen Ausbeutung in elektronischen Datenbanken, in: Kühl/Steiner/Vieweg (Hrsg.), Beiträge zum Sportrecht, Bd. 39, Berlin 2012; *Feiler*, Rechtliche Grundlagen und Grenzen der partiellen audiovisuellen Eigenvermarktung am Beispiel von Fußball-Pressekonferenzen via Web-TV in: Adolphsen/Englisch/Haas/Heermann/Hess/Koch/Netzer/Nolte/Rössner/Sengle/Späth/Walker/Wertenbruch/Zieher (Hrsg.), Schriften zum Sportrecht, Bd. 25, Baden-Baden 2011.

29 S. auch *Thaurer*, Ausgewählte arbeitsrechtliche Probleme beim Berufsfußballer in Österreich, Wien 1998, 37.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

rien ablaufenden Interessenabwägung ist allerdings, dass überhaupt ein Arbeitsverhältnis vorliegt. Der Sponsorvertrag allein begründet regelmäßig kein Arbeitsverhältnis[30].

IV. Werbung mit Arbeitnehmer-Eigentum

Unternehmen verwenden nicht selten im Eigentum des Arbeitnehmers stehende Produktionsmittel. Zumeist handelt es sich um den Privat-PKW des Arbeitnehmers oder um dessen Kommunikationstechnik (Mobiltelefon, Laptop etc.). Vor allem Ersteres eignet sich auch als ausgezeichnetes Werbemittel. Werbeaufkleber bilden eine einfache Variante. Dachaufbauten – vom Einkaufswagen[31] bis zum Sarg – sind aufwändiger. Die rechtliche Problematik der dienstlichen Nutzung des Pkw mit oder ohne Werbung ist weitgehend identisch. Aus arbeitsrechtlicher Sicht und wohl auch aus steuerrechtlicher[32] Sicht ist von Relevanz, dass der Zusatzaufwand des Arbeitnehmers für die Arbeitgeberwerbung ausschließlich dem Arbeitgeber zukommt und dieser Umstand insbesondere in Hinblick auf Aufwandsentschädigungen, Abgeltung für die Arbeitgeberwerbung sowie auf Schadensersatzansprüche (z. B. bei der Montage der Werbung) zu berücksichtigen ist.

V. Eigenwerbung des Arbeitnehmers

Wirbt der Arbeitnehmer für eigene Zwecke oder für Dritte, dann stellt sich vorweg die Frage, ob es sich um eine Nebenbeschäftigung im Sinne der gesetzlichen Regelungen handelt. Angesprochen ist vor allem § 7 AngG, des-

30 Zur sozialversicherungsrechtlichen Situation vgl. in diesem Zusammenhang *Gamper*, Sponsorvertrag für Motocrossfahrer begründet im Regelfall keine Pflichtversicherung als (freier) Dienstnehmer, DRdA-infas 2020, 167; *Födermayr*, Der VwGH und die ASVG-Pflichtversicherung von SportlerInnen – ein Match geht in die nächste Runde, DRdA 2021, 35.

31 *Zottler/Gaisch-Faustmann*, Online-Supermarkt Alfies will in Graz binnen 60 Minuten zustellen, https://www.kleinezeitung.at/wirtschaft/6007058/Start-in-der-Steiermark_OnlineSupermarkt-Alfies-will-in-Graz (abgerufen am 1.1.2023).

32 *Schroeder*, Eigenwerbung auf dem Firmenwagen als Betriebsausgabe absetzen, https://www.betriebsausgabe.de/magazin/eigenwerbung-auf-dem-firmenwagen-als-betriebsausgabe-absetzen-4034/ (abgerufen am 1.1.2023).

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

sen Inhalte und Wertungen jahrzehntelang von Judikatur[33] und Literatur[34] diskutiert und interpretiert wurden. Dieser Bestimmung zufolge dürfen Angestellte ohne Bewilligung des Dienstgebers weder ein selbstständiges Unternehmen betreiben, noch im Geschäftszweig des Arbeitgebers für eigene oder fremde Rechnung Handelsgeschäfte machen. Zentralen Ansatz für das Konkurrenzverbot des § 7 AngG bildet der Abschluss eigener Geschäfte oder Geschäfte im Namen von Dritten. Die Werbung für eigene Zwecke oder für Dritte ist hierbei akzessorisch, eine die eigentliche Zielsetzung fördernde Maßnahme. Besonders deutlich wird dies bei einer die selbstständige Tätigkeit vorbereitenden Werbung. Vorbereitungshandlungen eines Arbeitnehmers, der sich nach der Beendigung seines Arbeitsverhältnisses selbstständig machen will, werden regelmäßig erst dann als gegen § 7 AngG verstoßend eingestuft, wenn das Nebengeschäft tatsächlich ausgeübt wird[35]. Werbemaßnahmen des Arbeitnehmers, die "nur" die Kraft des Arbeitgebers schwächen, werden daher eher von der allgemeinen Treuepflicht des Arbeitnehmers umfasst sein und können durchaus die einschlägigen Tatbestände des Entlassungsrechts (insbesondere die Vertrauensunwürdigkeit nach § 27 Z. 1 letzter Fall AngG[36]) erfüllen. (Vorbereitende) Werbung des Arbeitnehmers könnte, wenn die Vorgangsweise einem Fall des unlauteren Wettbewerbs entspricht, aber auch zu Sanktionen nach § 1 UWG[37] führen.

Ob die Werbung des Arbeitnehmers einen Verstoß gegen die Treuepflicht, eine Vertrauensunwürdigkeit oder ein sonstiges Vergehen im Sinne

33 Vgl. die Nachweise bei *Resch,* in: Löschnigg/Melzer (Hrsg.), Angestelltengesetz: Kommentar, Bd. 1, 11. Auflage, Wien 2021, § 7 AngG, Rz. 23.

34 Siehe etwa *Löschnigg* (Fn. 11), Rz. 6/083; *Resch,* in: Löschnigg/Melzer (Hrsg.) (Fn. 33), § 7 AngG, Rz. 1 ff.; *Burgstaller/Preyer,* in: Marhold/Burgstaller/Preyer (Hrsg.), Angestelltengesetz: Kommentar (Losebl.), Wien, § 7 AngG, Rz. 1 ff (2007).

35 Vgl. OGH, Urt. v. 18. 11. 1986 - 14 Ob 193/86, DRdA 1988, 32 (*Holzer)*; OGH, Urt. v. 30. 6. 1999 - 9 ObA 72/99z, DRdA 1999, 491 = infas 1999, A 123.

36 Allgemein zum Entlassungsgrund der Vertrauensunwürdigkeit vgl. *Löschnigg* (Fn. 11), Rz. 8/239 ff.; G*rillberger/Warter,* in: Löschnigg/Melzer (Hrsg.), Angestelltengesetz: Kommentar, Bd. 2, 11. Auflage, Wien 2021, § 27 AngG, Rz. 21 ff.; *Friedrich,* in: Marhold/Burgstaller/Preyer (Hrsg.) (Fn. 34), § 27 AngG, Rz. 71 ff (2005).

37 S. hiezu *Heidinger/Handig/Wiebe/Frauenberger/Burgstaller*, in: Wiebe/Kodek (Hrsg.), Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb: Kommentar, Wien, § 1 UWG, Rz. 1 ff (Stand 1.6.2019, rdb.at); *Wiltschek/Horak*, in: Wiltschek/Horak (Hrsg.), Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb: Kommentar, Wien, § 1 UWG, Rz. 1 ff (Stand 1.11.2020, rdb.at); *Kraft/Steinmair*, in: Kraft/Steinmair (Hrsg.), Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb: Praxiskommentar, Wien 2020, § 1 UWG, Rz. 1 ff; s. weiters *Grama/Seling*, Social Media Marketing und UWG, ZIIR 2015, 253; *Anderl/Seling*, Social Media - Rechtssicherheit im Unternehmen, ecolex 2018, 535.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

des vorzeitigen Lösungsrechts darstellt, kann nur im Einzelfall beurteilt werden. Grobe Kriterien, die hiefür maßgeblich sein werden, sind

- ob die Werbung nicht ohnedies für eine erlaubte Nebentätigkeit erfolgt[38],
- ob ein Bezug zum Arbeitsverhältnis (zumindest im Sinn eines gebotenen außerdienstlichen Verhaltens) besteht,
- in welcher Art und Weise geworben wird (entgeltlich oder unentgeltlich, im Rahmen einer konkurrierenden Werbung in Relation zum Arbeitgeber, aggressive bis sittenwidrige Werbung, Werbung auf üblicher Plattform, auf der eigenen Homepage oder im Darknet),
- für welche Zwecke geworben wird (Unternehmen der Ehegattin, Sportverein in dem der Arbeitnehmer als Vorstandsmitglied tätig ist, für Kirchen, karitative Vereine, für die Gewerkschaft[39], für eine politische Partei).

VI. Postings durch „Arbeitnehmer-Influencer"

Postings zu Produkten und zu Dienstleistungen eines Unternehmens oder Postings zum gesamten Unternehmen können durchaus die Informationslandschaft einer Konsumgesellschaft bereichern. Idealiter wird der Informationsstand der Konsumenten erweitert, die Kaufentscheidung wird objektiver. Gesamtwirtschaftlich betrachtet können Postings zu einer Verdrängung schlechter Produkte und schlechter Dienstleistungen führen; man kann in dieser Vorgangsweise somit durchaus ein konsumentenfreundliches Korrektiv des Marktes sehen. Voraussetzung dafür ist – und daran scheitert diese positive Sichtweise regelmäßig –, dass die Aussagekraft der geposteten Informationen einen seriösen Informationsgehalt besitzt. Würde die Gesamtheit der Postings ein an die Methoden der empirischen Sozialforschung angelehntes Prüfverfahren bestehen, könnte insbesondere das Vorliegen von Objektivität, Reliabilität und Validität der Vorgangsweise bestätigt werden, dann wären Postings oder Likes ein probates Mittel für obige Zielsetzungen.

Im gegebenen Zusammenhang ist vor allem das Kriterium der Objektivität zu hinterfragen. Welche Motive liegen dem Posting zu Grunde, wenn ein Mitarbeiter es setzt? Gibt es überhaupt "unabhängige" Arbeitnehmer-

38 Umfassend insb. zu Sponsoring- und Nebentätigkeitsklauseln *Gelinski*, in: Tillmanns (Hrsg.) (Fn. 28).

39 S. auch BAG, Urt. v. 23. 2 1979 - 1 AZR 172/78.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

postings. Welche Konstellationen treten in der betrieblichen Praxis auf, die für eine rechtliche Typologie herangezogen werden können?

Falls Arbeitnehmer ohne jegliche Initiative des Arbeitgebers Postings setzen, stellt sich die Frage des Beweggrundes. Negative Bewertungen des Arbeitnehmers, die nicht als Ergebnis seiner Kaufentscheidung anzusehen sind, werden aus Mut- oder Böswilligkeit zustande kommen. Schadensersatzansprüche oder eine aus dem Vertrauensverlust resultierende Entlassung könnten die Folge sein. Positive Bewertungen des Arbeitnehmers werden ohne Initiative des Arbeitgebers eher selten vorkommen, es sei denn, der Arbeitnehmer kann daraus selbst einen Nutzen ziehen. Wird etwa bei Verkaufsgeschäften die Qualität der Beratung und/oder die Freundlichkeit des Kundenbetreuers „gelikt", dann wirken sich die Bewertungen des Unternehmens unmittelbar auf die Bewertung des Kundenbetreuers/der Kundenbetreuer aus. Die Vorgangsweise wäre auch in diesem Fall rechtswidrig, obwohl dem Arbeitgeber kein unmittelbarer Schaden erwächst. Der Arbeitnehmer täuscht eine objektive Beurteilung der Ware vor und nimmt bewusst in Kauf, dass potentielle Kunden zu einer falschen Wahlentscheidung verleitet werden[40].

Verlangt der Arbeitgeber vom Arbeitnehmer positive Postings im Netz zu setzen, dann handelt in erster Linie ersterer rechtswidrig. Zumeist wird es sich um eine irreführende Geschäftspraxis nach § 2 UWG handeln[41]. Arbeitsvertragliche Verpflichtungen, wonach der Arbeitnehmer - losgelöst von eigenen Produkterfahrungen - positive Postings und Likes von privaten Geräten zu setzen hat, würden wohl der Nichtigkeit nach § 879 ABGB verfallen.

Die Verpflichtung des Arbeitnehmers, sich jeglicher Postings und Likes hinsichtlich der Produkte und Dienstleistungen des Arbeitgebers zu enthalten, wäre hingegen grundsätzlich zulässig. Ist der Arbeitnehmer gleichzeitig Kunde/geschäftlicher Vertragspartner des Arbeitgebers parallel zum Arbeitsverhältnis, wäre die Vereinbarung an den bestehenden Konsumentenschutzrechten und dem Recht auf Meinungsfreiheit zu messen. Die Vermutung der Befangenheit bei gleichzeitiger Arbeitnehmer- und Konsumenteneigenschaft wäre bei einer entsprechenden Interessenabwägung widerlegbar.

40 S. auch *Gerhartl*, Einsatz von Social Media im Marketing - Berücksichtigung arbeitsrechtlicher Aspekte, ASoK 2022, 201.

41 Vgl. hiezu insbesondere Z. 23b und Z. 23c des Anhangs zum UWG mit der Auflistung der Geschäftspraktiken, die unter allen Umständen als unlauter gelten.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

VII. Werbung des Betriebsrates

Die Belegschaftsvertretung gestaltet ihre Kommunikation mit den Arbeitnehmern sehr unterschiedlich. Dies gilt sowohl für die Kommunikationsmittel (hausinterne Homepage, Betriebszeitung, Aussendungen per E-Mail, Aushang etc.) als auch für die Ausgestaltung der Inhalte (Kurzinformationen über beabsichtigte wirtschaftliche Maßnahmen des Arbeitgebers, Angebote des Betriebsrates zur Unterstützung bei individuellen Gehaltsverhandlungen, allgemeine Neuerungen in der Sozialgesetzgebung etc.). Diese Kommunikation zwischen Betriebsrat und Belegschaft bezieht häufig dritte Personen/Fremdunternehmen mit ein (Rabattaktionen von Versorgungsunternehmen, auf das Unternehmen des Arbeitgebers bezogene Angebote von Versicherungsgesellschaften etc.). Angebote und Rabatte von Drittunternehmern sind schon per se eine Form von Werbung. Diese Werbung kann durch Inserate in Betriebszeitungen, auf der Homepage des Betriebsrates etc. noch expliziter werden, sodass sich die Frage stellt, wo die Grenzen für die Belegschaftsvertretung liegen.

Ausgangspunkt bildet die allgemeine Interessensvertretungsaufgabe des Betriebsrates in § 38 ArbVG, wonach die Organe der Arbeitnehmerschaft des Betriebes die Aufgabe haben, die wirtschaftlichen, sozialen, gesundheitlichen und kulturellen Interessen der Arbeitnehmer im Betrieb wahrzunehmen und zu fördern[42]. Ergänzend formuliert § 39 Abs. 1 ArbVG "die Herbeiführung eines Interessenausgleiches zum Wohl der Arbeitnehmer und des Betriebes" als explizites und oberstes Ziel der Betriebsverfassung. Ohne im gegebenen Zusammenhang näher auf das Verhältnis von § 38 zu § 39 Abs. 1 ArbVG eingehen zu können[43], wird das Wohl des Unternehmens in Fragen von Werbemaßnahmen des Betriebsrates stets eine nicht zu überschreitende Grenze darstellen. Unzulässig wäre daher, wenn der Betriebsrat Produkte des Konkurrenzunternehmens bewirbt, auch wenn die Produkte der Konkurrenz günstiger sind. Ebenso wäre eine Werbung, die mit den Grundwerten des Unternehmens nicht vereinbar sind, unzulässig. Compliance-Regeln des Unternehmens müssten auch vom Betriebsrat bei

42 S. etwa *Löschnigg* (Fn. 11), Rz. 11/007; *Gahleitner*, in: Gahleitner/Mosler (Hrsg.) (Fn. 11), § 38 ArbVG, Rz. 1 ff; *Holzer*, Die Verantwortung des Betriebsrates und seiner Mitglieder – ein systematischer Überblick, ASoK 2012, 60.

43 Dazu vor allem *Strasser*, in: Strasser/Jabornegg/Resch (Hrsg.) (Fn. 11), §§ 38, 39 ArbVG, Rz. 3 (Juni 2004); *Floretta*, Einige Probleme der Rechtssetzungsbefugnis im Betriebsverfassungsrecht, DRdA 1976, 199; *Pircher*, Betrieb und Unternehmen, DRdA 1996, 127.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

seinen eigenen Handlungsweisen – ähnlich wie bei organisatorischen Vorschriften[44] des Betriebes ohne Bezug bzw. Einschränkung der Vertretungsinteressen – beachtet werden. Man könnte von einer "betriebsverfassungsrechtlichen Treuepflicht" sprechen, die der Betriebsrat als Kollegialorgan zu wahren hat.

Wirbt die Belegschaftsvertretung, dann kommen auch ihr die Einnahmen zu. Mangels Vermögensfähigkeit des Betriebsrates würde der finanzielle Erlös aber dem Betriebsratsfonds zufließen – nicht jedoch dem Betriebsratsvorsitzenden oder einzelnen Betriebsratsmitgliedern[45].

44 Zum Ausfüllen eines Abwesenheitsformulars s. OGH, Urt. v. 10.7.1991 - 9 ObA 133/91, DRdA 1991, 460 (*Andexlinger*) = ZAS 1992, 131 (*Resch*); vgl. auch *Klug*, Die Grundsätze der Mandatsausübung des Betriebsrates, Wien 2001, 58.

45 Vgl. *Löschnigg/Schick*, Vermittlungsprovisionen für Betriebsratskredite und Versicherungsverträge - Arbeits- und strafrechtliche Problemlagen, DRdA 2005, 229.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

Die Werbung mit Werten

Martin Marx

I. Einleitung

Der Begriff des Wertes stammt in seiner ursprünglichen Bedeutung von Preis oder Kostbarkeit aus dem ökonomischen Kontext. Diese materielle Bedeutung hat die Werbung seit langem aufgegriffen, indem sie nicht nur mit Worten, sondern auch mit Werten wirbt. Schon früh hat sich die sog. Wertreklame den materiellen Wert einer zusätzlichen Ware oder Leistung für ihre Absatzzwecke zunutze gemacht. So war die Eindämmung des Zugabewesens bereits Gegenstand der Beratungen für das UWG vom 7.6.1909.[1]

Dass der Wertbegriff mit seiner ökonomischen Bedeutung indessen nicht ausgeschöpft wird, hat George Bernard Shaw pointiert zum Ausdruck gebracht: „Heutzutage kennen die Menschen von allem den Preis und von nichts den Wert." Nur allmählich fand auch die immaterielle Bedeutung des Wertbegriffs Berücksichtigung. Die Werbewirtschaft erkannte, dass Wertvorstellungen als emotional aktivierende Botschaftselemente dienen können. Heute ist die Bandbreite derartiger Appelle an Wertvorstellungen in der Werbung groß; sie reicht von der Nachhaltigkeitswerbung mit Green-Claims wie „klimaneutral", „energieeffizient" oder „biobasiert" über die Inanspruchnahme von Vertrauen beim Influencer-Marketing oder die Werbung mit der Einhaltung des neuen Lieferkettengesetzes bis hin zum Greenwashing, bei dem die Produkte oder das Image des Unternehmens als klimafreundlich oder nachhaltig beworben werden, ohne es wirklich zu sein.

1 Verhandlungen des Reichstags, XII. Legislaturperiode, I. Session, 1907/1909, Bd. 252, Anlage Nr. 1109, Begründung zum Entwurf eines Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb vom 8.1.1909, S. 8 f.: „Es ist ferner in Vorschlag gebracht worden, gegen die Missbräuche auf dem Gebiete des Zugabewesens und der Rabattgewährung durch besondere gesetzliche Vorschriften einzuschreiten." Der Abgeordnete Carstens bezeichnete das Zugabewesen als „eine hergebrachte Tradition im kaufmännischen Leben", RT-Drucks. Bd. 234, 193. Sitzung 25.1.1909, S. 6550. Zu einer gesetzlichen Regelung kam es allerdings (noch) nicht.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

Eine Parallele zwischen der Werbung mit materiellen und derjenigen mit immateriellen Werten hat der Bundesgerichtshof erstmals im Jahr 2006 gezogen, als er die Zulässigkeit der Kopplung des Produktabsatzes mit einer zusätzlichen Ware auf die Kopplung mit der Förderung sozialer, sportlicher, kultureller oder ökologischer Belange übertrug.[2] Die damit verbundene Anhebung der Eingriffsschwellen hat er nach rund 15 Jahren und drei UWG-Novellen nunmehr in der Entscheidung „Kopplungsangebot III" bekräftigt.[3] Dabei werden auch die neuen Bewertungsmaßstäbe für die Wertwerbung deutlich.

II. Erscheinungsformen der Wertwerbung

Herkömmlicherweise bezieht sich Werbung in Wort und Anschauung auf das abzusetzende Produkt mit seinen Merkmalen wie Qualität und Preiswürdigkeit. Zur Förderung des Absatzes dieser hauptsächlichen Ware oder Dienstleistung lassen sich allerdings zusätzlich der materielle Wert eines anderen Produkts oder auch soziale Werte nutzen.

1. Zuwendung materieller Werte

Mit dem materiellen Wert einer anderen Ware oder Leistung wirbt die Wertreklame.[4]

a) Wertreklame

Dieser Wert wird dem Umworbenen schenkweise in Aussicht gestellt oder gewährt. Bei der Wertreklame treibt der Unternehmer demnach mit materiellen Werten Werbung, verschenkt also etwas, sei es eine ungekoppelte Werbegabe, sei es eine Zugabe oder sei es die Ware selbst, für deren

2 BGH, Urt. v. 26.10.2006 - I ZR 33/04, GRUR 2007, 247 Rn. 21 - Regenwaldprojekt I.
3 BGH, Urt. v. 25.11.2021- I ZR 148/20, GRUR 2022, 241 Rn. 12 - Kopplungsangebot III.
4 BGH, Urt. v. 26.3.1998 – I ZR 231/95, GRUR 1998, 1037 Rn. 21 – Schmuck-Set; BGH; Urt. v. 28.1.1999 – I ZR 192/96, GRUR 1999, 755 Rn. 16 - Altkleider-Wertgutscheine; *Götting/Nordemann/Götting*, UWG, 3. Aufl. 2016, § 4a Rn. 18; *Ohly/Sosnitza*, UWG, 7. Aufl. 2016, § 4a Rn. 38.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

entgeltlichen Absatz er damit zugleich wirbt.[5] Dem Kunden soll der Wert zusätzlich zur Hauptleistung ganz oder teilweise verbilligt überlassen werden. Zweck ist es, den Abschluss eines Geschäfts über die Hauptleistung zu fördern.[6] In einem sachlichen Zusammenhang mit diesem eigentlichen Waren- oder Leistungsangebot stehen die geldwerten Vergünstigungen bei diesen Verkaufsförderungsmaßnahmen, wie die Wertreklame auch genannt wird,[7] meist nicht.[8]

b) Fallgruppen

Die traditionellen Formen solcher Wertreklame bilden die Zugabe, das Geschenk oder der Rabatt.[9] Noch heute stellen die Kopplungsangebote typische Maßnahmen der Verkaufsförderung dar, am häufigsten durch Zugaben wie „Rezeptbuch gratis", Bundles als vorkonfektionierte Bündelangebote oder Multibuy, z.B. „3 zum Preis für 2" oder Sondergrößen wie „20 % mehr". Auch Geschenke (z.B. Gutscheine, Geld-zurück-Garantien) und Rabatte (z.B. elektronisches Couponing) gehören hierher, wie sich aus § 6 Abs. 1 Nr. 3 TMG für den elektronischen Geschäftsverkehr ergibt. Neue Formen von hintereinander geschalteten Rabattaktionen[10] bis zu kopflastigen Vorspannangeboten, bei denen der Preis der Hauptware niedriger ist als die Ersparnis bei der Nebenware,[11] locken mit der Zuwendung materieller Werte.

Zur Wertreklame gehören überdies die Nutzung von Kundenbindungssystemen in Form von Karten- und Prämiensystemen (z.B. Pay-Back-Systeme, Miles&More-Programme, Bahncard etc.) bis zu digitalen Treueprogrammen, die Kunden auch branchenübergreifend in Shopnetzwerken binden sollen.[12] Gewinnspiele, die den Erwerb eines Produkts oder die Preisgabe von Daten an die Gewinnchance koppeln, werben nicht vorrangig mit

5 BGH, Urt. v. 20.11.2003 – I ZR 151/01, BGHZ 157, 55 Rn. 13 – 20 Minuten Köln.
6 BGH, Urt. v. 20.11.2003 – I ZR 120/00, WRP 2004, 746 Rn. 14 – Zeitung zum Sonntag.
7 Zur problematischen Gleichsetzung dieser Begriffe s. *Götting/Nordemann/Götting*, UWG, 2. Aufl. 2012, § 4 Rn. 1.37.
8 *Ohly/Sosnitza* (s. Fn. 4), § 4a Rn. 38.
9 BGH, Urt. v. 20.11.2003 – I ZR 151/01, BGHZ 157, 55 Rn. 13 – 20 Minuten Köln.
10 OLG Köln, Urt. v. 3.12.2021 – 6 U 62/21, WRP 2022, 364 – Cookie-gesteuerte Rabattwerbung.
11 Oberster Gerichtshof Wien, Entscheidung vom 22.9.2021 – 4 Ob 139/21a, juris – Vorteilswelt.
12 *Ohly/Sosnitza* (s. Fn. 4), § 4a Rn. 89.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

Werten, sondern nutzen durch den Appell an den Spieltrieb aleatorische Reize, die die rationale Entscheidungsfindung beeinträchtigen können.[13]

2. Appell an Wertvorstellungen

Die Werbung kann darüber hinaus auch Wertvorstellungen ansprechen und dadurch emotionale Kaufmotive wecken.

a) Soziale Werte

Diese Form der wertbezogenen Werbung hat mit der Wertreklame gemein, dass sie nicht produkteigene Faktoren aufgreift, sondern neben dem abzusetzenden Produkt an Werten ansetzt. Im Unterschied zur Wertreklame werden nicht materielle Werte zugewendet, sondern immaterielle Werte genutzt und gefördert. Es handelt sich um soziale Rechtswerte, die nicht dem Schutz einzelner dienen.[14] Hierzu gehören wichtige Gemeinschaftsgüter wie die Umwelt oder das Klima und gemeinnützige, mildtätige, kulturelle, wissenschaftliche, sportliche oder tier- und artenschutzrechtliche Belange.[15] Auch Werte wie Solidarität, Moral, Vertrauen und Autorität werden durch diese Werbung genutzt.

Dabei spricht die Werbung die subjektiven Wertvorstellungen an und erzeugt positive Gefühle wie soziales Verantwortungsbewusstsein, Dankbarkeit, Mitgefühl, Hilfsbereitschaft oder Vertrauen. Sie weckt damit gezielt Emotionen in Form von Bedürfnissen, Wünschen, Zielen, Motiven und Hoffnungen, um sie für den Absatz des Produkts zu nutzen.

Inhalt und Bedeutung der Wertvorstellungen wandeln sich allerdings mit den sich rasant verändernden Lebensverhältnissen.[16] So hat der grenzüberschreitende elektronische Geschäftsverkehr maßgeblich dazu geführt, dass das Rabatt- und Zugabeverbot als Wettbewerbsnachteil für deutsche Unternehmen wahrgenommen und im Jahr 2001 aufgehoben wurden.[17] Auch rü-

13 BGH, Urt. v. 22.1.2009 – I ZR 31/06, GRUR 2009, 875 Rn. 12 m.w.N. – Jeder 100. Einkauf gratis. zur Entbehrlichkeit dieser Fallgruppe *Fezer/Steinbeck*, UWG, 2. Aufl. 2010, § 4-1 Rn. 155.

14 *Fikentscher*, Methoden des Rechts, Tübingen 1977, Band IV, S. 247 ff.

15 Vgl. Büscher/*Büscher*, UWG, 2. Aufl. 2021, § 4a Rn. 150.

16 *Rüthers*, Rechtstheorie, 2. Aufl. 2005, Rn. 45.

17 Vgl. BT-Drs. 14/5441, S. 6; Aufhebung durch die Gesetze vom 23.07.2001, BGBl I 2001, S. 1661, 1663.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

cken im Laufe der Zeit bestimmte Werte stärker ins öffentliche Bewusstsein und lassen andere verblassen. Beispielsweise führte die Sensibilisierung für die besondere Schutzbedürftigkeit des Klimas bei Produkten, die zu seiner Erhaltung oder Förderung beitragen, zu einer gesteigerten Wertschätzung und erhöht die Wirksamkeit von Werbeangaben hierfür.

b) Werbebotschaft

Allerdings wirkt Werbung ohnehin typischerweise auf die Gefühle der Umworbenen ein, um sie zu einem Erwerb der angebotenen Ware zu veranlassen.[18] Würde sie Gefühle gar nicht ansprechen, sondern sich im nüchternen Produktbezug erschöpfen, würde sie nur wenig Aufmerksamkeit und Sympathie erzeugen können. Zu einem großen Teil stützt sich die Werbung auf tiefenpsychologische Erkenntnisse und zielt nicht auf die Ratio, sondern das Gefühlsleben oder sogar das Unterbewusstsein des Umworbenen.[19] Mit suggestiver Kraft nutzt sie auch gefühlsbetonte Motive, damit diese auf das Produkt, das Kennzeichen und das Unternehmen übertragen werden.[20]

Das Ansprechen von Wertvorstellungen bei einer Werbung mit Werten geht indessen darüber hinaus. Die Werbebotschaft besteht dabei grundsätzlich darin, dass sich der Kunde mit dem Erwerb des Produkts für den angesprochenen Wert engagiert. Dieser Zusammenhang zwischen dem Produkt und dem vom Appell betroffenen Wert wird auf unterschiedliche Weise hergestellt.

Wird beispielsweise ein Produkt mit dem Appell an die soziale Verantwortung für den Umweltschutz als klimaneutral[21] beworben, soll der Kauf

18 BGH, Urt. v. 25.3.1999 – I ZR 77/97, GRUR 1999, 1100 Rn. 18 – Generika-Werbung; *Baumbach/Hefermehl*, Wettbewerbsrecht, 19. Aufl. 1996, § 1 UWG Rn. 175.

19 Götting (s. Fn. 7), § 4 Rn. 1.40 m.w.N.

20 BVerfG, Urt. v. 12.12.200 – 1 BvR 1762/95, BVerfGE 102, 347 Rn. 57, GRUR 2001, 170 – Benetton-Werbung I.

21 OLG Koblenz, Urt. v. 10.8.2011 - 9 U 163/11 - WRP 2011, 1499 - CO_2-neutrale Grablichter; LG Frankfurt, Urt. v. 31.5.2016 - 3-6 O 40/15, LRE 73, 201 - Klimaneutrale Tiefkühlkroketten; LG Kiel, Urt. v. 2.7.2021 - 14 HKO 99/20, WRP 2021, 1241, abgeändert durch OLG Schleswig, Urt. v. 30.6.2022 – 6 U 46/21, WRP 2022, 1177 - Klimaneutrale Müllbeutel II; LG Konstanz, Urt. v. 19.11.2021 – 7 O 6/21 KfH, WRP 2022, 118 – klimaneutrales Heizöl; LG Oldenburg, Urt. v. 16.12.2021 - 15 O 1469/21, WRP 2022, 378 - Klimaneutrale Geflügelspezialitäten; LG Stuttgart, Urt. v. 10.1.2022 - 36 O 92/21 KfH - Investment mit Kohlendioxid-Ausgleich; LG Mönchengladbach, Urt. v. 25.2.2022 - 8 O 17/21, WRP 2022, 781 - Klimaneutrale Marmelade; LG Kleve, Urt. v. 22.6.2022 – 8 O 44/21 – klimaneutrales Fruchtgummi.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

den Verkäufer darin unterstützen, weiterhin bei der Herstellung, der Lagerung und dem Vertrieb des Produkts das ausgestoßene klimaschädliche CO^2-Gas entweder im Sinne einer ausgeglichenen CO^2-Bilanz an anderer Stelle einzusparen bzw. durch Klimaprojekte zu kompensieren oder dass CO^2-Gas gar nicht erst oder kaum relevant auszustoßen. Dagegen koppelt die erlösbezogene Werbung den Produktabsatz damit, dass der Erlös zumindest teilweise einem Dritten als Sponsorleistung für Projekte und Veranstaltungen zu gemeinnützigen, mildtätigen, kulturellen, sportlichen oder sonstigen guten Zwecken zugeführt wird.[22]

Darüber hinaus kann das Unternehmen auch mit eigenem gemeinnützigem Engagement werben, um sein Erscheinungsbild zu verbessern, z.B. mit der Aussage „B-Optik unterstützt die Aktionsgemeinschaft Artenschutz e.V."[23] Die Imagewerbung löst sich gänzlich vom Waren- und Leistungsangebot des Unternehmens.[24] Sie wirbt nicht leistungsbezogen, sondern stellt in ihrer Werbebotschaft zentral auf soziale, ökologische, sportliche oder kulturelle Belange ab. Dabei spricht sie regelmäßig positive Werte an, die mit dem Unternehmen aufgrund seiner Corporate Identity verbunden werden sollen, um das Vertrauen der Kunden und Geschäftspartner zu steigern. Im Rahmen der Corporate Social Responsibilty (CSR) verpflichten sich Unternehmen freiwillig und unverbindlich zur Einhaltung von ethischen Mindeststandards.

Aufmerksamkeit erzeugen soll auch das Anprangern von Leid, Elend und Missständen durch die sog. Schockwerbung. Gesellschaftskritische Aussagen und Bildmotive können Mitleid und Solidaritätsgefühle mit dem werbenden Unternehmen wecken und dadurch seine Verkehrsbekanntheit herbeiführen oder steigern.[25] Auch diese Form der Werbung mit Werten dient demnach dem werbenden Unternehmen durch die Pflege seines Namens.

22 BGH, Urt. v. 26.10.2006 - I ZR 97/04, GRUR 2007, 251 Rn. 18 – Regenwaldprojekt II; Götting (Fn. 7), § 4 Rn. 1.73; *Köhler/Bornkamm/Feddersen/Köhler*, UWG, 41. Aufl. 2023, § 3 Rn. 9.23.

23 BGH, Urt. v. 22.9.2005 - I ZR 55/02, GRUR 2006, 75 Rn. 20 – Artenschutz.

24 BGH, Urt. v. 6.7.1995 - I ZR 110/93, GRUR 1995, 595 – Kinderarbeit; BGH, Urt. v. 6.7.1995 - I ZR 239/93, BGHZ 130, 96 – Ölverschmutzte Ente; BGH, Urt. v. 15.05.1997 – I ZR 10/95, GRUR 1997, 761 – Politikerschelte.

25 BVerfG, Urt. v. 12.12.2000 – 1 BvR 1762/95, BVerfGE 102, 347 – Benetton-Werbung.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

c) Fallgruppen

Die Werbung mit bestimmten Wertvorstellungen wird von mehreren Fallgruppen erfasst.

aa) Soziale Verantwortung

Hierzu gehört vorrangig die gefühlsbetonte oder emotionale Werbung. Sie verbindet regelmäßig einen positiven Wert mit dem guten Werk. Dazu hebt sie ein gesellschaftlich wertvolles Anliegen hervor und appelliert daran, aus sozialer Verantwortung, Mitleid oder Solidarität diesen guten Zweck zu fördern.[26] Das ist beispielsweise bei der Umweltschutz-, Tierschutz- und Artenschutzwerbung oder der sonstigen Bewerbung eines guten Zwecks der Fall, z.B. bei einer Sonderedition von Schokoladensorten zugunsten einer bestimmten Tierart mit dem Zusatz „Choc for life – Eine Initiative von R-S und W – Denn die Natur geht uns alle an"[27] oder bei einer Werbung, die beim Kauf eines Kraftfahrzeuges die Spende eines Baumes als Beitrag zum Umweltschutz verspricht.[28] Hierzu gehört auch die erlösbezogene Werbung mit unmittelbaren Sponsorleistungen für einen guten Zweck, z.B. „Jeder Kauf spendet – für den Erhalt eines einzigarten Naturraums",[29] „Der Erlös von jedem verkauften B. an diesem Tag wird voll als Spende an das Deutsche Kinderhilfswerk e.V. weitergegeben."[30] oder „Unsere gesamte Tageseinnahme wird an unsere Mitarbeiter verteilt."[31] Auch die Imagewerbung unterstützt soziale Belange, um mit dem Bild des Unternehmens und seinem Engagement Aufmerksamkeit zu erzeugen, beispielsweise mit der Aussage „World in Balance – Damit fangen wir gemeinsam an".[32]

26 Zu diesen Fallgruppen vgl. *Köhler* (s. Fn. 22), § 3 Rn. 9.16 ff.; *Ohly/Sosnitza* (s. Fn. 4), § 4a Rn. 109 ff.

27 OLG Stuttgart, Urt. v. 18.9.1998 – 2 U 25/98, WRP 1999, 456.

28 KG, Urt. v. 20.12.1983 - 5 U 5146/83, WRP 1984, 607.

29 Vgl. auch *„Mit jedem gekauften Kasten K. wird 1 m² Regenwald in Dzanga Sangha nachhaltig geschützt.*" BGH, Urt. v. 26.10.2006 - I ZR 33/04, GRUR 2007, 247 – Regenwaldprojekt I; BGH, Urt. v. 26.10.2006 - I ZR 97/04, GRUR 2007, 251 - Regenwaldprojekt II.

30 BGH, Urt. v. 12.3.1987 -I ZR 40/85, GRUR 1987, 534 - MacHappy-Tag (überholt).

31 BGH, Urt. v. 29.11.1990 - I ZR 241/88, GRUR 1991, 545 – Tageseinnahmen für Mitarbeiter (überholt).

32 LG Ulm, Urt. v. 26.1.2007 - 10 O 157/06 KfH, GRUR-RR 2007, 300.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

bb) Solidarität

Bei der Fallgruppe der Ausübung moralischen Drucks sieht sich der Verbraucher aus wertbezogenen Erwägungen wie Solidarität, Hilfsbereitschaft oder Freundschaft der Förderung eines guten Zwecks verpflichtet. Moralischen Druck erzeugt zwar noch nicht der allgemeine Appell an die Hilfsbereitschaft; wohl aber kann dies beim Appell von einem Freund, Verwandten oder Kollegen der Fall sein.[33] Auch übt die ausdrückliche Angabe des Unternehmers oder Mitarbeiters, sein Arbeitsplatz oder Lebensunterhalt sei bei Nichtabnahme des Produkts gefährdet, nach Nr. 30 des Anhangs zu § 3 Abs. 3 UWG per se unzulässigen moralischen Druck aus. Sollen Schulkinder mithilfe der Lehrer Punkte für Prämien sammeln, die der Schule zugutekommen, kann bei den Eltern ein moralischer Druck zur Solidarität hinzutreten, dem sie nicht ohne weiteres ausweichen können.[34] Moralischer Druck liegt möglicherweise auch einer Verbindung von Werbung mit materiellen und ideellen Werten zugrunde. Die Vergünstigungen der Wertreklame reichen hierfür allerdings nicht schon allein durch den damit verbundenen Appell an die Dankbarkeit für den kostenlosen Erhalt materieller Werte aus.[35]

cc) Autorität

Aus Kompetenz oder Neutralität kann sich eine eigene oder eingeschaltete Autoritätsstellung ergeben, beispielsweise bei der Leitung einer Behörde oder Schule, eines Kindergartens, Krankenhauses oder Unternehmens.[36] Der Missbrauch der sich daraus ergebenden Abhängigkeit oder des entgegengebrachten Vertrauens in der Autoritätenwerbung nutzt die verliehene Kompetenz in wettbewerbswidriger Weise aus.[37] Auch kann das Vertrauen in die Objektivität und Neutralität einer Empfehlung unlauter zu autoritärem Druck eingesetzt werden. Das ist noch nicht der Fall, wenn eine

33 Büscher (s. Fn. 15), § 4a Rn. 151 ff.; Köhler (s. Fn. 22), § 4 a Rn. 1.76 ff.
34 BGH, Urt. v. 12.7.2007 – I ZR 82/05, GRUR 2008, 183 Rn. 21 – Tony Taler, im Unterschied zur Fallgestaltung bei BGH, Urt. v. 21.7.2016 – I ZR 127/15, WRP 2017, 169 Rn. 37 – Förderverein.
35 Götting/Hetmank in: Götting/Kaiser, Wettbewerbsrecht und Wettbewerbsprozessrecht, 2. Aufl. 2016, § 10 D Rn. 22 ff.
36 Ohly/Sosnitza (s. Fn. 4), § 4a Rn. 127 ff.; Büscher (s. Fn. 15), § 4a Rn. 160.
37 Götting (s. Fn. 4), § 4a Rn. 30.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

Behörde Elternbriefe ohne inhaltliche Beziehung gemeinsam mit Werbematerial einer Landesbausparkasse gegen Übernahme der Portokosten versendet,[38] wohl aber dann, wenn ein Arbeitgeber seinen Arbeitnehmern unter Ankündigung des Abbaus von Arbeitsplätzen empfiehlt, in eine andere oder die eigene Krankenkasse zu wechseln, und er dies überprüfen kann.[39] Entsprechendes gilt für die Patienteninformation eines Hausarztes, mit der die Patienten zum Wechsel in eine bestimmte Krankenkasse veranlasst werden sollen und in der angedeutet wird, dass der Erhalt einer guten hausärztlichen Versorgung andernfalls gefährdet sei.[40] Auch hat ein Hoheitsträger wegen des ihm in seiner rechtlichen Machtposition entgegengebrachten Vertrauens Auskünfte zu Angeboten privater Mitbewerber objektiv und sachgerecht zu erteilen.[41]

dd) Vertrauen

Die für eine Autoritätenwerbung nach § 4a UWG erforderliche Machtposition ist bei Werbebotschaftern (Testimonials), deren sich die Werbung als Prominente (z.B. Sportler, Schauspieler, Musiker) bei der konkreten Leitbildwerbung bedient, regelmäßig nicht erreicht.[42] Besonderes Vertrauen nehmen allerdings Influencer als Meinungsführer bei ihren Produktempfehlungen in Live-Kanälen oder Videos in Anspruch.[43] Dies gilt vor allem gegenüber den regelmäßig jungen Adressaten, die von der Authentizität ihres Influencers überzeugt sind, dessen Konsumverhalten leichtgläubig vertrauen und in ihrer geschäftlichen Unerfahrenheit Produkte auch ohne Bedarf oder überteuert erwerben. Kann der Influencer als Vertrauensträger voraussichtlich und vorsehbar das Verhalten von Kindern und Jugendli-

38 BGH, Urt. v. 18.10.2001 – I ZR 193/99, GRUR 2002, 550 Rn. 29 – Elternbriefe; *Büscher* (s. Fn. 15), § 4a Rn. 164.

39 OLG Düsseldorf, Urt. v. 18.12.2001 – 20 U 119/01, WRP 2002, 479, in Abgrenzung zur Prämie bei Zugehörigkeit zu einer kostengünstigen Krankenkasse OLG Hamm, Urt. v. 13.7.2004 – 4 U 76/04, GRUR-RR 2006, 30; Raue in Münchener Kommentar zum Lauterkeitsrecht, 3. Aufl. 2020, § 4a Rn. 301 f.

40 OLG München, Urt. v. 10.12.2009 – 29 U 3789/09, WRP 2010, 299.

41 BGH, Urt. v. 22.4.2009 – I ZR 176/06, WRP 2009, 1369 Rn. 18 – Auskunft der IHK; *Weiler* in Götting/Meyer/Vormbrock, Praxishandbuch Gewerblicher Rechtsschutz, 2. Aufl. 2020, § 32 Rn. 35.

42 BGH, Urt. v. 14.12.2000 – I ZR 147/98, WRP 2001, 688 Rn. 33 – Eröffnungswerbung; *Götting* (s. Fn. 4), § 4a Rn. 29; *Büscher* (s. Fn. 15), § 4a Rn. 158; Raue (s. Fn. 39), § 4a Rn. 289 f.

43 *Henning-Bodewig*, WRP 2017, 1415, 1419.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

chen wesentlich beeinflussen, liegt darin möglicherweise eine unzulässige Vertrauensausnutzung nach § 4a Abs. 1 S. 2 Nr. 3, Abs. 2 S. 2 UWG oder § 3 Abs. 2, Abs. 4 S. 1 Fall 2 UWG.

Auch die Fallgruppe der Gefährdung von Drittinteressen setzt für die Werbung Vertrauen ein.[44] Das Vertrauensverhältnis besteht dabei von Dritten zu Personen, die aufgrund gesetzlicher oder vertraglicher Pflichten auch die Interessen der Dritten wahrnehmen müssen. So haben Ärzte, Rechtsanwälte, Notare, Steuerberater und Wirtschaftsprüfe nach den Berufsordnungen die Interessen ihrer Patienten und Mandanten zu wahren, die auf eine sachkundige, objektive und uneigennützige Beratung vertrauen. Erhält etwa ein Augenarzt von einem Brillenanbieter einen finanziellen Vorteil dafür, dass ein Patient eine Brille aus dem ihm zur Verfügung gestellten Sortiment bestellt, konnte nach § 4 Nr. 1 UWG 2008 darin eine unlautere Beeinflussung des Arztes liegen, der seine Interessenwahrungspflicht verletzt.[45] Die nunmehr nach § 4a Abs. 1 S. 3 UWG erforderliche Machtposition ergibt sich allerdings nicht aus dem materiellen Wert des zu geringen wirtschaftlichen Anreizes zwischen dem Drittanbieter und dem Arzt. Vielmehr setzt sich in dieser Dreieckskonstellation der ideelle Wert gegenüber dem materiellen Wert durch. Das besondere Vertrauensverhältnis zwischen Arzt und Patient, das durch eine Verschwiegenheitspflicht abgestützt ist, versetzt den Arzt mit seiner Sachkunde in eine überlegene Position, die für den Patienten die Möglichkeit zu einer informationsgeleiteten Entscheidung verringert.[46]

Werden nicht berufliche Interessenwahrer, sondern Privatpersonen als Vertrauensträger bei der Laienwerbung im privaten oder beruflichen Bekanntenkreis tätig, können sie das Vertrauensverhältnis möglicherweise als Hebel einsetzen, um Kunden zu werben.

III. Der Wandel der Rechtsprechung

Die wettbewerbsrechtliche Beurteilung der Wertwerbung hat Veränderungen erfahren, durch die einzelne Fallgruppen wie der psychische Kauf-

44 *Hetmank*, FS Fezer, 2016, 127 ff.
45 BGH, Urt. 24.6.2010 – I ZR 182/08, GRUR 2010, 850 Rn. 16 - Brillenversorgung II.
46 OLG München, Urt. v. 10.12.2009 – 29 U 3789/09, WRP 2010, 299; OLG Düsseldorf, Urt. v. 19.3.2020 – 20 U 2/17 Rn. 34; Büscher (s. Fn. 15), § 4a Rn. 160, 174.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

zwang und das übertriebene Anlocken gänzlich verschwunden, andere erheblich an Bedeutung verloren haben.[47]

1. Anlockung und Ausnutzung

Ursprünglich erfasste § 1 UWG 1909 die relevanten Fallgruppen unter dem Gesichtspunkt des Kundenfangs, bei dem die freie Willensentschließung des Kunden durch sachfremde Einflüsse beeinträchtigt wurde. Demnach lag bei der Wertreklame die Unlauterkeit darin, den Kunden nicht auf das eigene Angebot hinzulenken, sondern mittels einer materiellen Vergünstigung unsachlich abzulenken und zu verlocken, gleichsam zu bestechen.[48] Nach der früheren Rechtsprechung war die Wertreklame zwar nicht grundsätzlich, aber doch jedenfalls dann unzulässig, wenn sie die umworbenen Verbraucher in unsachlicher Weise dazu verleiten konnte, die Kaufentscheidung in einer den Grundsätzen des Leistungswettbewerbs widersprechenden Weise vornehmlich danach zu treffen, wie sie in den Genuss der Vergünstigung kommen können.[49]

In Parallele hierzu kam es auch bei der gefühlsbetonten Werbung für die Wettbewerbswidrigkeit auf sachfremde Einflüsse an, die sich aus dem Fehlen eines sachlichen Zusammenhangs zwischen der Hauptleistung und dem Appell an die Wertvorstellungen ergaben.[50] Eine unsachliche Beeinträchtigung der Entscheidungsfreiheit des Kunden wurde dann angenommen, wenn der Unternehmer mit seiner Werbung an die Gefühle appellierte, um diese im eigenen wirtschaftlichen Interesse als entscheidende Kaufmotivation ohne sachlichen Zusammenhang mit der angebotenen Leistung auszunutzen.[51]

---

47 Vgl. *Büscher* (s. Fn. 15), § 4a Rn. 146.

48 *Baumbach/Hefermehl*, Wettbewerbsrecht, 19. Aufl. 1996, § 1 UWG Rn. 85 ff. m.w.N.

49 BGH, Urt. v. 26.3.1998 – I ZR 231/95, GRUR 1998, 1037 Rn. 21 – Schmuck-Set.

50 BGH, Urt. v. 19.2.1965 – Ib ZR 45/63, MDR 1965, 550 Rn. 33 f. – Versehrtenbetrieb; BGH, Urt. v. 25.3.1999 – I ZR 77/97, GRUR 1999, 1100 Rn. 18 f. – Generika-Werbung; s. ferner Fn. 51.

51 BGH, Urt. v. 16.1.1976 - I ZR 32/75, GRUR 1976, 308, 309 f. - UNICEF-Grußkarten; Urt. v. 12.3.1987 - I ZR 40/85, GRUR 1987, 534, 535 - McHappy-Tag; BGH, Urt. v. 18.10.1990 – I ZR 113/89, BGHZ 112, 311, 314 - Biowerbung mit Fahrpreiserstattung; BGH, Urt. v. 29.11.1990 - I ZR 241/88, GRUR 1991, 545 - Tageseinnahme für Mitarbeiter; BGH, Urt. v. 9.2.1995 – I ZR 44/93, WRP 1995, 487 – Arbeitsplätze bei uns. *Baumbach/Hefermehl*, Wettbewerbsrecht, 19. Aufl. 1996, § 1 UWG Rn. 175 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

Das Wettbewerbsrecht hat demnach zunächst die Wertreklame strenger gehandhabt als die übliche Werbung durch Wort und Bild.[52] Eine Werbung, die dem Kunden Vergünstigungen gewährte, entsprach nicht dem Leitbild des Leistungswettbewerbs und unterlag deshalb niedrigeren Eingriffsschwellen, die das RabattG und die ZugabeVO mit grundsätzlichen Verboten flankierten. Auch die gefühlsbetonte Werbung sah man in einem Widerspruch zum Leistungswettbewerb, soweit sie allein auf die Gefühlsausnutzung zu eigennützigen Zwecken zielte.[53]

2. Die Anhebung der Eingriffsschwellen

Für die Fallgruppe der Anlockung mit materiellen Werten hob die Rechtsprechung vor rund 20 Jahren die Eingriffsschwelle im Hinblick auf die Auswirkungen der europäischen Harmonisierung, das gewandelte Verbraucherbild und die Aufhebung von RabattG und ZugabeVO im Jahr 2001 deutlich an. Eine Unlauterkeit setzt nunmehr im Bereich der Wertreklame eine so starke Anlockwirkung voraus, dass die Rationalität der Nachfrageentscheidung völlig in den Hintergrund tritt, also geradezu ausgeschaltet wird.[54]

Auch in der Fallgruppe der Gefühlsausnutzung erhöhte der Bundesgerichtshof in der Folge die Eingriffsvoraussetzungen. Vor dem Hintergrund der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Tragweite der durch Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG geschützten Wirtschaftswerbung[55] übertrug er die Beurteilung zur Kopplung des Produktabsatzes mit materiellen Wer-

52 Vgl. *Bussmann/Droste*, Werbung und Wettbewerb im Spiegel des Rechts, 1951, §§ 21, 23; v. *Gamm*, Wettbewerbsrecht, 1964, Kap. 13 Ziff. 1.; zur Rspr. s.u. C.II.

53 *Baumbach/Hefermehl*, Wettbewerbsrecht, 19. Aufl. 1996, § 1 UWG Rn. 185 m.w.N.

54 BGH, Urt. v. 13.06. 2002 - I ZR 173/01, BGHZ 151, 84, 89 - Kopplungsangebot I; BGH, Urt. v. 13.06.2002 - I ZR 71/01, WRP 2002, 1259, Kopplungsangebot II; BGH, Urt. v. 22.5.2003 - I ZR 8/01, GRUR 2003, 1057 - Einkaufsgutschein; BGH, Urt. v. 9.6.2004 - I ZR 187/02, GRUR 2004, 960 - 500 DM - Gutschein für Autokauf; BGH, Urt. v. 22.9.2005 - I ZR 28/03, GRUR 2006, 161 Rn. 17 - Zeitschrift mit Sonnenbrille; BGH, Urt. v. 8.11.2007 - I ZR 192/06, WRP 2008, 780 Rn. 15 – Hagelschaden; BGH, Urt. v. 24.6.2010 - I ZR 182/08, GRUR 2010, 850 Rn. 13 - Brillenversorgung II; BGH, Urt. v. 3.4.2014 – I ZR 96/13, GRUR 2014, 1117 Rn. 27 – Zeugnisaktion; *Büscher* (s. Fn. 15), § 4a Rn. 68, 166 f.

55 BVerfG, Urt. v. 12.12.2000 – 1 BvR 1762/95, BVerfGE 102, 347, GRUR 2001, 170 – Benetton-Werbung I; BVerfG, Beschl. v. 6.2.2002 – 1 BvR 2151/96, GRUR 2002, 455 – Tier- und Artenschutz; BVerfG, Urt. v. 11.3.2003 – 1 BvR 426/02, BVerfGE 107, 275, GRUR 2003, 442 – Benetton-Werbung II.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

ten auf die Verknüpfung mit der Förderung sozialer, sportlicher, kultureller oder ökologischer Belange.[56] Die Schwelle zur Unlauterkeit wird demnach – wie bei den Kopplungsangeboten -[57] erst überschritten, wenn der Einfluss ein solches Ausmaß erreicht, dass er die freie Entscheidung des Verbrauchers zu beeinträchtigen vermag. Damit war zugleich die Brücke von der Werbung mit materiellen zur Werbung mit immateriellen Werten geschlagen.[58]

IV. Grundzüge der Wertwerbung

Die Werbung mit Werten ist durch Grundzüge gekennzeichnet, die Gemeinsamkeiten zwischen der Werbung mit materiellen und derjenigen mit immateriellen Werten hervortreten lassen.

1. Werte als zusätzlicher Kaufanreiz

Die Wertwerbung zieht Werte zusätzlich zur angebotenen Ware oder Dienstleistung als Mittel zu dem Zweck heran, deren entgeltlichen Absatz oder Bezug zu fördern. Dem Verbraucher vermittelt die Wertwerbung den Zusatznutzen, einen materiellen Wert zu erhalten oder einen immateriellen Wert fördern zu können. Verkaufsförderungsmaßnahmen werben mit der Vergünstigung durch den materiellen Wert einer anderen als der abzusetzenden Ware oder Dienstleistung. Auch der Appell an Wertvorstellungen zur Unterstützung gesellschaftlich wertvoller Belange vollzieht sich als zusätzlicher Kaufanreiz neben dem Angebot der Hauptleistung. Nicht nur die Imagewerbung, sondern auch die gefühlsbetonte Produktwerbung stellen dabei weithin auf außerhalb der Ware und Dienstleistung stehende, nicht an einen materiellen Wert gebundene Aspekte ab.[59]

56 BGH, Urt. v. 26.10.2006 - I ZR 33/04, GRUR 2007, 247 Rn. 19 – Regenwaldprojekt I; BGH, Urt. v. 22.9.2005 - I ZR 55/02, GRUR 2006, 75 Rn. 18 – Artenschutz.

57 BGH, Urt. v. 23.2.2006 – I ZR 245/02, GRUR 2006, 511 Rn. 21 – Umsatzsteuererstattungs-Modell; Harte/Henning/Picht/Stuckel, UWG, 4. Aufl. 2016, § 4 a Rn. 91.

58 BGH, Urt. v. 26.10.2006 - I ZR 33/04, GRUR 2007, 247 Rn. 21 – Regenwaldprojekt I.

59 BVerfG, Beschl. v. 6.2.2002 – 1 BvR 2151/96, GRUR 2002, 455 Rn. 36 – Tier- und Artenschutz; *Großkomm*. UWG/*Pahlow*, § 4 Nr. 1 Rn. 180.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

2. Die grundsätzliche Zulässigkeit

Diesem zusätzlichen Anreiz ist die frühere Rechtsprechung unter dem Idealbild der Sachlichkeit strenger als bei der üblichen Wort- und Anschauungswerbung begegnet.[60] Eine solches Verständnis von Unsachlichkeit kann die Unlauterkeit allerdings nicht mehr rechtfertigen, seitdem sich die Rechtsprechung zur Werbung mit Werten – gleich ob materieller oder immaterieller Art - gewandelt hat (s.o. C.II.). In einem sachlichen Zusammenhang zum Produkt müssen die Werte seither nicht (mehr) stehen. Darin lag die Wende zur grundsätzlichen Zulässigkeit der Werbung mit Werten.

So ist seither im Grundsatz von der Zulässigkeit der Wertreklame auszugehen.[61] Unzulässig ist sie erst, wenn die Rationalität der Nachfrageentscheidung weitestgehend zurückgedrängt wird, sowie bei spezialgesetzlichen Verboten wie § 7 Abs. 1 Satz 1 HWG, der im Bereich der Heilmittel die Wertreklame weitgehend eindämmen soll.[62]

Ebenso wie bei der Wertreklame grundsätzlich materielle Werte zusätzlich zur Hauptleistung ohne Berechnung abgegeben werden dürfen, lässt sich in der Werbung der Produktabsatz mit der Förderung sozialer, sportlicher, kultureller oder ökologischer Belange koppeln.[63] Es steht dem Verbraucher frei, sich durch einen Appell an das soziale Verantwortungsgefühl, die Hilfsbereitschaft, das Mitleid oder das Umweltbewusstsein zum Kauf anregen zu lassen, ohne dass ein sachlicher Zusammenhang zwischen dem in der Werbung angesprochenen Engagement und dem Produkt besteht.[64] Der werbende Appell an Wertvorstellungen ist demnach auch ohne sachlichen Zusammenhang zum beworbenen Angebot grundsätzlich zulässig.[65]

60 BGH, Urt. v. 7.2.1968 – Ib 6/66, GRUR 1968, 196 – *Rocroni-Ascher*; BGH, Urt. v. 13.6.1973 – I ZR 65/72, NJW 1974, 46 Rn. 24 f. – Geballtes Bunt; BGH, Urt. v. 23.9.1989 – I 138/86, GRUR 1989, 366 Rn. 14 – Wirtschaftsmagazin; s.o. C.I.; kritisch *Götting* (Fn. 7), § 4 Rn. 1.38 ff.

61 *Götting* (s.o. Fn. 4), § 4a Rn. 21; *Ohly/Sosnitza* (s.o. Fn. 4), § 4a Rn. 40; *Büscher* (s. Fn. 15), § 5 Rn. 421; zur Rspr. s. Fn. 52.

62 BGH, Urt. v. 24.11.2016 - I ZR 163/15, GRUR 2017, 635 Rn. 27 - Freunde werben Freunde; BGH, Urt. v. 1.12.2016 - I ZR 143/15, WRP 2017, 536 - Zuzahlungsverzicht bei Hilfsmitteln; s. Fn. 52.

63 BGH, Urt. v. 26.10.2006 - I ZR 33/04, GRUR 2007, 247 Rn. 21 – Regenwaldprojekt I.

64 BGH, Urt. v. 22.9.2005 - I ZR 55/02, GRUR 2006, 75 Rn. 18 – Artenschutz; BGH, Urt. v. 26.10.2006 - I ZR 33/04, GRUR 2007, 247 Rn. 19 – Regenwaldprojekt I.

65 *Götting* (s.o. Fn. 4), § 4a Rn. 27; Ohly/Sosnitza (s.o. Fn. 4), § 4a Rn. 111; *Büscher* (s. Fn. 15), § 4a Rn. 150.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

3. Keine Angaben zur Hauptleistung

Nach dem ursprünglichen Verständnis vom Leistungswettbewerb sollte im Wettbewerb nur mit der eigenen Leistung und ihren immanenten Eigenschaften, d.h. mit der Qualität, dem Preis, der Ausstattung, der Verkehrsbekanntheit und dem Service, geworben werden.[66] Hiervon unterscheidet sich die Werbung mit Werten, indem sie sich nicht in Wort, Bild oder Ton zu leistungseigenen Merkmalen äußert. Vielmehr lockt die Wertreklame den Umworbenen mit geldwerten Vergünstigungen an. Die emotionale Werbung zieht seine Wertvorstellungen heran, für die er sich engagiert oder interessiert. Gleich ob der Werbende demnach materielle Werte zuwendet oder immaterielle Werte nutzt – in beiden Fällen betrifft dies nicht die Hauptleistung, sondern einen Zusatz hierzu. Die Werte sind dabei das Mittel, mit dem die Werbung den Absatz des Hauptprodukts zu fördern versucht.

Demgegenüber fallen die werbenden Angaben zum Hauptangebot nicht unter die Werbung mit Werten. Sie betreffen leistungseigene Umstände wie die wesentlichen Merkmale der Ware oder Dienstleistung, die für ihre Qualität, Beschaffenheit und Brauchbarkeit bestimmend sind, den Preis oder die Eigenschaften und Rechte des werbenden Unternehmens. Diesen Umständen kann durchaus ein für die Hauptsache wertbildender Faktor zukommen. Allerdings wird dabei nicht mit dem wertbildenden Faktor selbst geworben, sondern mit Angaben über die Eigenschaften und Umstände der Hauptleistung.

4. Keine Gesundheitswerbung

Nicht zur Werbung mit Werten gehört demnach die Gesundheitswerbung. Dabei steht die besondere Schutzbedürftigkeit der menschlichen Gesundheit außer Frage. Mittel der Gesundheitswerbung ist indessen nicht ein sozialer Wert oder ein gemeinschaftlich wertvolles Anliegen, für das sich der Verbraucher engagieren können soll. Vielmehr geht es vorrangig um die Gesundheit des einzelnen Verbrauchers, auf die sich die beworbenen Waren oder Leistungen auswirken. Die Gesundheit des Einzelnen hat in seiner Wertschätzung einen derart hohen Stellenwert, dass er bereitwillig auf die

66 *Peifer*, Lauterkeitsrecht, 2. Aufl. 2016, Rn. 43.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

Wirksamkeit eines Produkts vertraut.[67] An die Gesundheit anknüpfende Werbemaßnahmen erweisen sich deshalb erfahrungsgemäß als besonders wirksam und verharmlosende Aussagen als besonders gefahrvoll.[68]

Der Bezug der Gesundheitswerbung auf die durch das Produkt geförderte oder gefährdete Gesundheit des Einzelnen löst auch keinen zusätzlichen Kaufanreiz neben dem Hauptangebot aus. Vorrangig geht es bei der Gesundheitswerbung um die Angaben zu den Wirkungen, Vorteilen und Risiken des Produkts an sich für den Einzelnen, nicht aber zusätzlich um die Förderung der Gesundheit als sozialen Wert. Die Gesundheit der Allgemeinheit ist zwar ein überragendes Gemeinschaftsgut. Die Gesundheitswerbung setzt aber bei den Angaben über die therapeutischen Wirkungen für den Einzelnen und nicht an der Gesundheit der Allgemeinheit als Wert an, den der Verbraucher fördern und hierzu das Produkt erwerben will. Mittelbar ergeben sich Auswirkungen auf die Gesundheit der Bevölkerung insbesondere bei irreführenden Angaben. Überall dort, wo die Gesundheit in der Werbung ins Spiel gebracht wird, gelten demnach besonders strenge Anforderungen an die Richtigkeit, Eindeutigkeit und Klarheit der Angaben.[69]

Unterfällt die Gesundheitswerbung nicht der Werbung mit Werten, ist es nur konsequent, die hierfür gezogene Schlussfolgerung, §4a UWG sei praktisch nie erfüllt[70] oder sogar ausgeschlossen,[71] nicht auf die Gesundheitswerbung zu erstrecken. Im Gegenteil ist die Gefahr, dass die Gesundheitswerbung die Rationalität der Nachfrageentscheidung völlig in den Hintergrund drängt, wegen der erhofften Wirkungen sogar besonders groß.[72] Die Ausklammerung der Gesundheitswerbung aus der Fallgruppe der emotionalen Werbung und der Werbung mit Werten führt demnach auch zu einer konsistenten lauterkeitsrechtlichen Beurteilung.

67 BGH, Urt. v. 3.11.2016 – I ZR 227/14, GRUR 2017, 418 Rn. 22 – Optiker-Qualität.

68 BGH, Urt. v. 3.5.2001 – I ZR 318/91, GRUR 2002, 182 Rn. 44 - Das Beste jeden Morgen; BGH, Urt. v. 27.2.1980 – I ZR 8/78, GRUR 1980, 797 – Topfit Boonekamp.

69 BGH; Urt. v. 11.2.2021 – I ZR 126/19, GRUR 2021 746 Rn. 32 – Dr. Z.; BGH, Urt. v. 6.2.2013 - I ZR 62/11, GRUR 2013, 649 Rn. 15 - Basisinsulin mit Gewichtsvorteil; Peifer/Obergfell in Fezer/Büscher/Obergfell, UWG, 3. Aufl., § 5 Rn. 375; *Meyer* in Götting/Meyer/Vormbrock, Praxishandbuch Gewerblicher Rechtsschutz, 2. Aufl. 2020, § 36 Rn. 126.

70 *Köhler* (s. Fn. 22), § 3 Rn. 9.9, 9.17.

71 *Büscher* (s. Fn. 15), § 4a Rn. 150.

72 *Köhler* (s. Fn. 22), § 3 Rn. 9.29.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

V. Die Grenzen der Wertwerbung

Die grundsätzliche Zulässigkeit der Werbung mit Werten unterliegt Grenzen, die sich an den Gefahren orientieren, die von den beworbenen Geschäften für die Verbraucher ausgehen.[73] Im Hinblick auf die Gefahren einer Irreführung oder unangemessenen Beeinflussung kann der Schutz der Entscheidungsfreiheit unterschieden werden nach dem Schutz der Entscheidungsgrundlage und dem Schutz des Entscheidungsprozesses.[74] Die Schutzvoraussetzungen hierfür ergeben sich aus den einschlägigen Unlauterkeitstatbeständen. Als Bewertungsmaßstäbe treten die Irreführungstatbestände nach §§ 5 und 5a UWG zum Schutz der Entscheidungsgrundlage immer stärker in den Vordergrund,[75] wohingegen der Schutz des Entscheidungsprozesses zunehmend an Bedeutung verliert, zumal er ohnehin weniger durch § 4a UWG gewährt als vielmehr durch die Generalklausel nach § 3 Abs. 1 und 2 UWG aufgefangen wird.

1. Schutz der Entscheidungsgrundlage

Der Schutz der Entscheidungsgrundlage soll gewährleisten, dass der Verbraucher seine Entscheidung auf die richtigen und ausreichenden Informationen stützen kann. So geht von Kopplungsangeboten weniger die Gefahr aggressiven Verhaltens als vielmehr die Gefahr aus, dass über den tatsächlichen Wert des Angebots getäuscht oder doch unzureichend informiert wird.[76]

a) Irreführung gemäß § 5 Abs. 1 UWG

Dieser Gefahr begegnet – wie jüngst vom BGH für Kopplungsangebote und Gesamtpreise bekräftigt[77] - das lauterkeitsrechtliche Irreführungsver-

73 Vgl. BGH, Urt. v. 13.6.2002 - I ZR 71/01, WRP 2002, 1259 Rn. 28 - Kopplungsangebot II.

74 *Beater*, Unlauterer Wettbewerb, S. 419; Götting/Hetmank (s. Fn. 35), § 10 A Rn. 2.

75 BGH, Urt. v. 25.11.2021- I ZR 148/20, GRUR 2022, 241 Rn. 12 - Kopplungsangebot III; *Büscher* (s. Fn. 15), § 4a Rn. 146; *Harte/Henning/Picht/Stuckel* (s. Fn. 55), § 4 a Rn. 31.

76 BGH, Urt. v. 2.6.2005 – I ZR 252/02, WRP 2006, 84 Rn. 20 – Aktivierungskosten II; *Büscher* (s. Fn. 15), § 4a Rn. 166.

77 BGH, Urt. v. 25.11.2021- I ZR 148/20, GRUR 2022, 241 Rn. 13, 16 - Kopplungsangebot III, mwN.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

bot aus § 3 Abs. 1, § 5 Abs. 1 UWG. Stellt eine Werbung mit materiellen Werten den Teil eines gekoppelten Angebots blickfangmäßig als besonders günstig heraus, ohne dass Hinweise auf Belastungen auch hervorgehoben dargestellt sind, ist die uneinheitliche Preisangabe nach § 5 Abs. 2 Nr. 2 UWG irreführend. [78] So ist die blickfangmäßige Werbung für eine Empfangsmöglichkeit der Live-Übertragung sämtlicher Fußball-Bundesligaspiele („LIGA Total") irreführend, wenn zu dem angegebenen Preis weitere unvermeidliche Kosten für die Buchung eines "Entertain-Angebots" hinzukommen.[79]

In Parallele hierzu kann bei der Werbung mit immateriellen Werten beispielsweise das sog. Greenwashing irreführend sein, wenn der Unternehmer für ein umweltfreundliches Image Angaben zur Nachhaltigkeit, Energieeffizienz oder CO2-Neutralität herausstellt, die aber allenfalls einen geringen Teil der Unternehmensaktivitäten betreffen oder nicht näher erläutert werden. Bleiben die tatsächlichen Leistungen des Werbenden hinter dem zurück, was er verspricht, oder substantiiert er seine Werbeangabe nicht hinreichend und werden dadurch die berechtigten Erwartungen der Verbraucher in relevanter Weise enttäuscht werden, verstößt das gegen § 5 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 UWG.[80] Entsprechendes gilt für das sog. Bluewashing (in Anspielung auf die blaue Farbe der UN) hinsichtlich des sozialen Engagements beispielsweise gegen Kinderarbeit in der Textilbranche.

b) Intransparenz gemäß § 5a Abs. 1 UWG

Zur Entscheidungsgrundlage gehört auch eine angemessene Information, die das Transparenzgebot des § 5a Abs. 1 UWG im Verhältnis zu Verbrauchern und unternehmerischen Kunden verlangt. Für die Werbung mit materiellen Werten und diejenige mit immateriellen Werten gilt gleichermaßen, dass den Unternehmer keine allgemeine Pflicht zur umfassenden Aufklärung über Tatsachen, die für die geschäftliche Entscheidung des

78 BGH, Urt. v. 8.10.1998 - I ZR 187/97, BGHZ 139, 368, 376 f. - Handy für 0,00 DM; BGH, Urt. v. 2.6.2005 – I ZR 252/02, WRP 2006, 84 Rn. 20 - Aktivierungskosten II; *Büscher* (s. Fn. 15), § 5 Rn. 422.

79 OLG Köln, Urt. v. 4.6.2010 - 6 U 11/10, Magazindienst 2010, 738.

80 BGH, Urt. v. 26.10.2006 - I ZR 97/04, GRUR 2007, 251 Rn. 20 – Regenwaldprojekt II; Laoutoumai, Greenwashing in der aktuellen Rechtsprechung und europäischen Gesetzgebung, WRP 2022, 1067 Rn. 17 ff.; *Soppe/Fuchs*, Greenwashing – Ein aktuelles Thema für Rechtsprechung und Rechtsetzung, WRP 2022, 1338 Rn. 36, 52; Köhler (s. Fn. 22), § 3 Rn. 9.11.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

angesprochenen Verkehrs möglicherweise von Bedeutung sind, trifft.[81] Den Preisbestandteil oder Einzelwert einer materiellen Zusatzleistung muss der Unternehmer bei der Wertreklame grundsätzlich nicht angeben und seine Kalkulation damit nicht offenlegen.[82] Parallel hierzu besteht auch bei einer Werbung mit immateriellen Werten keine Verpflichtung des Unternehmens, über die Art und Weise des sozialen, kulturellen, sportlichen oder ökologischen Engagements oder die Höhe bzw. den Wert der Zuwendung aufzuklären.[83]

Informationspflichten bestehen gegenüber Verbrauchern im elektronischen Geschäftsverkehr nach § 6 Abs. 1 Nr. 3, 4 TMG zu den Modalitäten der Inanspruchnahme von Verkaufsförderungsmaßnahmen und der Teilnahme an Preisausschreiben oder Gewinnspielen. Da ein unterschiedliches Schutzniveau für elektronischen und nichtelektronischen Geschäftsverkehr nicht zu rechtfertigen ist,[84] sind diese Wertungen auch beim nichtelektronischen Geschäftsverkehr über § 5a Abs. 1, 2 UWG zu berücksichtigen.[85]

2. Schutz des Entscheidungsprozesses

Der Schutz des Entscheidungsprozesses soll sicherstellen, dass der Verbraucher seine Entscheidung in der richtigen Art und Weise treffen kann.[86] Seine geschäftliche Entscheidungsfreiheit soll von massiver Beeinträchtigung durch unangemessene Mittel der Beeinflussung freigehalten werden.

81 BGH, Urt. v. 25.11.2021- I ZR 148/20, GRUR 2022, 241 Rn. 27 - Kopplungsangebot III; BGH, Urt. v. 26.10.2006 - I ZR 97/04, GRUR 2007, 251 Rn. 21 – Regenwaldprojekt II.

82 BGH, Urt. v. 25.11.2021- I ZR 148/20, GRUR 2022, 241 Rn. 27 - Kopplungsangebot III; *Peifer*, jurisPR-WettbR 2/2022 Anm. 3; Götting (s. Fn. 7), § 4 Rn. 1.50 ff. m.w.N.

83 BGH, Urt. v. 26.10.2006 - I ZR 33/04, GRUR 2007, 247 Rn. 25 – Regenwaldprojekt I; *Köhler* (s. Fn. 22), § 5 Rn. 5.4; einschränkend *Völzmann-Stickelbrock*, Werbung im Lichte unternehmerischer Sorgfaltspflichten nach LkSG, WRP 2022, 1328 Rn. 12.

84 BGH, Urt. v. 27.7.2017 – I ZR 153/16, WRP 2018, 182 Rn. 30 – 19% MWSt GESCHENKT.

85 *Alexander* in Münchener Kommentar zum Lauterkeitsrecht, 3. Aufl. 2020, § 5a Rn. 543.

86 *Götting* (s. Fn. 4), § 4a Rn. 1.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

a) Aggressive Kundenansprache gemäß § 4a UWG

Diesem Zweck diente der Beispieltatbestand des § 4 Nr. 1 UWG 2004.[87] Im Hinblick auf die gewandelte Rechtsprechung, die eine weitgehende Verdrängung der Rationalität bei der Nachfrageentscheidung voraussetzt, konnte diese Vorschrift indessen nur äußerste Grenzen setzen. Entsprechendes gilt für § 4a UWG 2015, der als Nachfolgeregelung diente.[88]

Hinzu tritt, dass sich der Regelungsansatz aufgrund richtlinienkonformer Auslegung nur gegen aggressive Geschäftspraktiken i.S.v. von Art. 2 lit. j, 8, 9 der UGP-Richtlinie richtet. § 4 Nr. 1 UWG 2004 und § 4a UWG 2015 setzen damit nicht mehr beim Werbeadressaten und der Frage an, durch welche materiellen Werte er angelockt oder welche Wertvorstellungen bei ihm ausgenutzt werden. Vielmehr geht der Regelungsansatz vom Werbenden aus, der durch aggressive Kundenansprache eine Überlegenheit zur Ausübung von Druck auf den Adressaten ausnutzen muss. An der erforderlichen Aggressivität fehlt es, wenn und soweit man bei der Werbung mit Werten annimmt, dass kein Nachteil angedroht und kein Druck ausgeübt wird.[89] § 4a UWG erscheint demnach nicht darauf zugeschnitten, die Werbung mit Werten zu erfassen.[90]

Um der Gefahr einer zu starken Anlockwirkung durch die Wertwerbung entgegenwirken zu können, ist allerdings der Anwendungsbereich von § 4a UWG jedenfalls hierfür offenzuhalten und stattdessen die Eingriffsschwelle hoch anzusetzen. So schließt auch die Rechtsprechung das Verbot aggressiver geschäftlicher Handlungen nach § 4a UWG als Beurteilungsmaßstab nach wie vor nicht aus.[91] Demnach erscheint es auch sinnvoll, die Fallgruppen der Wertwerbung, insbesondere der Verkaufsförderungsmaßnahmen und der emotionalen Werbung, weiterhin bei § 4a UWG[92] statt bei § 3 UWG[93] anzusiedeln.

87 *Götting* (s. Fn. 7), § 4 Rn. 1.2., 1.6.
88 BGH, Urt. v. 21.7.2016 – I ZR 127/15, WRP 2017, 169 Rn. 32 – Förderverein.
89 Scherer, GRUR 2016, 233, 240 f.
90 Vgl. *Harte/Henning/Picht/Stuckel* (s. Fn. 55), § 4 a Rn. 36.
91 BGH, Urt. v. 25.11.2021- I ZR 148/20, GRUR 2022, 241 Rn. 13, 28 - Kopplungsangebot III; *Büscher* (s. Fn. 15), § 4a Rn. 166.
92 So Götting (s. Fn. 4), § 4a Rn. 18 ff.; *Ohly/Sosnitza* (s.o. Fn. 4), § 4a Rn. 37 ff.; *Raue* in Münchener Kommentar zum Lauterkeitsrecht, 3. Aufl. 2020, § 4a Rn. 285 ff; Büscher (s. Fn. 15), § 4a Rn. 146 ff, unter „Bisherige Fallgruppen".
93 So *Köhler* (s. Fn. 22), § 3 Rn. 8.1. ff; 9.1 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

b) Verstoß gegen die unternehmerische Sorgfalt gemäß § 3 Abs. 2 UWG

Nach § 4a Abs. 1 Satz 2 Nr. 3, Satz 3 UWG stellen sich moralischer, wirtschaftlicher oder autoritärer Druck nur dann als unzulässige Beeinflussung des Verbrauchers oder sonstigen Marktteilnehmers dar, wenn sie seine Fähigkeit zu einer informierten Entscheidung wesentlich einschränken. Dies sei nach teilweise vertretener Auffassung bei einer bloßen Anlockwirkung nicht der Fall, so dass im Hinblick auf die Verkaufsförderungsmaßnahmen und die emotionale Werbung kein Anwendungsbereich mehr für § 4a UWG verbleibe.[94] Ob dieser Auffassung zu folgen ist, hat der BGH im Ergebnis offen gelassen, weil bei übermäßiger Anlockwirkung jedenfalls das Verbot von gegen die unternehmerische Sorgfalt verstoßenden geschäftlichen Handlungen gemäß § 3 Abs. 2 UWG im Verhältnis zu Verbrauchern anwendbar ist.[95] Im Verhältnis zu sonstigen Marktteilnehmern kommt ein Rückgriff auf die wettbewerbsrechtliche Generalklausel des § 3 Abs. 1 UWG in Betracht, sofern die betreffende Verhaltensweise von ihrem Unlauterkeitsgehalt her den in den §§ 3a bis 7 UWG angeführten Beispielsfällen unlauteren Verhaltens entspricht.[96]

VI. Fazit

Die Wertwerbung wirbt zusätzlich zum Hauptangebot mit materiellen ebenso wie mit immateriellen Werten als Kaufanreiz. Dabei zeigen sich Parallelen in der lauterkeitsrechtlichen Beurteilung. Die ursprünglich strenge Handhabung als sachfremde Anlockung und Gefühlsausnutzung hat sich in die grundsätzliche Zulässigkeit verkehrt, dem Verbraucher über die Hauptleistung hinaus einen materiellen Wert zuzuwenden oder ihn als Kaufmotiv einen immateriellen Wert fördern zu lassen. Die Eingriffsschwellen wurden dabei parallel so weit angehoben, dass ein Anwendungsbereich für § 4a UWG kaum verbleibt, falls nicht ohnehin für den Schutz des Entscheidungsprozesses vor übermäßiger Anlockwirkung und Beeinflussung nur die Generalklausel gemäß § 3 Abs. 1, 2 UWG für maßgeblich

94 *Köhler* (s. Fn. 22), § 3 Rn. 8.22, 8.42, 8.54. 8.63, 8.77, 9.9.; *Büscher* (s. Fn. 15), § 4a Rn. 150, 166 f.; *Scherer*, GRUR 2016, 233, 240 f.

95 BGH, Urt. v. 25.11.2021- I ZR 148/20, GRUR 2022, 241 Rn. 13, 28 - Kopplungsangebot III.

96 BGH, Urt. v. 25.11.2021- I ZR 148/20, GRUR 2022, 241 Rn. 28 - Kopplungsangebot III; BGH, Urt. v. 16.11.2017 – I ZR 160/16, GRUR 2018, 541 Rn. 24 – Knochenzement II.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

gehalten wird. Der Schwerpunkt der lauterkeitsrechtlichen Beurteilung verlagert sich damit auf den Schutz der Entscheidungsgrundlage vor Täuschung und unvollständiger Information durch §§ 5, 5 a UWG. Über den Preis oder Wert des Zusatznutzens muss allerdings ebenso wenig aufgeklärt werden wie über die Art und Weise des sozialen oder ökologischen Engagements.

Dies gilt nicht für die Gesundheitswerbung, bei der weiterhin insgesamt strenge Anforderungen an den Schutz der Entscheidungsfreiheit zu stellen sind. Darin liegt keine Inkonsistenz des Schutzkonzepts, weil die Gesundheitswerbung nicht mit einem sozialen Wert als zusätzlichem Kaufanreiz wirbt, sondern die Auswirkungen auf die Gesundheit des einzelnen in den Mittelpunkt stellt. Sie sollte deshalb systematisch auch nicht mehr der gefühlsbetonten Werbung zugeordnet werden.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

Klimaschutz in der Werbung – Notwendige Verbraucherinformation oder Greenwashing?

Julia Möller-Klapperich

Innerhalb von wenigen Jahrzehnten sollen Deutschland[1] und die gesamte EU[2] klimaneutral werden, d.h. der Ausstoß des klimaschädlichen Treibhausgases CO_2 soll auf null reduziert bzw. vollständig neutralisiert werden. Grundsätzlich fallen die Kosten des Ausstoßes von CO_2 jedoch nicht beim Emittenten an, sondern verteilen sich auf die Gesamtgesellschaft oder entfallen regional bei Individuen, welche in besonders vom Klimawandel gefährdeten Gebieten, z.B. in Küstennähe, leben.[3] Für Unternehmen und Verbraucher besteht damit im Wettbewerb kein monetärer Anreiz zur i.d.R. mit Investitionen verbundenen Reduktion ihrer Emissionen.

Neben der Idee, solche Anreize durch Einführung eines Emissionshandels oder durch Festsetzung von Grenzwerten[4] u.Ä. zu schaffen, setzt die Politik auch auf die Vernunft der Verbraucher. Diese sollen durch die bewusste Entscheidung für klimaneutrale oder umweltfreundliche Produkte und ihre Bereitschaft, dafür Mehrkosten in Kauf zu nehmen, selbst zur Zielerreichung beitragen und damit Anreize für die Unternehmen zur Priorisierung der Klimafreundlichkeit setzen. In einer aktuellen Studie der Unternehmensberatung Deloitte gaben 70% der Befragten an, dass die Nachhaltigkeit der Produkte bei ihrer Konsumentscheidung eine wichtige Rolle spielt. Für 24% war eine Verbesserung der Kennzeichnung für die Entscheidung, vermehrt nachhaltige Produkte zu kaufen, ausschlagge-

1 § 3 Abs. 2 KSG.

2 Vgl. EU-KOM, Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Verordnung (EU) 2018/842 zur Festlegung verbindlicher nationaler Jahresziele für die Reduzierung der Treibhausgasemissionen im Zeitraum 2021 bis 2030 als Beitrag zu Klimaschutzmaßnahmen zwecks Erfüllung der Verpflichtungen aus dem Übereinkommen von Paris v. 14.7.2021, COM(2021) 555 final.

3 *Wagner*, Klimaschutz durch Gerichte, NJW 2021, 22256 Rn. 7 ff.

4 Siehe zur Geschichte zusammenfassend *Münker/Vlah*, Werbung mit „Klimaneutralität", ZLR 2022, 541 (542 ff.).

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

bend.[5] Unternehmen können also ihren Umsatz steigern, wenn sie Produkte mit dem Label „klimaneutral" bewerben.[6] Handelt es sich dabei um eine ehrliche Darstellung der Umweltvorteile zu Werbezwecken (Green Claims), trägt dies einen wichtigen Teil zur Information der Verbraucher bei und hilft ihnen den Klimaschutz durch bewusste Konsumentscheidungen zu fördern.[7]

Aufgrund der Unschärfe der genutzten Begriffe besteht allerdings ein großes Potenzial für sog. „Greenwashing"[8], also der Täuschung über umweltbezogene Tatsachen.[9] Das Greenwashing gefährdet nicht nur die Wettbewerbsfähigkeit von redlichen Unternehmen, sondern auch das Vertrauen der Verbraucher in ihre Möglichkeit, einen bewussten Beitrag zum Klimaschutz leisten zu können.[10] Die Werbung mit umweltbezogenen Aussagen ist deshalb Gegenstand aktueller Diskussionen. Verbraucher- und Umweltschutzverbände fordern sogar teilweise ein Verbot.[11] Die Europäische Union strebt eine Verschärfung der geltenden Regelungen im Lauterkeitsrechts an.

I. Klimafreundlichkeit und Klimaneutralität

Der Begriff der Klimaneutralität ist bisher nicht einheitlich definiert worden.[12] Gleiches gilt für Begriffe, wie „nachhaltig", „öko" oder „umwelt-

5 Abrufbar unter https://www2.deloitte.com/de/de/pages/consumer-business/articles/studie-nachhaltigkeit-und-verbraucherverhalten.html (abgerufen am 23.1.2023).

6 Vgl. *Münker/Vlah*, Werbung mit „Klimaneutralität", ZLR 2022, 541 (541).

7 *Laotoumai*, Greenwashing in der aktuellen Rechtsprechung und europäischen Gesetzgebung, WRP 2022, 1067 (1068).

8 *Steuer*, „Klimaneutrale" Produkte im Lauterkeitsrecht, in GRUR 2022, 1408 (1408); *Laotoumai*, Greenwashing in der aktuellen Rechtsprechung und europäischen Gesetzgebung, WRP 2022, 1067 (1067); *Münker/Vlah*, Werbung mit „Klimaneutralität", ZLR 2022, 541 (541).

9 *Schwarz/Schieffer,* Ermittlung von Greenwashing-Vorwürfen, CCZ 2022, 345 (345); *Dumont*, Unlauterer Wettbewerb durch „Greenwashing"?, DB 2022, 2392 (2392).

10 Vgl. *Laotoumai*, Greenwashing in der aktuellen Rechtsprechung und europäischen Gesetzgebung, WRP 2022, 1067 (1067); *Münker/Vlah*, Werbung mit „Klimaneutralität", ZLR 2022, 541 (546 f.).

11 https://www.vzbv.de/pressemitteilungen/vzbv-fordert-verbot-von-werbung-mit-klimaneutralitaet (abgerufen am 25.1.23); vgl. https://www.duh.de/themen/verbraucher/verbrauchertaeuschung/klimaneutral/ (abgerufen am 25.1.23).

12 *Steuer*, „Klimaneutrale" Produkte im Lauterkeitsrecht, in GRUR 2022, 1408 (1408 ff.).

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

freundlich".[13] Versteht man den Begriff „klimaneutral" im Sinne einer Arbeit ohne jede Emission („emissionsfrei"), so kann kein Unternehmen diese Anforderung erfüllen[14], da bspw. schon die Mitarbeiter CO_2 ausatmen und selbst soweit man hiervon absieht, eine einhundertprozentige Vermeidung von Emissionen technisch derzeit nicht möglich ist. Die Rechtsprechung erkennt zwar an, dass der Begriff klimaneutral nicht mit dem Begriff emissionsfrei gleichzusetzen sei[15], stellt aber zugleich hohe Anforderungen an eine Verwendung in der Werbung. Um nachhaltige Konsumentscheidungen zu treffen, bedürfen die Verbraucher umfassender Informationen.[16] Zugleich müssen Unternehmen, welche tatsächlich umfassende Investitionen in eine nachhaltige Verbesserung ihrer Umweltbilanz tätigen, vor einer Vorteilsnahme im Wettbewerb durch weniger engagierte Unternehmen geschützt werden.[17]

In der Praxis betreiben Unternehmen, welche nach eigenen Angaben eine umweltfreundliche Unternehmenspolitik anstreben, unterschiedliche Aktivitäten. Dazu gehören Einsparmaßnahmen im Unternehmen, die Nutzung von Öko-Strom und erneuerbaren Energiequellen, der Einsatz von Filtern, der bilanzielle Ausgleich durch Unterstützung oder Durchführung von Klimaprojekten und schließlich die Kompensation des eigenen Ausstoßes durch den Erwerb von Zertifikaten. Der Erwerb von Zertifikaten aus Schwellen- und Entwicklungsländern ist dabei i.d.R. deutlich günstiger als die Umstellung vor Ort.[18]

Mit solchen Zertifikaten werden Maßnahmen, wie das Pflanzen von Bäumen oder die Umstellung auf emissionsärmere Technologien in Schwellen- oder Entwicklungsländern, unterstützt. Ein konkreter Zusammenhang mit dem werbenden Unternehmen und seiner eigenen Produktionsweise besteht nicht.[19] Hinzu kommen Schwierigkeiten bei der Zertifizierung von Produkten. Neben dem Aspekt der CO_2-Einsparungen kann Nachhal-

13 Vgl. *Laotoumai*, Greenwashing in der aktuellen Rechtsprechung und europäischen Gesetzgebung, WRP 2022, 1067 (1068).
14 *Ernst*, Irreführende Werbung mit „Klimaneutralität", MDR 2022, 1320 (1320).
15 *Ernst*, Irreführende Werbung mit „Klimaneutralität", MDR 2022, 1320 (1320). LG Kiel, Urt. v. 2.7.2021 – 14 HKO 99/22.
16 *Ernst*, Irreführende Werbung mit „Klimaneutralität", MDR 2022, 1320 (1324).
17 https://www.wettbewerbszentrale.de/de/_pressemitteilungen/?id=381 (abgerufen am 25.1.23).
18 *Münker/Vlah*, Werbung mit „Klimaneutralität", ZLR 2022, 541 (541 f.).
19 https://www.wettbewerbszentrale.de/de/_pressemitteilungen/?id=381 (abgerufen am 25.1.23).

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

tigkeit oder Umweltfreundlichkeit viele weitere Aspekte umfassen. Dazu gehört bspw. die Wiederverwertbarkeit des Produktes, die Verwendung oder Emission anderer umweltschädlicher oder toxischer Stoffe, aber auch die Arbeitsbedingungen innerhalb der Produktion. Die Methoden zur Feststellung der Nachhaltigkeit eines Produktes sind deshalb umstritten.[20] Gleiches gilt für die durch die Zertifikate ausgewiesenen Einsparwerte. Nicht abschließend geregelt ist bspw., wie die Anrechnung und Einsparung länderübergreifend organisiert werden soll, um z.B. Doppelzählungen zu vermeiden[21] und abzusichern, dass die Projekte tatsächlich erst aufgrund der Zahlung des Zertifikatserwerbers realisiert wurden (sog. „Zusätzlichkeit").[22] Insgesamt handelt es sich, anders als beim mit dem Kyoto-Protokoll eingeführten Emissionshandel, um einen nicht regulierten Markt freiwilliger Kompensationszertifikate.[23]

Für den Verbraucher ist es schwierig zu durchschauen, welche Maßnahmen ein Unternehmen, welches ein vermeintlich klimaneutrales Produkt anbietet, tatsächlich durchführt.[24] Ein deutlicher Schwachpunkt ist die Kompensation unvermeidbarer Emissionen, wie sie bei jeder Art von Produkt auftreten. Die Schwierigkeiten liegen dabei auch in der realistischen Berechnung des tatsächlichen Ausstoßes eines Produktes. Dies beginnt schon mit der Auswahl des Bezugspunktes im Produktlebenszyklus. Herstellung, Vertrieb, Nutzung und Entsorgung können jeweils unterschiedlich zu bewerten sein.[25]

Nach Ansicht der Wettbewerbszentrale ist zudem die Investition in die Umstellung der eigenen Produktion im Hinblick auf Nachhaltigkeit höher zu bewerten als die Finanzierung von Ausgleichsmaßnahmen in Entwicklungsländern. Ziel sei ein Innovationswettbewerb um das umwelt-

20 Vgl. https://www.euractiv.com/section/energy-environment/news/leak-eu-to-slap-penalties-on-companies-making-false-green-claims/ (abgerufen am 25.1.2023).
21 *Münker/Vlah*, Werbung mit „Klimaneutralität", ZLR 2022, 541 (543).
22 *Münker/Vlah*, Werbung mit „Klimaneutralität", ZLR 2022, 541 (545).
23 *Münker/Vlah*, Werbung mit „Klimaneutralität", ZLR 2022, 541 (544).
24 Vgl. https://www.wettbewerbszentrale.de/de/_pressemitteilungen/?id=381 (abgerufen am 25.1.23).
25 Vgl. Umweltbundesamt, Freiwillige CO2-Kompensation durch Klimaschutzprojekte, Juli 2018 https://www.umweltbundesamt.de/sites/default/files/medien/376/publikationen/ratgeber_freiwillige_co2_kompensation_final_internet.pdf (angerufen am 24.1.23).

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

schonendste Wirtschaften und nicht ein ausschließlicher Kompensationswettbewerb.[26]

II. Zulässigkeit der Werbung nach geltendem Recht

Grundsätzlich ist die Werbung mit „guten Taten" nicht verboten.[27] Für Werbung mit umweltbezogenen Aussagen gelten aufgrund der besonderen emotionalen Werbekraft[28] und des komplexen wissenschaftlichen Sachstandes hohe Anforderungen.[29] Bislang finden sich auf der sog. schwarzen Liste im Anhang I des UWG keine generellen Verbote im Hinblick auf umweltbezogene Werbeaussagen.[30] Die Verwendung von umweltbezogenen Werbeaussagen wird lauterkeitsrechtlich aber durch die §§ 5 ff. UWG begrenzt, welche geschäftliche Handlungen verbieten, die geeignet sind, einen Irrtum bei Verbrauchern oder anderen Marktteilnehmern auszulösen und diese zu geschäftlichen Entscheidungen zu veranlassen, die sie andernfalls nicht getroffen hätten. Nach den §§ 5a und b UWG wertet das Gesetz auch das Vorenthalten wesentlicher Informationen als Irreführung. Täuscht ein Unternehmer vorsätzlich, so kann dies zudem strafrechtliche Folgen haben.[31]

---

26 *Münker/Vlah*, Werbung mit „Klimaneutralität", ZLR 2022, 541 (542); https://www.wettbewerbszentrale.de/de/_pressemitteilungen/?id=381 (abgerufen am 25.1.23); a.A. Ahrens, Werbung mit Klimaneutralität, in IPRB 2021, 142; differenzierend *Ernst*, Irreführende Werbung mit „Klimaneutralität", MDR 2022, 1320 (1323).

27 Siehe hierzu auch den Beitrag von *Marx* in diesem Band, S. x; *Ernst*, Irreführende Werbung mit „Klimaneutralität", MDR 2022, 1320 (1320).

28 LG Konstanz, Urt. v. 19.11.2021 – 7 O 6/21 KfH – GRUR 2021, Rn. 38.

29 Vgl. *Ernst*, Irreführende Werbung mit „Klimaneutralität", MDR 2022, 1320 (1321); *Dreher/Kulka*, Wettbewerbs- und Kartellrecht, § 3 Rn. 361; LG Konstanz, Urt. v. 19.11.2021 – 7 O 6/21 KfH.

30 *Dumont*, Unlauterer Wettbewerb durch „Greenwashing"?, DB 2022, 2392 (2393); *Laotoumai*, Greenwashing in der aktuellen Rechtsprechung und europäischen Gesetzgebung, WRP 2022, 1067 (1069).

31 *Schwarz/Schieffer*, Ermittlung von Greenwashing-Vorwürfen, in CCZ 2022, 345 (345 f); *Laotoumai*, Greenwashing in der aktuellen Rechtsprechung und europäischen Gesetzgebung, WRP 2022, 1067 (1070).

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

1. Die Tatbestände der Irreführung und der Intransparenz

Ausreichend für eine Irreführung durch Handeln i.S.d. § 5 Abs. 1 UWG ist die Herbeiführung eines kalkulierten Missverständnisses im Hinblick auf ein wesentliches Produktmerkmal oder das Unternehmen als Ganzes.[32] Umweltbezogene Aussagen stellen i.d.R. so ein wesentliches Merkmal dar.[33] Ungenaue und allgemeine Aussagen zum Umweltnutzen können demnach eine Irreführung darstellen.[34] Die Mehrdeutigkeit eines in der Werbung verwendeten Begriffes muss im Prozess allerdings substantiiert dargelegt werden. Wer sich auf eine Irreführung beruft, muss angeben können, welcher konkrete Verkehrskreis durch die Werbung angesprochen wird, welche Vorstellungen durch die Werbeaussagen ausgelöst werden und ob diese Vorstellungen unwahr sind.[35] Ein Verstoß gegen § 5 UWG liegt vor, wenn die Leistung des Werbenden hinter den durch die Werbung ausgelösten berechtigten Verbrauchererwartungen zurückbleibt.[36] Unternehmer müssen in der Lage sein, ihre in der Werbung aufgestellten Behauptungen im Prozess durch wissenschaftliche Belege nachweisen zu können.[37]

Maßgeblich für die Bewertung von Werbebotschaften ist die Auffassung eines durchschnittlichen Mitglieds des adressierten Verkehrskreises, wobei eine der Situation angemessene Aufmerksamkeit[38] für die Werbebotschaft zu unterstellen ist.[39] Einen abgrenzbaren Verkehrskreis der Biomarktkäufer

32 *Ernst*, Irreführende Werbung mit „Klimaneutralität", MDR 2022, 1320 (1320); detailliert *Dumont*, Unlauterer Wettbewerb durch „Greenwashing"?, DB 2022, 2392 (2393); *Laotoumai*, Greenwashing in der aktuellen Rechtsprechung und europäischen Gesetzgebung, WRP 2022, 1067 (1070).

33 *Dumont*, Unlauterer Wettbewerb durch „Greenwashing"?, DB 2022, 2392 (2392).

34 EU-KOM, Leitlinien zur Auslegung und Anwendung der Richtlinie 2005/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über unlautere Geschäftspraktiken von Unternehmen gegenüber Verbrauchern im Binnenmarkt v. 29.12.2021 – C 526/1 (77 ff.); *Dumont*, Unlauterer Wettbewerb durch „Greenwashing"?, DB 2022, 2392 (2393); *Laotoumai*, Greenwashing in der aktuellen Rechtsprechung und europäischen Gesetzgebung, WRP 2022, 1067 (1070).

35 BGH, Urt. v. 11.10.2017 – I ZR 78/16 – GRUR 2018, 431 Rn. 13; LG Konstanz, Urt. v. 19.11.2021 – 7 O 6/21 K – CB 2022, 359 Rn. 35.

36 BGH, Urt. v. 26.10.2006 – I ZR 97/04 – GRUR 2007, 251 Rn. 24.

37 *Dumont*, Unlauterer Wettbewerb durch „Greenwashing"?, DB 2022, 2392 (2393).

38 Vgl. BGH, Urt. v. 11.10.2017 – I ZR 78/17 – GRUR 2018, 431; BGH, Urt. v. 24.9.2013 – GRUR 2013, 1254 Rn. 16.

39 *Dreher/Kulka*, Wettbewerbs- und Kartellrecht, § 3 Rn. 349 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

hat das OLG Frankfurt in einem Urteil im Jahr 2022 abgelehnt.[40] In der Regel ist auf einen Durchschnittsverbraucher abzustellen.

Soweit Unternehmer für den Verbraucher gem. § 5a UWG relevante Informationen weglassen, liegt eine Irreführung durch Unterlassen vor. Auf das tatsächliche Vorliegen eines Irrtums bei einem bestimmten Verbraucher kommt es dann nicht an.[41] Nicht jedes mögliche Interesse eines kritischen Verbrauchers begründet jedoch die Wesentlichkeit einer Information. Erforderlich ist eine Bedeutung für die vom Durchschnittsverbraucher zu treffende geschäftliche Entscheidung. Als wesentlich gelten damit nur Informationen, welche ein erhebliches Gewicht haben, soweit deren Angabe unter Berücksichtigung der beiderseitigen Interessen vom Werbenden zu erwarten ist.[42]

Weitgehende Einigkeit besteht dahingehend, dass umweltbezogene Aussagen in Produktwerbung einen erheblichen Einfluss auf die Kaufentscheidung eines Durchschnittsverbrauchers haben.[43] Es kommt deshalb nicht darauf an, ob der Begriff der Klimaneutralität einen eindeutigen Inhalt hat oder mit dem Begriff „emissionsfrei" verwechselt werden könnte, soweit die Informationen darüber, wie die Klimaneutralität tatsächlich erreicht wird, als wesentlich anzusehen sind.[44]

2. Die Rechtsprechung zur Werbung mit Klimaschutzbezug

In älteren Urteilen betont der BGH einen erhöhten Aufklärungsbedarf im Hinblick auf die Verwendung umweltbezogener Aussagen.[45] Nach einem Urteil des OLG Koblenz[46] wisse der Verbraucher zwar, dass kein Produkt vollständig ohne Eingriff in die Natur hergestellt werden könnte, doch dürfe die Werbung nicht den unzutreffenden Eindruck erwecken, dass

40 OLG Frankfurt, Urt. v. 10.11.2022 – 6 U 104/22 – WRP 2023, 211.

41 LG Konstanz, Urt. v. 19.11.2021 – 7 O 6/21 KfH – CB 2022, 359 Rn. 39; *Ernst*, Irreführende Werbung mit „Klimaneutralität", MDR 2022, 1320 (1321 f.).

42 BGH, Urt. v. 16.5.2012 – I ZR 74/11 – GRUR 2012, 1275; BGH, Urt. v. 21.7.2016 – I ZR 26/15 – GRUR 2016, 1076; LG Konstanz, Urt. v. 19.11.2021 – 7 O 6/21 K – CB 2022, 359 Rn. 39 ff.

43 OLG Frankfurt, Urt. v. 10.11.2022 – 6 U 104/22 – WRP 2023, 211.; *Dumont*, Unlauterer Wettbewerb durch „Greenwashing"?, DB 2022, 2392 (2392).

44 Vgl. OLG Frankfurt, Urt. v. 10.11.2022 – 6 U 104/22 – WRP 2023, 211 Rn. 26.

45 BGH, Urt. v. 20.10.1988 – I ZR 219/87 – GRUR 1991, 548 Rn. 26.

46 OLG Koblenz, Urt. v. 10.8.2011 – 9 U 163/11 – BeckRS 2011, 23895.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

ein Produkt völlig frei von umweltschädlichen Einflüssen sei.[47] Soweit ein Unternehmer nicht klar umrissene umweltbezogene Begriffe, wie bspw. den auslegungsbedürftigen Begriff „umweltfreundlich"[48], zur Bewerbung seiner Produkte verwende, müsse er zudem „den konkreten Umweltbezug nennen und im Einzelnen darstellen, um eine Irreführung des Verbrauchers auszuschließen"[49]. Möchte ein Unternehmer mit den Begriffen „CO2-neutral" oder „klimaneutral" werben, so verlangt das OLG, dass eine vollständige Kompensation der im gesamten Produktzyklus anfallenden Emissionen nachweisbar und für den Verbraucher nachvollziehbar ist.[50] Die Begriffe „CO_2-reduziert" und „nachhaltige Verpackung" wurden in der Instanzenrechtsprechung als zu ungenau kritisiert.[51]

Wirbt ein Unternehmern mit einem „100%" klimaneutralen Produkt, so suggeriert dies dem Verbraucher nach Ansicht des LG Frankfurt, dass das Produkt selbst tatsächlich keine schädlichen Auswirkungen auf das Klima habe.[52] Ein Hinweis auf die tatsächliche Kompensationsmethode auf der Homepage reiche demnach nicht aus, um eine Irreführung aus dem Weg zu räumen, weil der Verbraucher diesen bei der Kaufentscheidung nicht wahrnehme.[53] Das OLG Frankfurt hob diese Entscheidung allerdings teilweise auf, denn es sei die räumliche Beschränkung des Kommunikationsmittels zu berücksichtigen, weshalb im Streitfall die Möglichkeit der Information über die Internetseite ausreichend sei.[54] Für die Verwendung von Siegeln, welche Verbrauchern grundsätzlich eine unabhängige Prüfung durch Dritte

47 BGH, Urt. v. 4.10.1990 – I ZR 39/89 – GRUR 1991, 550 (551); BGH, Urt. v. 14.12.1995 – I ZR 213/93 – GRUR 1996, 367 Rn. 33; *Dumont*, Unlauterer Wettbewerb durch „Greenwashing"?, DB 2022, 2392 (2394 f.).

48 Vgl. Schleswig-Holsteinisches OLG, Urt. v. 30.6.2022 – 6 U 46/21 – juris Rn. 29; *Dumont*, Unlauterer Wettbewerb durch „Greenwashing"?, DB 2022, 2392 (2395).

49 OLG Koblenz, Urt. v. 10.8.2011 – 9 U 163/11 – BeckRS 2011, 23895; BGH, Urt. v. 14.12.1995 – I ZR 213/93 – GRUR 1996, 367 (367 f.).

50 OLG Koblenz, Urt. v. 10.8.2011 – 9 U 163/11 – BeckRS 2011, 23895; *Ernst*, Irreführende Werbung mit „Klimaneutralität", MDR 2022, 1320 (1320); so auch EU-KOM, Leitlinien zur Auslegung und Anwendung der Richtlinie 2005/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über unlautere Geschäftspraktiken von Unternehmen gegenüber Verbrauchern im Binnenmarkt v. 29.12.2021 – C 526/1 (78).

51 OLG Hamm, Urt. v. 19.8.2021 – I-4 U 57/21 – juris Rn. 91; *Dumont*, Unlauterer Wettbewerb durch „Greenwashing"?, DB 2022, 2392 (2395).

52 LG Frankfurt, Urt. v. 31.5.2016 – 3-6 O 40/15 – juris; *Ernst*, Irreführende Werbung mit „Klimaneutralität", MDR 2022, 1320 (1321).

53 LG Frankfurt, Urt. v. 31.5.2016 – 3-6 O 40/15 – juris.

54 OLG Frankfurt, Urt. v. 10.11.2022 – 6 U 104/22 – WRP 2023, 211 Rn. 29.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

suggerierten, sah das OLG die Informationen, anhand welcher Kriterien die Prüfung für das Siegel erfolgte, als wesentlich i.S.d. § 5a UWG an.[55]

In einem Urteil vom 16.12.2021 sah das LG Oldenburg bei als klimaneutral beworbenen Geflügelprodukten eine Irreführung darin, dass die Tatsache, dass lediglich eine Kompensation des CO2-Ausstoßes durch Spenden an Klimaschutzprojekte erfolge, in der Werbung nicht ersichtlich war, und verlangte neben der Informationsmöglichkeit über die Homepage auch einen konkreten Hinweis in der Werbung.[56] Eine ähnliche Ansicht vertrat auch das LG Stuttgart in einem Urteil aus dem Dezember 2022.[57]

Will ein Unternehmer mit Umweltschutzaktivitäten werben, so muss er dem Verbraucher alle Informationen zur Verfügung stellen, die dieser benötigt, um festzustellen, ob er die Maßnahmen des Unternehmens für plausibel und unterstützenswert hält.[58] Die Informationen müssen für den Verbraucher klar ersichtlich sein und dürfen nicht von den inhaltlich unscharfen Werbeaussagen überlagert werden.[59] Durch das Weglassen von solchen für den Verbraucher wesentlichen Informationen erfüllt der Unternehmer den Tatbestand der Irreführung i.S.d. § 5a Abs. 2 UWG.[60]

Das LG Düsseldorf beanstandete die Bewerbung von „klimaneutralen Kerzen", da für Verbraucher nicht klar werde, dass sich der Begriff nicht auf das Produkt, sondern auf den Einsatz des Unternehmens für Umweltschutz und Nachhaltigkeit beziehe.[61] Dieselbe Auffassung teilte das LG Mönchengladbach für die Bewerbung von „klimaneutraler Marmelade".[62] Bei der Verwendung der Angabe „klimaneutral" auf der Verpackung eines Produktes neben der Unternehmensmarke sah das LG Kiel eine Irreführung, weil das Unternehmen auch nicht klimaneutrale Produkte herstellte.[63] Das Schleswig-Holsteinische OLG hob die Entscheidung später auf. Es sei für den Verkehr erkennbar, dass das Unternehmen Produkte in verschiedener Qualität vertreibe, weil dies üblich sei.[64] Auch im Hinblick auf die Erkenn-

55 OLG Frankfurt, Urt. v. 10.11.2022 – 6 U 104/22 – WRP 2023, 211 Rn. 27 f.
56 LG Oldenburg, Urt. v. 16.12.2021 – 15 O 1469/21 – juris.
57 LG Stuttgart, Urt. v. 30.12.2022 – 53 O 169/22, GRUR-RS 2022, 39172.
58 *Ernst*, Irreführende Werbung mit „Klimaneutralität", MDR 2022, 1320 (1321).
59 Vgl. *Ernst*, Irreführende Werbung mit „Klimaneutralität", MDR 2022, 1320 (1321).
60 LG Konstanz, Urt. v. 19.11.2021 – 7 O 6/21 KfH - CB 2022, 359 Rn. 41 ff.; *Ernst*, Irreführende Werbung mit „Klimaneutralität", MDR 2022, 1320 (1321).
61 LG Düsseldorf, Urt. v. 19.7.2013 – 38 O 123/12 – juris; *Ernst*, Irreführende Werbung mit „Klimaneutralität", MDR 2022, 1320 (1321).
62 LG Mönchengladbach, Urt. v. 25.2.2022 – 8 O 17/21 – juris.
63 LG Kiel, Urt. v. 2.7.2021 – 14 HKO 99/20 – juris.
64 Schleswig-Holsteinisches OLG, Urt. v. 30.6.2022 – 6 U 46/21 – juris Rn. 16.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

barkeit der zur Klimaneutralität ergriffenen Maßnahmen war das Schleswig-Holsteinische OLG großzügiger. Der Begriff „klimaneutral" deute auf eine Kompensation der Emissionen hin und es sei daher ausreichend, wenn der Verbraucher sich über die genauen Maßnahmen auf der Homepage informieren könne.[65]

Nach Ansicht der Wettbewerbszentrale erwarten Verbraucher bei Werbeaussagen, die klimaneutrales Handeln, klimaneutrale Produkte oder eine klimaneutrale Produktion anpreisen, dass das werbende Unternehmen selbst die Klimaneutralität durch eigene emissionsvermeidende Maßnahmen und nicht lediglich bilanziell durch den Kauf von CO2-Ausgleichszertifikaten erreicht.[66]

3. Spezialfall: Nachhaltige Investmentfonds

Besonders beliebt ist die Betonung der Nachhaltigkeit im Bereich der Investmentfonds. In vielen Fällen ist jedoch nicht klar, welche Vorgaben für die Vielzahl von Unternehmen, in die ein Fond investiert, gelten sollen und wie diese kontrolliert werden. Trotz der Neuregelung in der Taxonomie-Verordnung bleibt ein erheblicher Spielraum für die Überbetonung umweltfreundlicher Teilbereiche einer Unternehmung.[67] Deshalb arbeitet auch die Bafin an Kriterien für nachhaltige Investitionen.[68] Unabhängig davon unterliegt die Bewerbung von Investmentfonds den strengen Anforderungen des UWG. Das LG Stuttgart untersagte deshalb die Bewerbung eines Fonds mit einer konkreten CO_2-Einsparung, welche angeblich durch die fondsseitige Investition in erneuerbare Energien und Umweltprojekte erreicht und der jeweiligen Investition des Anlegers als konkreter mathematischer Wert gegenübergestellt wurde. Soweit ein Fonds mit einer bestimmten ökologischen Wirkung werbe, müsse diese auch garantiert werden.[69]

65 Schleswig-Holsteinisches OLG, Urt. v. 30.6.2022 – 6 U 46/21 – juris Rn. 20 ff.
66 *Ernst*, Irreführende Werbung mit „Klimaneutralität", MDR 2022, 1320 (1323).
67 *Ekkenga/Schirrmacher/Schneider*: Offene Fragen zur rechtlichen Steuerung nachhaltigen Unternehmertums, in NJW 2021, 1509.
68 https://www.bafin.de/SharedDocs/Veroeffentlichungen/DE/Fachartikel/2022/Beitraege_Sustainable_Finance_2022/fa_bj_2212_Sustainable_Finance.html (abgerufen am 23.1.23).
69 *Ernst*, Irreführende Werbung mit „Klimaneutralität", MDR 2022, 1320 (1322). LG Stuttgart, Urt. v. 10.1.2022 – 36 O 92/21 KfH.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

4. Zusammenfassung

Die Instanzenrechtsprechung betrachtet die Verwendung des Begriffs „klimaneutral" in der Werbung nicht grundsätzlich als Irreführung. Eine Irreführung gem. § 5 Abs. 1 UWG wird zumeist mit der Begründung abgelehnt, dass der Verbraucher weiß, dass eine vollständige Verhinderung von Emissionen bei Produktionsprozessen unmöglich ist. Weitgehend anerkannt wird jedoch, dass die Art und Weise, wie die Klimaneutralität erreicht wird und insbesondere der Anteil eigener Einsparmaßnahmen im Vergleich zur bilanziellen Kompensation durch Klimaprojekte in Entwicklungs- und Schwellenländern[70] ebenso wie der konkrete Bezug auf das Produkt[71] oder das ganze Unternehmen für den Verbraucher wesentliche Informationen sind, welche seine Kaufentscheidung beeinflussen und damit eine Irreführung durch Unterlassen begründen können. Die Werbetreibenden trifft insofern eine erhöhte Informations- und Aufklärungspflicht.[72] Wie die Informationen dem Verbraucher bereitgestellt werden müssen, hängt von den Umständen des Einzelfalles[73] ab. Grundsätzlich müssen sie klar, verständlich, rechtzeitig und mit klarer Verbindung zur Werbeaussage verfügbar sein.[74] Bei Verwendung des Begriffes „klimaneutral" auf Produktverpackungen reicht es grundsätzlich aus, wenn Verbraucher sich im Internet konkret informieren können.[75] Werbetreibende müssen jedoch darauf achten, dass ersichtlich ist, ob der Begriff sich auf das Produkt oder das Unternehmen bezieht und ob bestimmte Emissionen bei der Betrachtung ausgeklammert[76] wurden. Zudem sollten sie, soweit dies aufgrund der Verpackungsgröße zumutbar ist, einen Hinweis auf die Methode zur Errei-

70 kritisch *Steuer*, „Klimaneutrale" Produkte im Lauterkeitsrecht, in GRUR 2022, 1408 (1414).
71 Vgl. auch BGH, Urt. v. 20.10.1988 – I ZR 219/87 – GRUR 1991, 548.
72 *Dumont*, Unlauterer Wettbewerb durch „Greenwashing"?, DB 2022, 2392 (2395).
73 Vgl. *Laotoumai*, Greenwashing in der aktuellen Rechtsprechung und europäischen Gesetzgebung, WRP 2022, 1067 (1074); *Steuer*, „Klimaneutrale" Produkte im Lauterkeitsrecht, in GRUR 2022, 1408 (1414).
74 EU-KOM, Leitlinien zur Auslegung und Anwendung der Richtlinie 2005/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über unlautere Geschäftspraktiken von Unternehmen gegenüber Verbrauchern im Binnenmarkt v. 29.12.2021 – C 526/1 (79 f.); *Dumont*, Unlauterer Wettbewerb durch „Greenwashing"?, DB 2022, 2392 (2393).
75 *Dumont*, Unlauterer Wettbewerb durch „Greenwashing"?, DB 2022, 2392 (3295).
76 OLG Frankfurt, Urt. v. 10.11.2022 – 6 U 104/22 – WRP 2023, 211 Rn. 30.; *Dumont*, Unlauterer Wettbewerb durch „Greenwashing"?, DB 2022, 2392 (2396).

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

chung der Klimaneutralität anbringen[77] oder den Zugang der Verbraucher zu weiterführenden Informationen im Internet z.B. durch Anbringen eines QR-Codes vereinfachen.

III. Weiterentwicklung des geltenden Rechts

Die §§ 5 ff. UWG gehen im Wesentlichen auf die Art. 6 und 7 der UGP-Richtlinie[78] zurück.[79] In einem Richtlinienentwurf vom 30.3.2022[80] plant die Kommission eine Konkretisierung der Tatbestände im Hinblick auf die Werbung mit Umweltbelangen.[81] Neben der Sicherstellung der Transparenz bezüglich der tatsächlichen Dauer der Verwendbarkeit von Produkten und deren Reparierbarkeit nimmt die Richtlinie auch das Greenwashing in den Blick.[82] Übergeordnetes Ziel der EU ist die Reduzierung der europäischen Emissionen.[83]

Der Vorschlag definiert eine Umweltaussage als eine „Aussage oder Darstellung, die nach Unionsrecht oder nationalem Recht nicht verpflichtend ist (…), in der ausdrücklich oder stillschweigend angegeben wird, dass ein Produkt oder Gewerbetreibender positive oder keine Auswirkungen auf die Umwelt hat oder weniger schädlich für die Umwelt ist als andere Produkte bzw. Gewerbetreibende oder dass deren Auswirkungen im Laufe der Zeit verbessert wurden“[84]. Der Tatbestand der irreführenden Werbung soll nach dem Entwurf um das „Treffen einer Umweltaussage über die künftige Umweltleistung ohne klare, objektive und überprüfbare Verpflichtung und Ziele sowie ohne ein unabhängiges Überwachungssystem“ ergänzt werden.[85]

77 Vgl. *Dumont*, Unlauterer Wettbewerb durch „Greenwashing“?, DB 2022, 2392 (2396).
78 RL 2005/29/EG.
79 *Ernst*, Irreführende Werbung mit „Klimaneutralität“, MDR 2022, 1320 (1323); *Dumont*, Unlauterer Wettbewerb durch „Greenwashing“?, DB 2022, 2392 (2393).
80 EU-KOM, Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Richtlinien 2005/29/EG und 2011/84/EZ hinsichtlich der Stärkung der Verbraucher für den ökologischen Wandel durch besseren Schutz gegen unlautere Praktiken und bessere Informationen v. 30.3.2022, COM(2022) 143 final.
81 Dazu *Dumont*, Unlauterer Wettbewerb durch „Greenwashing“?, DB 2022, 2392 (2393 ff.); kritisch hinsichtlich des Regelungsbedarfs *Laotoumai*, Greenwashing in der aktuellen Rechtsprechung und europäischen Gesetzgebung, WRP 2022, 1067 (1068 f.).
82 EU-KOM, Fn. 80, S. 2.
83 Vgl. *Münker/Vlah*, Werbung mit „Klimaneutralität“, ZLR 2022, 541 (544).
84 EU-KOM, Fn. 80, S. 28.
85 EU-KOM, Fn. 80, S. 29.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

Der Tatbestand der irreführenden Unterlassung soll für Gewerbetreibende, die Produktvergleiche im Hinblick auf Nachhaltigkeitsaspekte anbieten, erweitert werden, um die Bereitstellung von wesentlichen Informationen zu gewährleisten.[86]

Einem grundsätzlichen Verbot („schwarze Liste") soll zukünftig das Anbringen eines Nachhaltigkeitssiegels, welches nicht auf einem Zertifizierungssystem beruht oder von staatlicher Stelle festgesetzt wurde, das Treffen einer allgemeinen Umweltaussage, bei der der Gewerbetreibende für die anerkannte hervorragende Umweltleistung, auf die sich die Aussage bezieht, keine Nachweise erbringen kann („klassisches Greenwashing" [87]) und das Treffen einer Umweltaussage zum gesamten Produkt, wenn sie sich tatsächlich nur auf einen bestimmten Aspekt des Produktes bezieht.[88]

Ein im März 2023 veröffentlichter Entwurf der EU-Kommission für eine Richtlinie für Umweltaussagen („green claims")[89] verlangt von den Mitgliedsstaaten sicherzustellen, dass Umweltaussagen bei der Bewerbung von Produkten gegenüber von Verbrauchern durch Methoden begründet sind, welchen den umfassenden im Gesetz aufgezählten Transparenz- und Kontrollansprüchen genügen.[90] Dazu gehört auch, dass die angepriesenen Produkte keine giftigen oder umweltschädigenden Stoffe enthalten und ein postulierter positiver Einfluss auf die Umwelt nicht durch anderweitige negative Aspekte aufgewogen wird. Eine explizite Festlegung auf eine bestimmte Methode ist nicht vorgesehen.

Weiterhin muss dem Verbraucher ein Zugang zu den zur Prüfung der Umweltaussage notwendigen Informationen gewährt werden.[91] Auch für Umweltlabels enthält der Entwurf umfassende Vorgaben.[92] Schließlich

86 EU-KOM, Fn. 80, S. 30; *Dumont*, Unlauterer Wettbewerb durch „Greenwashing"?, DB 2022, 2392 (2394).

87 Vgl. *Laotoumai*, Greenwashing in der aktuellen Rechtsprechung und europäischen Gesetzgebung, WRP 2022, 1067 (1067).

88 EU-KOM, Anhang des Vorschlags für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Richtlinien 2005/29/EG und 2011/84/EZ hinsichtlich der Stärkung der Verbraucher für den ökologischen Wandel durch besseren Schutz gegen unlautere Praktiken und bessere Informationen v. 30.3.2022, COM(2022), 143 final, S. 1; ausführlich *Dumont*, Unlauterer Wettbewerb durch „Greenwashing"?, DB 2022, 2392 (2394).

89 EU-KOM, Entwurf einer Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates betreffend Umweltaussagen, COM(2023) 166 final.

90 EU-KOM, Fn. 89, Art. 3, 4.

91 EU-KOM, Fn. 89, Art. 4.

92 EU-KOM, Fn. 89, Art. 5.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

müssen die Aussagen und die ihnen zugrunde gelegten Methoden regelmäßig auf Aktualität geprüft werden.[93] Zur Durchsetzung sollen die Mitgliedsstaaten akkreditierte Prüfungsorganisationen schaffen und zur staatlichen Durchsetzung der Richtlinie eine Behörde bestellen.[94] Diese soll mit umfassende Ermittlungsbefugnissen ausgestattet werden und Umweltaussagen regelmäßig prüfen.[95] Auch eine Unterstützung durch private enforcement ist vorgesehen.[96] Für Verstöße gegen die Richtlinie sollen die Mitgliedsstaaten effektive, angemessene und abschreckende Strafen implementieren.[97]

Die Entwicklungen auf europäischer Ebene zielen insbesondere auf eine institutionelle Weiterentwicklung des Rechts der umweltbezogenen Werbeaussagen. Materiellrechtlich sind die EU-KOM und die deutsche Rechtsprechung weitgehend auf einer Linie. Die Klarstellung und Vereinheitlichung für den europäischen Binnenmarkt sind aus nationaler Sicht begrüßenswert.[98] Soweit der Entwurf für die Green-Claims-RL zur Realität wird, ist eine deutliche Erschwernis des Greenwashing durch die enthaltenen umfassenden Transparenzpflichten zu erwarten.[99]

IV. Fazit

Zur Erreichung der Klimaziele ist die Einsparung innerhalb der eigenen Wirtschaftsprozesse unumgänglich, da durch Kompensationsmaßnahmen insgesamt nur ein sehr kleiner Teil zur Begrenzung des Klimawandels beigetragen werden kann.[100] Soweit Unternehmen, welche durch den Einkauf von Zertifikaten kompensieren, dieselben Werbeaussagen nutzen dürfen, wie Unternehmen, welche tatsächliche Anstrengungen zur Reduktion der eigenen Emissionen aufwenden, gefährdet dies die Umsetzung des Klimaschutzes.[101] Die Werbung mit Umweltbelangen spricht zudem in be-

93 EU-KOM, Fn. 89, Art. 8.
94 EU-KOM, Fn. 89, Art. 10, 11, 12.
95 EU-KOM, Fn. 89, Art. 13, 14.
96 EU-KOM, Fn. 89, Art. 15.
97 EU-KOM, Fn. 89, Art. 17.
98 Vgl. *Dumont*, Unlauterer Wettbewerb durch „Greenwashing"?, DB 2022, 2392 (2396); vgl. auch *Steuer*, „Klimaneutrale" Produkte im Lauterkeitsrecht, in GRUR 2022, 1408 (1414).
99 Vgl. auch *Steuer*, „Klimaneutrale" Produkte im Lauterkeitsrecht, in GRUR 2022, 1408 (1417).
100 *Münker/Vlah*, Werbung mit „Klimaneutralität", ZLR 2022, 541 (545).
101 Vgl. *Münker/Vlah*, Werbung mit „Klimaneutralität", ZLR 2022, 541 (547).

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

sonderem Maße emotionale Bereiche im Menschen an.[102] Unklare Begrifflichkeiten fördern die Neigung der Menschen zum Selbstbetrug. Nur ein begrenzter Personenkreis wird sich bei einem als klimafreundlich bezeichneten Produkt tatsächlich über die dahinterstehenden Maßnahmen umfassend informieren, insbesondere soweit dies weitere Handlungen, wie den Besuch einer Internetseite, erfordert. Der Gesetzgeber sollte daher deutlich strengere Anforderungen an die Bewerbung von Produkten stellen, indem er die Verwendung von bestimmten Begriffen und Siegeln in der Unternehmenskommunikation an die Voraussetzung knüpft, dass das Verhältnis von Einsparungen, z.B. im Vergleich zum Branchendurchschnitt oder zu einer Referenzperiode, und finanzieller Kompensation direkt numerisch dargestellt wird. Zudem muss der Gesetzgeber Gerichte, Verbraucherschützer und die Wettbewerbszentrale durch eine behördliche Kontrollinstanz unterstützen, um die komplexen Zusammenhänge, welche hinter der Berechnung der Emissionen im Einzelfall stehen, prüfen zu lassen. Dies ist den Verbrauchern nicht zuzumuten. Nur so kann die Werbung mit Klimaneutralität tatsächlich eine Wirkung als Informationsgrundlage für einen aktiven Klimaschutz entfalten.

102 BGH, Urt. v. 20.10.1988 – I ZR 219/87 – GRUR 1991, 548 Rn. 26; *Dumont*, Unlauterer Wettbewerb durch „Greenwashing"?, DB 2022, 2392 (2394).

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

Datenschutz und Kundenbeziehungsmanagement – ein Widerspruch!?

Anna Nauen, Margit Enke

I. Einführung

Durch die Digitalisierung ergeben sich für Unternehmen neue Chancen, umfassende Datenmengen über Kunden zu sammeln und auszuwerten. Diese Daten verfügen über das Potenzial, Wettbewerbsvorteile zu generieren, indem neue Kunden akquiriert und bestehende Kunden langfristig gebunden werden. Soft- und Hardware machen es möglich, Informationen über die Lebenswelt eines Kunden (z. B. Hobbys oder Persönlichkeitseigenschaften) zu erheben und in einer Datenbank zu speichern. Solche personenbezogenen Daten werden als wertvolle Ressource betrachtet[1] und gelten als „Rohstoffe des 21. Jahrhunderts".[2] Die Entwicklung von Unternehmen wie Amazon, Google und Facebook lässt annehmen, dass Daten wohlmöglich die wertvollste Ressource der Welt sind.

In den letzten Jahren wurden der Wert und der Umgang mit personenbezogenen Daten in Öffentlichkeit und Politik intensiv diskutiert. Folglich wurde eine einheitliche Europäische Datenschutzgrundverordnung (DSGVO) zum Schutz personenbezogener Daten als Grundrecht verortet. Seit dem Inkrafttreten der DSGVO im Mai 2018[3] dominiert das Thema Datenschutz und -sicherheit Diskussionen im Marketing, insbesondere im Kundenbeziehungsmanagement. Die Regeln zur Erhebung, Speicherung und Verarbeitung personenbezogener Daten stellen einen Konflikt im Beziehungsmarketing dar. Zudem führen die DSGVO sowie die damit einhergehenden potenziellen Strafen im Fall von Gesetzesverstößen in vielen Unternehmen zu großer Unsicherheit. Missachtungen gegen die Richtlinien

1 *Bruhn/Meffert/Hadwich, Handbuch Dienstleistungsmarketing: Planung-Umsetzung-Kontrolle, Springer-Verlag, 2. Aufl., 2019.*

2 *Merkel, Wir müssen uns sputen,* https://www.bundeskanzlerin.de/bkin-de/suche/merkel-wir-muessen-uns-sputen-746750*, 2016, Aufgerufen am: 17.08.2022.*

3 *Datenschutz-Grundverordnung* 2018 Verordnung Nr. 2016/679 des Europaparlaments und Rates vom 27.4.2016 (Amtsblatt L 119 vom 4.5.2016, 1, ber. Amtsblatt L 314 vom 22.11.2016, S. 72, Amtsblatt L 127 vom 23.5.2018, 2).

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

zur Verarbeitung personenbezogener Daten können nach Art. 83 Abs. 5 DSGVO ein Bußgeld von bis zu 10 000 000 € oder 2 % des erzielten Jahresumsatzes nach sich ziehen.[4]

Dieser Beitrag zeigt Potenziale auf, wie das Kundenbeziehungsmanagement konform zur DSGVO ausgerichtet werden kann. Dabei wird auf den Ansatz des Customer-Engagement-Marketing zurückgegriffen.

II. Kundenbeziehungsmanagement und Datenschutz

„The purpose of a business is to create and keep a customer."[5]

Der Aufbau sowie die Sicherung eines Kundenstamms bilden heute den Grundstein für den langfristigen Erfolg von Unternehmen.[6] Vor dem Hintergrund der immer weiter fortschreitenden Homogenisierung von Produkten und Dienstleistungen wird es für Unternehmen immer schwieriger, sich vom Wettbewerb zu differenzieren. Konkurrierende Angebote verlieren aus Sicht der Konsumenten ihre Einzigartigkeit und werden zunehmend als austauschbar wahrgenommen. Eine preisbezogene Differenzierung kann zu einem Verlust von Wettbewerbsvorteilen und zu einem Preiskampf führen.[7] Erfolgsversprechender ist die Gestaltung von überlegenen Kundenbeziehungen und die Schaffung ganzheitlicher Kundenerlebnisse.[8]

Unternehmen streben danach, verschiedene Interaktionsmomente über Abteilungsgrenzen hinweg so zu gestalten, dass ein stimmiger Gesamtein-

4 *Datenschutz-Grundverordnung*, Amtsblatt der Europäischen Union. https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/?uri=OJ:L:2016:119:TOC, 2018, Aufgerufen am: 14.08.2022.

5 *Drucker, The Frontiers of Management, New York, 2011.*

6 Algesheimer/Borle/Dholakia/Singh, The impact of customer community participation on customer behaviors: An empirical investigation, Marketing Science, 2010, 29 (4), 756-769; Algesheimer/Dholakia/Herrmann, The social influence of brand community: Evidence from european car clubs, Journal of Marketing, 2005, 69 (3), 19-34.

7 *Enke/Geigenmüller/Leischnig, Commodity marketing: An introduction into key concepts and processes, in: Enke/Geigenmüller/Leischnig (Hrsg.) Commodity Marketing - Strategies, Concepts and Cases. Springer, Cham, 2022, 3-20.*; Kumar/Aksoy/Donkers/Venkatesan/Wiesel/Tillmanns, Undervalued or overvalued customers: Capturing total customer engagement value, Journal of Service Research, 2010, 13 (3), 297-310. ; Nauen/Enke, Customer Engagement as an Approach to De-Commoditisation, in: Enke/Geigenmüller/Leischnig (Hrsg.), Commodity Marketing - Strategies, Concepts and Cases. Marketing. Springer, Cham, 2022, 237-254.

8 *Kumar et al.* 2010; *Kumar* 2018; *Pansari/Kumar*, Engagement Marketing, in: Palmatier/Kumar/Harmeling (Hrsg.), Customer engagement marketing, Cham, 2018, 1-27.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

druck der Customer-Journey entsteht. Kunden erwarten heutzutage Einladungen zu Events, die ihren Vorlieben entsprechen. Bei Beschwerden wird beispielsweise davon ausgegangen, dass der technische Support bereits über den Verlauf informiert ist und der Kunde nicht erneut wiedergeben muss, warum das WLAN nicht funktioniert. Auch, dass der Call-Center-Agent die Kommentare (z. B. Beschwerden) auf sozialen Medien wie Facebook und Google kennt, ist aus Kundensicht heute selbstverständlich. Ebenfalls erwarten Kunden eine Information per SMS, wann beispielsweise das Auto repariert ist oder wann die nächste Zahnbehandlung ansteht.

Hierfür werden Customer-Relationship-Management-Systeme (CRM-Systeme) genutzt, um Kundendaten in einer Datenbank zu sammeln, zu pflegen und zu ergänzen. Soziale Netzwerke und Foren ermöglichen Unternehmen, detaillierte Kundendaten zu erhalten, beispielsweise über persönliche Angaben in einem Facebook-Profil oder Kommentare bei Instagram.[9] Mittels moderner Informations- und Kommunikationstechnologien werden langfristig profitable Kundenbeziehungen durch ganzheitliche und individuell zugeschnittene Marketingkonzepte aufgebaut und gefestigt.[10] Hierfür werden neben den Stammdaten des Kunden, z. B. Name, Vorname, Geschlecht, Wohnort und Altersgruppe, weitere kundenspezifische Daten aufgenommen wie geografische Daten, z. B. das Wohngebiet und die Entfernung zur nächsten Reparaturwerkstatt, sowie Marketing- und verkaufshistorische Daten. Dazu zählen z. B. die Form der Kundenakquisition, Reaktionen auf unterschiedliche Kommunikationsmittel, die Anzahl der geworbenen Freunde und Bekannten, Reklamationen sowie deren Behebung, geäußerte Kundenpräferenzen und Hobbys.[11] Ziel ist die Integration aller verfügbaren Informationen über die Lebenswelt eines Kunden.

Problematisch für die Datenverarbeitung in CRM-Systemen ist der Datenschutz, da Daten ausschließlich zu dem primären Zweck verarbeitet und genutzt werden dürfen, wofür diese erhoben worden sind. Da der Schutz personenbezogener Daten der Nachfrager durch Grundsätze wie

9 *Speck*, Datenschutz und Datenethik in Zeiten von Web 2.0, in: Diller (Hrsg.), Der gläserne Konsument. Potentiale und Probleme beim Management von Kundendaten, Nürnberg: Wissenschaftliche Gesellschaft für Innovatives Marketing, 2010, 105-116.

10 *Bruhn/Meffert/Hadwich* [2019]; *Wirtz/Lovelock*, Services marketing. People, technology, strategy, 8. Aufl., Hackensack: World Scientific, 2016.

11 *Tomczak/Reinecke/Dittrich*, Kundenbindung durch Kundenkarten und -clubs, in: Bruhn/Homburg (Hrsg.), *Handbuch Kundenbindungsmanagement: Strategien und Instrumente für ein erfolgreiches CRM* (9. Aufl., S. 375–398). Wiesbaden: Springer, 2017.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

Zweckbindung und Datenminimierung umgesetzt wird, steht dies in einem Widerspruch mit dem Interesse des Managements, viele Daten zu sammeln und erst im Anschluss zweckgebunden auszuwerten. „Personenbezogene Daten müssen dem Zweck angemessen und erheblich sowie auf das für die Zwecke der Verarbeitung notwendige Maß beschränkt sein."[12] Unternehmen sind demnach verpflichtet, Maßnahmen zu ergreifen, die nicht gegen das Prinzip der Datenminimierung verstoßen. Beispielsweise könnte über den Namen einer Person das Geschlecht hergeleitet werden, um Marketingaktivitäten wie Newsletter zu individualisieren. Dies ist jedoch erst dann zulässig, wenn die Person der Verarbeitung dieser Daten zugestimmt hat. Liegen personenbezogene Daten vor, die gegen den Grundsatz der Datenminimierung verstoßen, müssen diese gelöscht werden. Dies gilt auch für ausgesprochene Empfehlungen. Empfiehlt ein loyaler Kunde z. B. seinem Verkäufer im Autohaus einen Bekannten weiter, ist es nicht zulässig, dass das Autohaus den Bekannten kontaktiert. Anders verhält es sich, wenn sich Kunden engagieren und die Rolle eines Beraters, Pressesprechers oder Werbebotschafters annehmen. Diese Verhaltensweisen engagierter Kunden bieten ein geeignetes Entree zur Neukundenakquise.

III. Rechtskonform durch das Konzept des Customer-Engagements

Durch die Integration des Kunden als externen Faktor sowie dessen Daten wird ein Leistungspotenzial geschaffen, das zu wertvollem Know-how für Unternehmen führt. Neben dem Kaufverhalten können Kunden Wert für ein Unternehmen generieren, indem sie Interessenten anwerben, ihre Erfahrungen mit anderen teilen oder Feedback geben – sogenannte Customer-Engagement-Verhaltensweisen.[13] In Wissenschaft und Praxis wird seit einigen Jahren das Konzept des Customer-Engagements genutzt, um zu beschreiben, in welch vielfältiger Weise der Kunde am Wertschöpfungsprozess der Unternehmen beteiligt ist.[14] Aufgrund der Relevanz hat das Marketing-Science-Institute das Konstrukt des Customer-Engagements als

12 Art. 5 Abs. 1 DSGVO, S. 35.

13 *Kumar et al.* 2010.

14 *Van Doorn/Lemon/Mittal/Nass/Pick/Pirner/Verhoef, Customer engagement behavior: Theoretical foundations and research directions. Journal of Service Research, 2010, 13 (3), 253-266;* Verhoef/Reinartz/Krafft, Customer engagement as a new perspective in customer management. Journal of Service Research, 2010, 13 (3), 247-252.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

ein zentrales Forschungsthema priorisiert.[15] Das Konstrukt hat seinen theoretischen Ursprung in der Service-Dominant Logic[16] sowie in der sozialen Austauschtheorie.[17] Während sich die Prämissen der Service-Dominant Logic auf die aktive Rolle des Kunden in der Gestaltung der Unternehmensprozesse fokussiert[18], befasst sich die soziale Austauschtheorie mit den Motiven, die Kunden dazu bewegen, sich für ein Unternehmen zu engagieren.[19] Customer-Engagement-Marketing ist ein Zukunftsweg, um neue Kunden vor dem Hintergrund des Datenschutzes zu akquirieren und langfristig zu binden.

Aufgrund der voranschreitenden Digitalisierung werden sich Verbraucherschutzgesetze, insbesondere der Datenschutz, weiter verschärfen.[20] Parallel dazu werden immer mehr technologische Möglichkeiten geschaffen, sodass sich Kunden und Interessenten vor unerwünschter Werbung schützen können. Eine Kaltakquise ist für Unternehmen kaum möglich, da eine Kontaktaufnahme ohne Dateneinwilligung zu rechtlichen Konsequenzen und Imageschäden führt. Zudem ist das Vertrauen der Konsumenten in anbieterzentrierte Kommunikation u. a. durch gekaufte Testergebnisse, bezahlte Siegel oder gefälschte Bewertungen gestört.[21] Empfehlungen von

15 Marketing Science Institute, 2010-2012 Research Priorities, http://image.sciencenet.cn/olddata/kexue.com.cn/upload/blog/file/2010/9/201091515178616316.pdf, 2010, Aufgerufen am: 18.08.2022; Marketing Science Institute, 2018-2020 Research Priorities, https://www.msi.org/uploads/articles/MSI_RP18-20.pdf, 2018, Aufgerufen am: 18.08.2022; Marketing Science Institute, 2020-2022 Research Priorities, https://www.msi.org/articles/2020-22-msi-research-priorities-outline-marketers-top-concerns/, 2022, Aufgerufen am: 18.08.2022.

16 *Vargo/Lusch, Institutions and axioms: an extension and update of service-dominant logic. Journal of the Academy of marketing Science, 2016, 44 (1), 5-23.*

17 *Blau, Exchange and Power in Social Life, New York, 1964*; Homans, Social Behavior: Its Elementary Forms, New York, 1961.

18 *Brodie/Hollebeek/Juric/Ilic*, Customer engagement: Conceptual domain, fundamental propositions, and implications for research, Journal of Service Research, 2011, 14 (3), 252-271.

19 *Hollebeek*, Demystifying customer brand engagement: Exploring the loyalty nexus, Journal of Marketing Management, 2011, 27 (7-8), 785-807.

20 Verbraucherzentrale, Ihre Daten, Ihre Rechte: Die Datenschutzgrundverordnung (DSGVO) https://www.verbraucherzentrale.de/wissen/digitale-welt/datenschutz/ihre-daten-ihre-rechte-die-datenschutzgrundverordnung-dsgvo-25152, 2022, Aufgerufen am: 17.08.2022.

21 *Handelsblatt*, So schützen sich Verbraucher vor Fake-Bewertungen im Netz, https://www.handelsblatt.com/unternehmen/handel-konsumgueter/onlinehandel-so-schuetzen-sich-verbraucher-vor-fake-bewertungen-im-netz/26256620.html, 2020, Aufgerufen am: 17.08.2022.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

Freunden und Bekannten hingegen sind authentisch und glaubwürdig, geben Orientierung und reduzieren Komplexität sowie Rechercheaufwand. Engagierte Kunden verfügen demnach über das Potenzial, neue Kunden zu akquirieren.[22]

Damit Customer-Engagement-Marketing im Unternehmen gelingt, ist das Management gefordert, eine kundenzentrierte Perspektive über alle Abteilungen hinweg einzunehmen. Der Kunde wird in die Prozesse integriert, wobei Weiterempfehlungen, Mundpropaganda sowie das Feedback von Kunden strategische Anknüpfungspunkte bieten.[23] Kunden, die bereit sind, sich aktiv für ein Unternehmen zu engagieren, bleiben oftmals unbemerkt, da in vielen Fällen keine Strategien zur Stimulation des Customer-Engagements vorliegen. Eine Aufgabe des Managements besteht darin, das Kundenkontaktpersonal zu sensibilisieren bzw. den Kunden zuzuhören. Loyale Kunden sollten befragt werden, warum sie die Treue halten und was aus ihrer Sicht empfehlenswert ist. Folglich sollten Kunden animiert werden, zu überlegen, wem Sie das Unternehmen aus ihrem Freundes- und Bekanntenkreis weiterempfehlen würden. Gemäß dem Sprichwort „Gleich und Gleich gesellt sich gern" haben Menschen oftmals Bekannte mit ähnlichen Interessen. Mit dem Wissen, dass der Kunde beispielsweise einen Bekannten hat, der ebenfalls gerne Golf spielt, ergeben sich für Unternehmen langfristig Möglichkeiten, Kundengruppen aufzubauen.

Studienergebnisse zeigen, dass es beim Weiterempfehlungsverhalten in erster Linie nicht um materiellen Profit geht. Vielmehr bieten sich durch das Aussprechen von Empfehlungen Möglichkeiten, das eigene Selbstwertgefühl zu stärken und sich gegenüber dem Umfeld zu profilieren.[24] Dies erfolgt vor allem intrinsisch motiviert und aus eigenem Interesse heraus.[25]

---

22 *Kumar,* A theory of customer valuation: Concepts, metrics, strategy, and implementation, Journal of Marketing, 2018, 82 (1), 1-19.

23 *Enke/Nauen,* Wertschöpfung durch Customer Engagement: Perspektivenwechsel von einer anbieter- hin zu einer kundenzentrierten Sichtweise, Transfer: Zeitschrift für Kommunikation und Markenmanagement, 2021, 67(2).

24 *Li/Abbasi/Cheema/Abraham,* Path to Purpose? How Online Customer Journeys Differ for Hedonic Versus Utilitarian Purchases, Journal of Marketing, 2020, 84 (4), 127-146; *Nauen*, Motivationale Determinanten der Wertschöpfung durch Customer Engagement: Theoretische Konzeption und Analyse Am Beispiel des Automobilhandels, Gabler, 2022; *Rocklage/Fazio*, The Enhancing Versus Backfiring Effects of Positive Emotion in Consumer Reviews, in: Journal of Marketing Research, 2020, 57 (2), 332-352; *Ryan/Deci*, Self-determination theory: Basic psychological needs in motivation, development, and wellness, New York, 2017.

25 *Ryan/Deci* 2017.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

Unterstützende Prozesse des Unternehmens, z. B. eingeführte Plattformen zur Erleichterung der Interaktion, führen zu einem höheren Maß an Customer-Engagement. Erfolgsversprechend sind Kundenstammtische und Online-Chat-Foren, bei denen Kunden ihre Ideen und Vorlieben untereinander austauschen können.[26] Durch die Klassifikation von Kundengruppen haben Unternehmen die Chance, Kunden entlang der Customer-Journey gezielt anzusprechen, ohne dabei gegen den Datenschutz zu verstoßen. Zur Veranschaulichung dient im Folgenden das Beispiel eines Besuchs im Autohaus. Mit dem Wissen, dass es beispielsweise eine Kundengruppe namens Hundebesitzer gibt, hat das Autohaus Möglichkeiten, die Kommunikation gezielt zu steuern. Beim Hundebesitzer wird es bei der Fahrzeugauslieferung ein Leckerchen für den Vierbeiner geben. Beim nächsten Servicebesuch liegt u. a. eine Hundezeitschrift im Wartebereich und auch die Wasserschüssel steht bereit. Der Leihwagen ist tiergerecht und ein Newsletter bei schlechtem Wetter mit einem Angebot für Gummimatten wird dem Kunden eher zusagen als ein Standardnewsletter. Gezielte Kommunikation ist auch vor dem Hintergrund des Datenschutzes möglich. Hierfür müssen Unternehmen engagierte Kunden identifizieren und Customer-Engagement-Verhaltensweisen stimulieren.

IV. Fazit und Ausblick

Die größte Herausforderung für Unternehmen basiert auf der in der Einleitung genannten Kraft der Daten, die es ermöglichen, Angebote zu individualisieren, neue Kunden zu akquirieren und die Bestandskunden zu binden. Daher ist es Aufgabe des Managements, trotz der vorhandenen Beschränkungen, das Potenzial der Daten zu nutzen. Mit dem vorliegenden Beitrag konnte gezeigt werden, dass Datenschutz und Kundenbeziehungsmanagement nicht im Widerspruch zueinander stehen. Unternehmen sind vielmehr gefordert, Datenbanken vor dem Hintergrund ethischer und moralischer Aspekte zu führen, ohne dabei gegen den Datenschutz zu verstoßen.[27]

Bei der Sammlung und Speicherung personenbezogener Daten steht der Datenschutz im Fokus. Kritisch ist die Speicherung individueller Kundendaten, wenn diese auf eine einzelne Person zuordenbar sind. Hier ist die

26 *van Doorn et al.* 2010.
27 *Speck 2010.*

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

Einwilligung des Kunden erforderlich. Daten, die in aggregierter Form abgespeichert und einer Kundengruppe zugeordnet werden, sind hingegen unbedenklich.

Die DSGVO hat zu Einschränkungen im Marketing geführt, indem der Schutz von personenbezogenen Daten in den Fokus gerückt ist. Es ist davon auszugehen, dass Fragestellungen rund um den Datenschutz auch künftig eine wichtige Rolle im Marketing spielen werden.[28] In der heutigen Zeit wird es für Unternehmen zunehmend schwieriger, Interessenten kalt zu akquirieren und zu binden. Jedoch können engagierte Kunden durch Verhaltensweisen wie Weiterempfehlungen und Mundpropaganda Unternehmen unterstützen, rechtskonform im Kundenbeziehungsmanagement zu agieren.

Margit Enke und Gerhard Ring erkannten schon in den 90er-Jahren die interdisziplinäre Verflechtung von Marketing und Recht, was in ihrem Herausgeberband „Aktuelle Entwicklungen im Marketing und ihre rechtlichen Konsequenzen“[29] festgehalten wurde. Die Symbiose beider Disziplinen - *Marketing und Recht* - ist heutzutage wichtiger denn je und bestimmt den aktuellen Diskurs im Kundenbeziehungsmanagement.

28 *Bruhn/Meffert/Hadwich 2019.*

29 *Enke/Ring*, Aktuelle Entwicklungen im Marketing und ihre rechtlichen Konsequenzen, Deutscher Universitäts-Verlag, Wiesbaden, 2000.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

Werberecht der Rechtsanwälte – eine dänisch-österreichische Fußnote

Line Olsen-Ring

Das Recht der Freien Berufe steht in der Forschung unseres Geehrten an zentraler Stelle. Ein Hauptaugenmerk liegt dabei auf dem Werberecht der Rechtsanwälte[1], das sich im Laufe der Jahre sozusagen zu seinem „juristischen Lieblingskind" entwickelt hat. Deswegen möchte auch ich als jene Person mit Migrationshintergrund, die das tägliche Leben des Festschriftempfängers begleiten darf, sehr gerne dieses Thema hier aufgreifen und eine ausländische Note anbringen.

Der folgende Beitrag wird aus zwei Gründen als „Fußnote" bezeichnet: erstens, weil die Darstellung im Vergleich zum typischen Umfang *Ring*'scher Publikationen[2] sehr minimalistisch erscheint, und zweitens, weil seine wissenschaftliche Produktion von einer großen Liebe zur Fußnote geprägt ist[3]. Bereits in jungen Jahren bescherte ihm dieser Umstand im kollegialen Freundeskreis das Prädikat „Fußnotenkönig"[4]. In jeder neuen Word-Version von Microsoft, die selbst Gerhard Ring wegen der technologisch-kommerziellen Fortentwicklungsdiktate des IT-Riesen zu seinem Bedauern nicht aus dem Weg zu gehen vermochte, wurde als allererstes mit leichter Panik die Funktion „Fußnote setzen" gesucht.

Erst danach konnte wieder Arbeitsruhe einkehren.

Die Hintergründe für den intensiven Gebrauch von Fußnoten sind vom agilen Autor selbst nie wirklich offengelegt worden. Im Rahmen einer schnellen[5], subjektiven und individualisierenden sozio-ökonomischen Teilanalyse mag Folgendes angemerkt werden:

1 Neuestes Hauptwerk ist dabei *Ring*, Anwaltliches Werberecht, 2. Aufl., Baden-Baden 2018.

2 *Ring*, Anwaltliches Werberecht (Fn. 1), zählt allein 390 Seiten.

3 *Ring*, Anwaltliches Werberecht (Fn. 1), bringt bspw. 1911 Fußnoten auf.

4 Vgl. Belege in *Brandtner/Follmann/Niklas/H. Schmidt/ U. Schmidt/Stöckle-Niklas*, Defensor petitionis, Festschrift für Gerhard Ring zum 30. Geburtstag, DOKO-VERLAG, Pirmasens-Trier-Kopenhagen 1987 (jedoch ohne ISBN).

5 Vielleicht auch *vor*schnellen.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

- Die Fußnote ist ein äußerst nützliches Werkzeug für den nach Akkuratesse strebenden Wissenschaftler, der gern breit und zugleich facettenreich arbeitet, und der zudem stets mit ausgeprägter Freude „noch eine kleine Bemerkung" anbringt.
- Aussagen im Fußnotentext können den Haupttext pointieren und relativieren. Ob ersteres, letzteres oder sogar beides zugleich bezweckt wird, ist nicht immer klar ersichtlich. So können Gedanken aus Fußnoten bei späterer Gelegenheit leicht wieder aufgegriffen, vertieft und ggf. auch modifiziert werden. Der Autor eröffnet die Diskussion – und zwar nicht nur mit anderen sondern auch mit sich selbst[6]!
- Unangenehme Diskussionen über den Höchstumfang eines Manuskripts lassen sich durch dieses Instrument entschärfen: Allzu füllig geratener Text kann geschwind in eine kleingedruckte Fußnote gezaubert und dadurch dann *doch noch* angebracht werden.

Von weiteren Spekulationen möchte ich an dieser Stelle absehen[7].

Doch nun zum eigentlichen Thema: Wie wird die anwaltliche Werbung im dänischen und im österreichischen Recht jeweils eingeordnet, und wie weit geht die Werbefreiheit? Vorangestellt ist ein kleiner Blick auf den übergeordneten rechtlichen Rahmen für die Ausübung des Rechtsanwaltsberufs.

I. Werberecht der Anwälte in Dänemark

1. Übergeordneter rechtlicher Rahmen für die Anwaltstätigkeit

Die zentrale berufsrechtliche Regulierung der dänischen Anwaltschaft findet sich im sechsten Abschnitt des Rechtspflegegesetzes (*retsplejeloven*, fortan: RPL) [8] unter der Überschrift „Rechtsanwälte" („*Advokater*", Kap. 12-15b, §§ 119-147g). Relevant sind im vorliegenden Zusammenhang vor allem die Vorschriften über

6 Vgl. insoweit auch bereits die Aussage von Karl Marx, die dieser über die französischen „Marxisten" der 1870'er Jahre gemacht haben soll: "Tout ce que je sais, c'est que je ne suis pas Marxiste"; so von *Friedrich Engels* am 5. August 1890 in einem Brief an Conrad Schmidt festgehalten, Marx Engels Werke, Berlin Ost 1981, Bd. 37, 436. (Jene Werke befinden sich im gemeinsamen Arbeitszimmer des geschichtsaffinen G. Ring und meiner Wenigkeit unverständlicherweise hinter *meinem* Schreibtisch).

7 Zur Steigerung des Wohlbefindens des Geehrten soll es auf den folgenden Seiten auch nicht an „echten" Fußnoten mangeln.

8 IdF der Bekanntmachung Nr. 1835 vom 15.9.2021 mit späteren Änderungen.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

- die Ausübung der Anwaltstätigkeit (Kapitel 12, §§ 119-130a RPL),
- das Vertretungsrecht der Anwälte vor Gericht[9] (Kapitel 13, §§ 131-136 RPL)
- die Anwaltskammer (*Advokatsamfundet*), der alle dänischen Rechtsanwälte verpflichtend angehören, samt deren Vorstand (*Advokatrådet*), der vor allem als Kontrollorgan fungiert, und über den Anwalts-Beschwerdeausschuss (*Advokatnævnet*) (Kapitel 15, §§ 143-145a RPL), sowie über
- das berufsrechtliche Verfahren bei Beschwerden über Pflichtverletzungen eines einzelnen Anwalts bzw. einer Anwaltskanzlei (Kapitel 15b, §§ 147b-147g RPL).

Das RPL ermächtigt iÜ den Justizminister zum Erlass näherer Vorschriften, etwa über die Anwaltsausbildung, über die Ausübung von Anwaltstätigkeit in einer Gesellschaftsform sowie über die Tätigkeit des Anwalts-Beschwerdeausschusses (fortan: Beschwerdeausschuss)[10].

Daneben wird auch der Anwaltskammer eine gewisse Regelungskompetenz zugebilligt. Sie kann vor allem Vorschriften über den Umgang mit treuhänderischen Mitteln (näher § 127 RPL) sowie über ihre eigene Organisation und Tätigkeit (§ 143 Abs. 10 RPL) erlassen. Solche Bestimmungen unterliegen jedoch vor ihrer Umsetzung der Genehmigungspflicht durch den Justizminister.

§ 126 Abs. 1 RPL enthält eine Generalklausel „über die ordnungsgemäße Ausübung des Anwaltsberufs" (sog. „*god advokatskik*"). Diese lautet wie folgt:

> „Der Anwalt muss so agieren, dass sein Verhalten einer ordnungsgemäßen Ausübung des Anwaltsberufs entspricht. Seine Aufgaben sind gründlich, gewissenhaft und unter Wahrung berechtigter Interessen seiner Mandanten auszuüben. Mandate müssen mit der gebotenen Schnelligkeit[11] erledigt werden".

9 Dänischen Rechtsanwälten kommt nach wie vor ein umfassendes gerichtliches Vertretungsmonopol zu.

10 Vgl. VO Nr. 548 vom 28.4.2020 über die Tätigkeit des Beschwerdeausschusses und der Ortsverbände der Anwaltskammer bei der Prüfung von Beschwerden über Rechtsanwälte u.a. (*Bekendtgørelse om Advokatnævnets og kredsbestyrelsernes virksomhed ved behandling af klager over advokater m.v*).

11 Gerade das „Schnelligkeitsgebot" ist allerdings oft Gegenstand berufsrechtlicher Beschwerden, so *Lavesen/Økjær Jørgensen*, Advokatetik – ret og rammer, 3. Aufl., Kopenhagen 2022, 26.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

Unter „*god advokatskik*“ verstehen die Gesetzesvorarbeiten jene Praxis, die „fähige, umsichtige und fachlich kompetente Anwälte ausüben“, indem sie „sämtliche vor dem Hintergrund der Rechtsvorschriften über die Aufgaben eines Anwalts erforderlichen fachlichen und ethischen Anforderungen erfüllen“[12]. Weitere Präzisierungen erfolgen nicht. Der Gesetzgeber betont allein, dass der Inhalt von „*god advokatskik*“ in seinem Kern unveränderlich bleibt, sich aber ansonsten nach der jeweils aktuell vorherrschenden Auffassung richtet und im Zuge gesellschaftlicher Änderungen anzupassen ist[13].

Der Gesetzeswortlaut selbst schweigt zur Frage der Festsetzung konkreter berufsethischer Vorgaben. Aus den Vorarbeiten zum RPL folgt aber, dass die Anwaltskammer entsprechende Richtlinien aufstellen soll[14]. Heute finden sich solche Richtvorgaben (dänisch: *vejledning*) in den vom Kammervorstand niederlegten „anwaltsethischen Vorschriften“ (*de advokatetiske regler*, fortan AER)[15].

Die AER spiegeln zunächst die Entscheidungspraxis des Beschwerdeausschusses sowie der ordentlichen Gerichte wider und haben insoweit rechtlich bindenden Charakter. Die AER befassen sich aber daneben auch mit Fragen, die noch nicht Gegenstand von Entscheidungen gewesen sind, die aber nach Ansicht der Anwaltskammer einer Regelung bedürfen[16]. Letztere AER-Vorschriften sind zwar unverbindlich; sie dienen aber normalerweise auch den Gerichten „als Inspiration“[17].

Für die Ausübung grenzüberschreitender Anwaltstätigkeit gelten zudem die vom Rat der Anwaltschaften der Europäischen Gemeinschaft erlassenen Berufsregeln[18] (fortan: CCBE-Berufsregeln). In Dänemark werden die CCBE-Berufsregeln in der Praxis gelegentlich selbst bei rein inländischen Sachverhalten mit herangezogen[19].

12 Kommissionsbericht Nr. 871/1979 über eine Reform der Bestimmungen des RPL über Anwälte (*betænkning vedrørende revision af retsplejelovens afsnit om advokater*) (fortan: Kommissionsbericht RPL 1979), 59.
13 Kommissionsbericht RPL 1979, 59.
14 Kommissionsbericht RPL 1979, 59.
15 Rechtsgrundlage der AER ist § 31 der Kammersatzung (*vedtægt for Advokatsamfundet*). Die AER sind im Internet unter www.advokatsamfundet.dk/regler-for-advokater/*god-advokatskik* abrufbar.
16 Vgl. Art. 2 Abs. 1 AER.
17 *Lavesen/Økjær Jørgensen* (Fn. 11), 27.
18 So ausdrücklich auch Art. 2 Abs. 2 AER.
19 Vgl. die Angaben des „Gutachtenausschusses“ der Anwaltskammer (dazu unten Fn. 51).

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

2. Möglichkeiten und Grenzen anwaltlicher Werbung

a) Historische Entwicklung

Früher betrieben dänische Anwälte traditionell keine Werbung zur Akquise von Mandanten[20]. Werbung wurde als „unter der Würde" des Berufsstandes angesehen[21], was bis in die 1970'er Jahre hinein auch in den Vorschriften der Anwaltskammer über „*god advokatskik* und Kollegialität" zum Ausdruck kam. Anwälten war es allein erlaubt, in Zeitungen oder Fachzeitschriften kleine und einfach ausgestaltete Anzeigen aufzugeben, aus denen nicht mehr Informationen als Name, Anwaltsbezeichnung, Adresse, Telefonnummer und Bürozeiten der Kanzlei hervorgehen durften[22].

Im Jahre 1986 erfolgte – vor allem auf Druck der Wettbewerbsbehörden[23] – eine radikale Liberalisierung des anwaltlichen Werberechts. Das grundsätzliche Werbeverbot wurde nun in eine prinzipielle Zulässigkeit von Werbung umgekehrt. Allein zwei generelle Verbote blieben bestehen: das Verbot von Preisankündigungen sowie das Verbot, Fachanwaltsbezeichnungen zu verwenden. Zehn Jahre später fielen auch diese Restriktionen weg[24].

b) Heutige Vorgaben und Stimmen aus der Literatur

Heute folgen die noch verbleibenden Grenzen erlaubter Werbung vorwiegend aus den Vorschriften der AER iVm dem RPL. Neben den AER findet zwar grundsätzlich auch das dänische Gesetz über das Marktverhalten[25] (fortan: GMV) auf Anwälte in deren Eigenschaft als *Unternehmer*[26] An-

20 Im Folgenden soll es allein um diese Form der Werbung und weitere, solche Werbeeffekte auslösende Verhaltensweisen gehen.

21 *Lavesen/Økjær Jørgensen* (Fn. 11), 57.

22 Kommissionsbericht RPL 1979, 60.

23 Näher *Bryde Andersen/Lindencrone Petersen*, Advokatretten, Kopenhagen 2022, 502.

24 Die Aufhebung erfolgte durch Beschluss des Ausschusses für Wettbewerbsbeschwerden (*konkurrenceankenævnet*) vom 27.6.1996, vgl. näher *Bryde Andersen/Lindencrone Petersen* (Fn. 23), 460.

25 *Lov om markedsføring*, idF der Bekanntmachung Nr. 866 vom 15.6.2022.

26 Die Ausübung eines Freien Berufs wird von der Definition eines „Unternehmers" in § 1 Nr. 2 GMV mit umfasst. Vgl. auch *Bryde Andersen/Lindencrone Petersen* (Fn. 23), 9, wonach ein Anwalt, trotz seiner besonderen Pflichten und seiner zentralen Rolle im Gerichtssystem, ausschließlich als „privater, freiberuflicher Unternehmer" qualifiziert wird.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

wendung. In Bezug auf anwaltliches Marketing ist die Generalklausel des § 3 GMV, welche die Unternehmer zur Einhaltung guter Geschäftspraktiken (*god markedsføringsskik*) unter Berücksichtigung der Interessen von Verbrauchern, (anderen) Unternehmern und der Allgemeinheit verpflichtet, aber (von einem singulären Fall zum früher geltenden Rabattverbot abgesehen) tatsächlich bislang *nicht* Gegenstand von Gerichtsverfahren in Anwaltsangelegenheiten gewesen ist[27].

Als *programmatische Rahmenvorschrift*[28] erklärt Art. 3 AER, dass „der Anwalt in der Gesellschaft eine besondere Stellung einnimmt" (Abs. 1) und „sein Auftrag darin besteht, Gerechtigkeit zu fördern und Unrecht entgegenzuwirken" (Abs. 2). Nach einem konkreten Katalog zulässiger Werbemaßnahmen sucht man in den, kürzlich[29] revidierten, AER jedoch vergeblich. Stattdessen finden sich über die AER verstreut vereinzelt Beschränkungen der Werbefreiheit von Anwälten.

Eine *unaufgeforderte Kontaktaufnahme* wird grundsätzlich als unvereinbar mit dem Vertrauensverhältnis zwischen Mandanten und Anwalt erachtet[30]. So darf ein Anwalt einen Fall nur auf Ersuchen des Mandanten selbst bzw. eines anderen Anwalts, der im Namen des Mandanten handelt, oder aber auf Antrag einer zuständigen öffentlichen Behörde oder eines Organs annehmen (Art. 4 Abs. 1 AER). Einem Verbraucher gegenüber darf ein Anwalt zudem nicht unaufgefordert Handlungen vornehmen, die zum Ziel haben oder geeignet sind, die Anwaltswahl in einem bestimmten Fall zu beeinflussen (Art. 4 Abs. 2 AER) [31]. Bis zur aktuellen Neufassung der

27 *Bryde Andersen/Lindencrone Petersen* (Fn. 23), 140. *Bryde Andersen/Lindencrone Petersen* halten es jedoch „nicht für ausgeschlossen", dass das GMV und weitere wettbewerbsrechtliche Gesetze, wie bspw. das E-Commerce-Gesetz – Gesetz Nr. 227 vom 22.4.2002 (*Lov om tjenester i informationssamfundet, herunder visse aspekter af elektronisk handel*) – auch in diesem Bereich künftig durch die Gerichte zur Anwendung gelangen werden; dies gelte insbesondere für die Generalklausel in § 3 GMV (vor allem iVm sog. „Pitchen", dazu gleich) sowie für § 6 GMV über irreführende Aussagen (vornehmlich bei der Frage, ob private Social Media-Profile eine versteckte Werbung beinhalten).

28 Vgl. *Lavesen/Økjær Jørgensen*, De advokatetiske regler – kommenteret, 3. Aufl., Kopenhagen 2022.

29 Zum 1.9.2022.

30 *Lavesen/Økjær Jørgensen* (Fn. 11), 57.

31 Nach *Bryde-Andersen/Lindencrone Petersen* (Fn. 23), 569, ist Art. 4 Abs. 2 AER in der Praxis mit gewissen Abgrenzungsschwierigkeiten verbunden. So dürfe ein Anwalt zwar im Rahmen einer privaten Feier einen konkreten Sachverhalt mit einem Gast erörtern und „als Teil der Identifizierung eines rechtlichen Problems" seine Hilfe anbieten. Der Anwalt dürfe hingegen nicht den Gast überrumpeln und dabei seine

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

AER im Herbst 2022 galt dieses Verbot nicht nur gegenüber Verbrauchern, sondern gegenüber sämtlichen potentiellen Mandanten. Es ist also insoweit eine werberechtliche Liberalisierung erfolgt.

Art. 4 Abs. 3 AER statuiert ein neues, spezifisches Werbeverbot gegenüber *besonders schutzbedürftigen potentiellen Mandanten*. Danach ist es einem Anwalt untersagt, durch Marketingmaßnahmen in Strafvollzugsanstalten, Einrichtungen für jugendliche Straftäter, Aufnahmezentren für Geflüchtete und ähnlichen Institutionen zu versuchen, die Anwaltswahl der Insassen oder Bewohner zu beeinflussen. Diese Restriktion steht im Zusammenhang mit einer Reform des RPL aus dem Jahre 2018[32], mit der die Kontrollmöglichkeiten des Kammervorstands gestärkt und die anwaltlichen Verhaltensregeln im RPL um eine Vorschrift erweitert wurden[33]: Nach § 126 Abs. 6 RPL dürfen Strafverteidiger ihren Mandanten oder diesen nahestehenden Personen keine Geschenke machen. § 126 Abs. 6 RPL ist als Gegenreaktion auf mehrere Entscheidungen des Beschwerdeausschusses[34] hin eingeführt worden, in denen Strafverteidiger, die ihren in Untersuchungshaft befindlichen Mandanten diverse Werbeartikel – u.a. Kleider mit aufgedruckter Eigenwerbung – geschenkt hatten, vom Vorwurf eines „Mandantenangeln" (dänisch: *klientfiskeri*) freigesprochen worden waren. Nach Ansicht des Beschwerdeausschusses habe es sich bei den Geschenken um "normale" Marketingmaßnahmen gegenüber dem eigenen Mandanten gehandelt, die sich nicht zugleich direkt an potentielle Mandanten gerichtet hätten. Der Justizminister sah hingegen die Gefahr eines „Mandantenangelns" durchaus als gegeben an, und verwies in seinem Gesetzesentwurf zu § 126 Abs. 6 RPL iÜ auf die besondere Schutzbedürftigkeit der angesprochenen Personenkreise sowie darauf, dass es in entsprechenden Konstellationen oft schwierig sei, dem Anwalt ein rechtswidriges Verhalten nachzuweisen. Es sei notwendig sicherzustellen, dass die Wahl eines Strafverteidigers stets auf objektiven Kriterien beruht, und dass kein Abhängigkeitsverhältnis zwischen Anwalt und Mandanten entsteht. Auch das Interesse der Öffent-

Hilfe „im Zusammenhang mit einem bereits bekannten privatrechtlichen Problem" anbieten.

32 Änderungsgesetz Nr. 1540 vom 18.12.2018.

33 Nähere Vorschriften finden sich insoweit in der VO über das Recht von Insassen, eigene Gegenstände, Geld u.a. in eine Strafvollzugsanstalt hineinzubringen, dort zu besitzen und darüber zu verfügen (*bekendtgørelse om indsattes adgang til at medtage, besidde og råde over egne genstande m.v. og penge i kriminalforsorgens institutioner [genstandsbekendtgørelsen]),* Nr. 1023 vom 28.6.2022.

34 Az. 2014 – 3107/LSK; Az. 2013 - 3176/LSK; Az. 2014 - 460/LSK vom 28.5.2014.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

lichkeit und der Respekt vor dem Anwaltsberuf als solchem würden für ein Werbeverbot sprechen[35].

In anderer Hinsicht setzt sich aber der Abbau bisheriger Wettbewerbsbeschränkungen fort. In der aktuellen Neufassung der AER ist das bisher geltende „Verdrängungsverbot" eingeschränkt worden: Ein Anwalt darf nunmehr im Zusammenhang mit einem konkreten Fall, in dem ein Gewerbetreibender bereits einen anderen Anwalt beauftragt hat, für sich selber werben („*pitchen*")[36]. Die anwaltliche Kollegialität wird insoweit der Werbefreiheit hintangestellt.

In den abschließenden Bestimmungen der AER finden sich werberechtlich relevante *kennzeichnungsbezogene Transparenzgebote*: Nach Art. 71 AER muss der Name und ein etwaiger Namenszusatz einer Anwaltskanzlei im Schriftverkehr und im Marketing das Wort „*advokat*" beinhalten. Art. 71 AER wird durch die §§ 120 und 124a RPL ergänzt. Hieraus folgt vor allem, dass sich nur zur Anwaltschaft zugelassene und noch im Besitz ihrer Zulassung befindliche Personen als „Anwalt" bezeichnen dürfen (§ 120 RPL), und dass eine Anwaltsgesellschaft alleinberechtigt aber auch verpflichtet ist, die Bezeichnung ihrer gewählten Gesellschaftsform in ihrem Namen zu führen (§ 124a RPL)[37]. Gemäß Art. 72 AER dürfen der Name und andere Geschäftszeichen einer Anwaltskanzlei, einschließlich eines Logos, nicht geeignet sein, den Eindruck zu erwecken, dass die Anwaltstätigkeit von anderen als jenen Personen ausgeübt wird, die nach dem RPL Miteigentümer einer Anwaltskanzlei sein können[38].

Die AER enthalten keine Vorgaben zur *Werbung mit Spezialkenntnissen*. Nach *Lavesen/Økjær Jørgensen* darf ein Anwalt (nur) dann mit Kenntnissen auf einem oder mehreren Fachgebieten werben, wenn „die konkrete Angabe der Realität entspricht", was etwa dadurch belegt werden könne, dass der Betreffende einer entsprechenden „qualitätssichernden und

35 Vgl. die Anmerkungen zum Gesetzesentwurf 2018/1 LSF 18, Punkt 2.1.2.

36 *Lavesen/Økjær Jørgensen* (Fn. 28), Art. 4 Abs. 2.

37 Eine Verletzung des Verbots nach § 120 bzw. § 124 RPL wird grundsätzlich mit einem Bußgeld sanktioniert.

38 Ein weiteres Transparenzgebot folgt iÜ aus Art. 26 AER, wonach ein Anwalt, der neben seiner Anwaltstätigkeit im Zweitberuf gewerbliche Tätigkeiten ausübt – was grundsätzlich erlaubt ist – von sich aus die Kunden darüber zu informieren hat, dass das betreffende Unternehmen *keine* Anwaltstätigkeit ausübt und damit weder den Vorschriften über die Anwaltstätigkeit noch der Kontrolle des Kammervorstands unterliegt.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

kontrollierenden [Fachanwalts-]Vereinigung" angehört[39]. *Lavesen/Økjær Jørgensen* erachten daneben *Mandantenreferenzen* sowie die *Angabe bereits vertretener Verfahren* unter der Voraussetzung als zulässig, dass der Anwalt seiner Schweigepflicht nachkommt und die Interessen des Mandanten wahrt. Es könne vor diesem Hintergrund konkret „zweckmäßig oder notwendig werden", die Zustimmung des Mandanten einzuholen[40].

Grenzen für den *Auftritt eines Anwalts auf Fotos oder in Videos* ergeben sich allein aus § 32 RPL, wonach eine Aufnahme oder Wiedergabe von Bild und Ton während einer Gerichtsverhandlung sowie innerhalb eines Gerichtsgebäudes grundsätzlich verboten ist[41].

c) Entscheidungspraxis

Nur äußerst selten sind Urteile zum anwaltlichen Werberecht von den ordentlichen Gerichten gefällt worden[42].

Berufsrechtliche Entscheidungen des Beschwerdeausschusses sind heute in einer Online-Datenbank der Anwaltskammer abrufbar, die seit dem Jahre 1995 ergangene Entscheidungen des Ausschusses enthält [43]. Bemerkenswert ist allerdings insoweit, dass (bloße) Rügen sowie Verstöße, die ein

39 *Lavesen/Økjær Jørgensen* (Fn. 11), 57, nennen als Beispiel die Fachvereinigung "Danske Boligadvokater" (Dänische Fachanwälte für Immobilienrecht). Die Vereinigung führt obligatorische Fortbildungs- und Kontrollmaßnahmen durch und verpflichtet ihre Mitglieder dazu, die von der Anwaltskammer und der dänischen Verbraucherschutzorganisation „*Forbrugerrådet*" gemeinsam ausgearbeiteten ethischen Vorgaben für den Immobilienhandel zu befolgen.

40 *Lavesen/Økjær Jørgensen* (Fn. 11), 57. Bei personenbezogenen Daten kann eine Zustimmung ggf. auch ausgeschlossen sein, *Bryde-Andersen/Lindencrone Petersen* (Fn. 23), 506.

41 Näher *Bryde-Andersen/Lindencrone Petersen* (Fn. 23), 506.

42 Ein Urteil des Obersten Gerichtshofs Dänemarks zum früher geltenden Rabattrecht datiert aus dem Jahre 2007. Eine anlässlich des hundertjährigen Jubiläums der Anwaltskammer im Jahre 2019 erschienene Urteilssammlung zur Generalklausel „*god advokatskik*" (*God advokatskik, Domssamling*) mit Kommentaren von *Arrevad/Gottlieb* enthält zu den Stichwörtern „Marketing" und „Werbung" *keine* für das anwaltliche Werberecht relevanten Verweise. *Green van de Ven*, Udmåling af bøder i Advokatnævnet, Advokaten 2, 2021, 54, bemerkt iÜ, dass im Jahre 2020 bei den Gerichten nur insgesamt 33 Verfahren zur Generalklausel „*god advoktatskik*" verhandelt wurden (wobei die Gerichte in nur sechs dieser Verfahren zu einem anderen Ergebnis als der Beschwerdeausschuss gelangt seien).

43 www.advokatsamfundet.dk/advokatnaevnet/afgorelser/, zuletzt abgerufen am 3.11.2022.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

Bußgeld von weniger als umgerechnet etwa 2.600 EUR ausgelöst haben, nur *ausnahmsweise* – klageabweisende Entscheidungen *nie* – veröffentlicht werden[44]. Im Rahmen einer Datenbank-Recherche ließen sich allein folgende vier (!) heute noch werberechtlich relevante Entscheidungen eruieren[45]:

Unberechtigtes Führen des Anwaltstitels[46]:

> Anwalt A hatte „*god advokatskik*" verletzt, indem er darin einwilligte, dass sich der in seiner Kanzlei beschäftigte X fälschlicherweise als Anwalt ausgab und einen falschen Firmennamen in der E-Mail-Signatur der Kanzlei verwendete. X war früher Anwalt, hatte aber nach einer Privatinsolvenz seine Anwaltszulassung zurückgegeben. Die E-Mailadresse von X enthielt trotzdem die Angabe „…@[advokat X]".

Fälschliche Angabe von Mitgliedschaften in Fachanwaltsvereinigungen[47]

> Eine Anwältin gab trotz beendeter Mitgliedschaft in den Fachanwaltsvereinigungen A und B auf ihrer Homepage und in E-Mails die Bezeichnungen „zertifizierte Anwältin für […]" an. Ihre Homepage enthielt außerdem folgenden Hinweis: „Ich nehme kontinuierlich an Fortbildungskursen und Veranstaltungen zu neuen Entwicklungen innerhalb des Fachgebietes teil und bin früher von den Fachanwaltsvereinigungen [A] und [B] zertifiziert worden". Auf der Homepage gab sie weiterhin an, [A]-Anwältin" und „[B]-Anwältin" zu sein. Sie präsentierte zudem ein Foto von sich

44 § 147c Abs. 11 RPL bestimmt allein, dass Entscheidungen des Beschwerdeausschusses veröffentlicht werden *können*. Nach einer internen Richtlinie des Ausschusses (*retningslinjer for offentliggørelse af Advokatnævnets afgørelser med oplysning om advokatens navn),* abrufbar unter www.advokatsamfundet.dk, werden nur Entscheidungen, in denen ein Bußgeld von umgerechnet mindestens etwa 2.600 EUR verhängt worden ist, automatisch veröffentlicht. In anderen Fällen *kann* sich der Beschwerdeausschuss konkret für eine Veröffentlichung entscheiden, „insbesondere dann, wenn das anwaltliche Verhalten einem Mandanten Schaden oder andere Unannehmlichkeiten verursacht hat, und eine Veröffentlichung der Entscheidung für die Anwaltswahl anderer Personen relevant ist". Laut *Green van de Ven*, Advokaten 2021 (Fn. 42), 54, wird ein erstmaliger Verstoß gegen „*god advokatskik*" idR mit einem Bußgeld in Höhe von umgerechnet etwa 1.300 EUR belegt. Grobe Erstverstöße lösen idR ein Bußgeld von umgerechnet 2.600 EUR aus.

45 In der Datenbank fanden sich daneben nur noch die drei o.g., nicht länger relevanten, Entscheidungen zu Werbemaßnahmen von Strafverteidigern gegenüber inhaftierten Personen.

46 Az. 2018 – 1079/CHO.

47 Az. 2011 – 10339/VTA/JML.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

selbst auf dem ein Logo und ein großes Werbeplakat der Vereinigung A zu sehen waren. Der Beschwerdeausschuss erkannte hierin einen Wettbewerbsverstoß. Sämtliche Mitgliedsrechte und -verpflichtungen würden bei Beendigung der Mitgliedschaft in einer Fachanwaltsvereinigung wegfallen. Vor allem die Angabe „zertifiziert" sei irreführend und verletze „*god advokatskik*" nach § 126 Abs. 1 RPL.

Keine Haftung der Vorsitzenden einer Fachanwaltsvereinigung für Werbung eines Mitglieds[48]

Die Vorsitzende der Vereinigung „Familienanwälte" haftete nach Ansicht des Beschwerdeausschusses nicht für die Zeitungswerbung der vereinsangehörigen Kanzlei B, durch die nach Klägeransicht u.a. eine Diskriminierung von Männern erfolge, weil die Werbung Frauen „dazu auffordere, in Scheidungsfällen der Absicht des Gesetzgebers aktiv entgegenzuwirken". Das Verhalten der Vorsitzenden [hier: ihre Passivität] sei nicht von § 126 RPL erfasst.

Kontakt zu einem minderjährigen Kind trotz fehlender Mandatserteilung[49]

Im Kontext eines familienrechtlichen Streits hatte eine Anwältin auf Facebook mit einem achtjährigen Jungen kommuniziert und diesem dabei u.a. versprochen, „als seine Freundin und als seine Anwältin für ihn sprechen zu werden". Es ließ sich nicht feststellen, wer den Schriftwechsel eingeleitet hatte. Vorangegangen war ein Gespräch mit dem Jungen und seiner Schwester in der Anwaltskanzlei, welches auf Bitten des Geschwisterkindes und mit Zustimmung der Mutter der beiden stattgefunden hatte. Zu einer Mandatserteilung war es jedoch nicht gekommen. Der Beschwerdeausschuss stellte fest, dass die Anwältin durch ihren nichtmandatierten Schriftwechsel dem Jungen „falsche Hoffnungen gemacht" und dabei gegen „*god advokatskik*" nach § 126 Abs. 1 RPL verstoßen habe.

Anwälte können iÜ dem „Gutachtenausschuss" der Anwaltskammer (*responsumudvalget*) konkrete Fragen zu „*god advokatskik*" vorlegen (so § 32 Abs. 1 der Kammersatzung)[50]. Der Datenbank der Anwaltskammer lassen sich zwei Anfragen zum anwaltlichen Werberecht aus dem Jahre 2022 entnehmen. In beiden Fällen hat sich der Gutachtenausschuss allerdings da-

48 Az. 1009-02-0973.

49 Az. 2014 – 373/LSK.

50 *Vedtægt for Det Danske Advokatsamfund* idF der Bekanntmachung Nr. 1411 vom 4.10.2022.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

rauf beschränkt, generalisierende Hinweise auf die einschlägigen Vorschriften zu geben[51]. Eine konkrete Subsumtion bleibt somit dem Beschwerdeausschuss vorbehalten.

3. Beschwerdeverfahren

Eine berufsrechtliche Beschwerde kann nach Maßgabe von § 147b RPL von allen Parteien, die insoweit ein konkretes rechtliches Interesse nachweisen, beim Beschwerdeausschuss eingebracht werden. Klagebefugt ist weiterhin der Kammervorstand.

Der Beschwerdeausschuss setzt sich aus den folgenden, einmalig für sechs Jahre gewählten, Mitgliedern zusammen: einem vom Obersten Gerichtshof (*Højesteret*) ernannten Vorsitzenden und zwei Vizevorsitzenden, die alle aus der Richterschaft kommen, sowie jeweils neun von der Anwaltskammer ernannten (unparteiischen) Anwälten und neun vom Justizminister ernannten Nicht-Anwälten[52]. Bei der Ausübung seiner Tätigkeit ist der

51 Die erste Anfrage bezog sich auf eine geplante Werbung auf Facebook, bei der die Nutzer aufgefordert werden sollten, den Werbeeintrag mit ihren Social Media-Kontakten zu teilen. Gleichzeitig würden die Nutzer dann an einer Verlosung des Anwalts teilnehmen bzw. einen Gutschein, eine Apple-Uhr o.Ä., erhalten. Der Gutachtenausschuss verwies in seiner Antwort zunächst auf Punkt 6.2 der CCBE-Berufsregeln, „Persönliche Werbung", sowie auf den Wortlaut von jeweils Art. 4 Abs. 3, Art. 71 und Art. 72 AER. Der Gutachtenausschuss fuhr fort: „Die AER enthalten keine weiteren ausdrücklichen Einschränkungen bezüglich eines Anwaltsmarketing; Anwälte trifft aber auch im Rahmen einer Marketingmaßnahme die grundsätzliche Pflicht, „*god advokatskik*" einzuhalten. So darf eine Marketingmaßnahme bspw. kein „Mandantenangeln" beinhalten und muss auch iÜ mit den Gesetzen, u.a. dem GMV, übereinstimmen. Marketingangaben müssen korrekt und dürfen nicht geeignet sein, eine Irreführung hervorrufen. Dies gilt auch für Werbemaßnahmen auf Facebook. Der Gutachtenausschuss äußert sich allein zu den AER und nicht zum GMV usw." Eine ähnliche Antwort erhielt im zweiten Fall der anfragende Strafrechtsanwalt, der vorhatte, Firmenlogo und Kontaktdaten auf seine Kleider zu drucken und folgenden Text hinzuzufügen: „Ist die Polizei hinter dir her?" oder „Ist jemand hinter dir her?". Nach dem Text sollte ein QR-Code mit Hinweis auf seine Anwaltshomepage aufgedruckt sein.

52 Die Ernennung durch den Justizminister erfolgt auf Initiative unterschiedlicher, mit den Interessen von Mandanten und der öffentlichen Hand vertrauter Behörden und Organisationen hin. Der Beschwerdeausschuss arbeitet idR in drei Abteilungen. Bei Stimmengleichheit zwischen den Anwälten und den Nicht-Anwälten im Ausschuss entscheidet der Vorsitzende Richter.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

Beschwerdeausschuss weitgehend denselben Regelungen wie öffentliche Behörden unterworfen[53].

Eine Klage kann grundsätzlich innerhalb eines Jahres, nachdem der Beschwerdeführer Kenntnis von dem seine Klage auslösenden Umstand erlangt hat, eingereicht werden (§ 147b Abs. 2 RPL). Eine gegen einen Anwalt oder eine Anwaltskanzlei ergangene Entscheidung des Beschwerdeausschusses kann innerhalb einer vierwöchigen Klagefrist vor den ordentlichen Gerichten angefochten werden (§ 147d Abs. 2 RPL).

II. Werberecht der Anwälte in Österreich

1. Übergeordneter rechtlicher Rahmen für die Anwaltstätigkeit

Ein kurzer Blick in das zweite Nachbarland, zu dem der Festschriftempfänger enge Beziehungen pflegt, und das deswegen hier nicht völlig fehlen darf[54], zeigt, dass das österreichische Berufs- und Werberecht teilweise auf anderen rechtssystematischen Ansätzen als jenes in Dänemark aufbaut.

Zentrale Regelwerke des österreichischen Berufsrechts sind die Rechtsanwaltsordnung[55] (fortan: RAO), die Richtlinien für die Ausübung des Rechtsanwaltsberufs[56] (fortan: RL-BA)[57] sowie das Disziplinarstatut für

53 Vor allem dem Gesetz über den Zugang zu Informationen (*offentlighedsloven,* idF der Bekanntmachung Nr. 145 vom 24.2.2020 mit späteren Änderungen) sowie dem Verwaltungsgesetz (*forvaltningsloven*, idF der Bekanntmachung Nr. 433 vom 22.4.2014 mit späteren Änderungen). Nähere verfahrensrechtliche Vorschriften finden sich im RPL sowie in der VO über den Beschwerdeausschuss.

54 So jedenfalls auch die dezente „Herausgeber-Durchsage" von Professor *Löschnigg* (!) Die Ausführungen zum österreichischen Recht müssen allerdings nicht nur aus Platz-, sondern auch aus Zeitgründen bedenklich knapp ausfallen, weil G. Ring gefährlich oft überraschend im gemeinsamen Arbeitszimmer aufgetaucht ist und nichtsahnend die Fertigstellung dieses Festschriftbeitrags erschwert hat. In diesem Zusammenhang möchte ich mich ganz herzlich bei Mag.iur. *Silvia Sarny* in Graz bedanken, die mir liebenswürdigerweise österreichische Quellenverweise zukommen ließ.

55 RGBl. Nr. 96/1868, zuletzt geändert durch Kundmachung vom 27.10.2022, BGBl. I Nr. 164/2022.

56 Kundgemacht am 29.8.2015, mit späteren Änderungen.

57 *Schiebe*, Anwaltliches Marketing, Vergleich berufsrechtlicher Restriktionen Englands, Deutschlands und Österreichs im europäischen Kontext, Wien und Graz 2005, 27.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

Rechtsanwälte und Rechtsanwaltsanwärter[58] (fortan: DSt). Für grenzüberschreitend tätige Anwälte relevant ist noch das Bundesgesetz über den freien Dienstleistungsverkehr und die Niederlassung von europäischen Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälten sowie die Erbringung von Rechtsdienstleistungen durch international tätige Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte in Österreich[59] (fortan: EIRAG).

Während sich übergeordnete Vorschriften zur Ausübung des Anwaltsberufs in der bundesgesetzlichen RAO finden, konkretisieren die von der Dachorganisation der Rechtsanwaltskammern der Länder[60], dem Österreichischen Rechtsanwaltskammertag, erlassenen RL-BA[61] die berufsrechtlichen Pflichten im Rang von Verordnungsrecht[62]. Das anwaltliche Disziplinarrecht wird vornehmlich im Bundesgesetz DSt geregelt.

2. Möglichkeiten und Grenzen anwaltlicher Werbung

Eine allgemeine Richtschnur für die anwaltliche Werbung enthält § 10 Abs. 2 RAO[63], wonach "[d]er Rechtsanwalt … überhaupt verpflichtet [ist], durch Redlichkeit und Ehrenhaftigkeit in seinem Benehmen die Ehre und Würde des Standes zu wahren"[64]. Verfassungsrechtlich wird dieses Gebot und die daraus folgende Ungleichbehandlung der Anwälte als sachlich gerechtfertigte und damit verfassungskonforme Grundlage des (Disziplinar-)Standesrechts angesehen[65].

Im Jahre 2008 wurde die bis dahin allein aus § 10 Abs. 2 RAO abgeleitete Zulässigkeit von Werbung in § 10 Abs. 5 RAO ausdrücklich gesetzlich ver-

58 Bundesgesetz vom 28. Juni 1990 über das Disziplinarrecht der Rechtsanwälte und Rechtsanwaltsanwärter (Disziplinarstatut für Rechtsanwälte und Rechtsanwaltsanwärter), BGBl. 474/1990.

59 BGBl. I Nr. 27/2000.

60 Denen sämtliche Anwälte im Rahmen einer Pflichtmitgliedschaft angehören.

61 Rechtsgrundlage ist dabei § 37 RAO.

62 Ein „gesetzesergänzendes Verordnungsrecht" steht den Anwaltskammern nach Art. 120b Abs. 1 Bundes-Verfassungsgesetz zu, näher *Feil/Wennig*, Anwaltsrecht, 8. Aufl., Wien 2014, § 1 RAO Rn. 3 f.

63 *Feil/Wennig* (Fn. 62), § 10 RAO Rn. 25, mit Verweis auf „Sammlung der Erkenntnisse und wichtigsten Beschlüsse des Verfassungsgerichtshofes" (fortan „VfSlg") 12.467.

64 Eine ähnlich verfasste Generalklausel fand sich bereits sowohl in der Advokatenordnung aus dem Jahre 1968 als auch im Disziplinarstatut von 1872, vgl. *Schiebe* (Fn. 57), 25 f.

65 *Feil/Wennig* (Fn. 62), § 10 RAO Rn. 19 mit Verweis auf ZfVB 1998/2250 und ZfVg 1990/317.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

ankert: Danach ist dem Anwalt eine Werbung „insoweit gestattet, als sie über seine berufliche Tätigkeit wahr und sachlich informiert und mit seinen Berufspflichten im Einklang steht“[66]. In den Gesetzesvorarbeiten wird betont, dass sich § 10 Abs. 5 RAO „abgesehen davon, dass ein Verstoß gegen die Standespflichten den Rechtsanwalt auch bei Werbemaßnahmen disziplinär verantwortlich machen kann […] kaum mehr von den allgemeinen Vorgaben des UWG für die Werbung von Unternehmern, die miteinander in Wettbewerb stehen“, entfernt[67].

Eine Neufassung der RL-BA im Jahre 1990 hat anwaltliche Werbung für grundsätzlich zulässig erklärt. Knapp zehn Jahre später wurde dies erstmalig auch generalklauselartig festgehalten[68]. Heute findet sich die, teilweise kasuistisch konzipierte, *Kernvorschrift zum Werberecht* in § 47 RL-BA. Diese lautet wie folgt:

„(1) Der Rechtsanwalt wirbt vornehmlich durch die Qualität seiner anwaltlichen Leistung.

(2) Werbung ist zulässig, sofern sie wahr, sachlich, in Einklang mit Ehre und Ansehen des Standes, den Berufspflichten sowie der Funktion des Rechtsanwaltes im Rahmen der Rechtspflege ist.

(3) Unzulässig ist insbesondere
1. Selbstanpreisung durch marktschreierische Werbung;
2. Werbung im Vergleich und unter Bezugnahme auf eine individualisierte andere Rechtsanwaltskanzlei;
3. Mandatsakquisition unter Ausnützung einer Zwangssituation;
4. Überlassung von Vollmachtsformularen an Dritte zwecks Weitergabe an einen unbestimmten Personenkreis;
5. Nennung von Klienten ohne deren Einwilligung;
6. das Anbieten oder Gewähren von Vorteilen für Mandatszuführungen.“

Das „Wahrheitsgebot“ in § 47 Abs. 2 wird als Irreführungsverbot verstanden: Werbung durch objektiv unrichtige und damit irreführende Angaben

66 *Scheuba* in: Csoklich/Scheuba (Hrsg.), Standesrecht der Rechtsanwälte, 3. Aufl., Wien 2018, 6. Abschnitt „Werbung“, 94 ff.

67 *Scheuba*, in: Csoklich/Scheuba (Hrsg.) (Fn. 66), 94.

68 Näher *Schiebe* (Fn. 57), 197 f.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

sowie eine unzulässige Bezugnahme auf Standesangehörige ist „disziplinär“[69].

Die Zulässigkeitsprüfung hat im Rahmen einer Gesamtbetrachtung zu erfolgen, in der nicht allein der Text, sondern auch Inhalt, Aufmachung und Begleitumstände zu berücksichtigen sind[70]. Einschränkungen der Werbefreiheit sind dort geboten, wo der Anwaltsstand als solcher vor dem „Eindruck der Unseriosität“ bewahrt werden soll[71].

Gemäß § 48 RL-BA hat der Rechtsanwalt iÜ in zumutbarer Weise dafür zu sorgen, dass standeswidrige *Werbung für ihn durch Dritte*, insbesondere durch Medien, unterbleibt. Nach § 49 RL-BA hat der Rechtsanwalt im *Umgang mit Medien* die Interessen seines Klienten, Ehre und Ansehen des Standes, sowie die Berufspflichten zu beachten. Im Rahmen eines Mandats veranlasste Veröffentlichungen in Medien sind mit ausdrücklicher Zustimmung des Klienten zulässig, soweit sie nach sorgfältiger Erwägung des Rechtsanwaltes im Interesse des Klienten sind.

Bezeichnungsge- und verbote sind in den – Transparenz und Wahrheitsgemäßheit dienenden – Bestimmungen des § 1b RAO bzw. der §§ 28 und 43 EIRAG statuiert; die Vorgaben werden durch die Rechtsprechung ergänzt[72].

Neben den berufsrechtlichen Vorschriften ist parallel das Wettbewerbsrecht anwendbar[73]. Von zentraler Bedeutung ist vor allem § 1 UWG über unlautere Geschäftspraktiken und Handlungen. Wettbewerbswidrig handelt dabei, wer bewusst in standeswidriger Weise für sein Unternehmen im geschäftlichen Verkehr selbst oder durch Dritte wirbt[74].

---

69 Entscheidung der Obersten Berufungs- und Disziplinarkommission für Rechtsanwälte und Rechtsanwaltsanwärter (fortan: OBDK), AnwBl 2002/7809, 279.

70 *Scheuba*, in: Csoklich/Scheuba (Hrsg.) (Fn. 66), 95, mwN aus Rechtsprechung und Literatur.

71 *Feil/Wennig* (Fn.63), zum früheren, inhaltlich insoweit identischen § 45 RL-BA 1977, Rn. 1.

72 Vgl. etwa *Scheuba*, in: Csoklich/Scheuba (Hrsg.) (Fn. 66), 96, mit Verweis auf VfSlg 12.467; VfGH B 47/09.

73 Traditionell galt es als standesrechtlich bedenklich oder ungewöhnlich, diesen Weg über das Wettbewerbsrecht zu beschreiten; allerdings verwies *Schiebe* (Fn. 57), 27, bereits im Jahre 2005 auf die „zunehmende Bedeutung“ des zivilgerichtlich einklagbaren Wettbewerbsrechts.

74 Als unzulässig wird bspw. eine Vergesellschaftung Berufsfremder mit Rechtsanwälten mit dem Ziel der Mandantenakquise angesehen, so *Scheuba*, in: Csoklich/Scheuba (Hrsg.) (Fn. 66), 96, mit Verweis auf OGH 4 Ob 148/05a.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

Die maßgeblichen gesetzes- und verordnungsrechtlichen Vorschriften werden von einer ganzen Reihe von Disziplinarratsentscheidungen und Urteilen der ordentlichen Gerichte flankiert[75].

3. Beschwerdeverfahren

Nach § 1 Abs. 1 DSt begeht ein Rechtsanwalt, der „schuldhaft die Pflichten seines Berufes verletzt oder inner- oder außerhalb seines Berufes durch sein Verhalten die Ehre oder das Ansehen des Standes beeinträchtigt […] ein Disziplinarvergehen". Der Begriff „Ehre und Ansehen" entspricht insoweit dem der "Ehre und Würde" in § 10 Abs. 2 RAO[76].

Disziplinarvergehen werden vom örtlich zuständigen Disziplinarrat behandelt (§ 1 Abs. 2 DSt iVm §§ 5 ff. DSt)[77]. Dieser setzt sich aus (unparteiischen) Mitgliedern der Anwaltschaft zusammen. Der Disziplinarrat schreitet auf Antrag des – durch alle Kammermitglieder gewählten (§ 7 Abs. 1 Nr. 1 DSt) – Kammeranwalts ein. Anzeigen wegen eines Disziplinarvergehens sind dem Kammervorstand vorzulegen, der eine Vorprüfung vornimmt und die Klage ggf. auch zurückweisen kann (vgl. § 22 DSt). Der Disziplinarrat führt anschließend das Verfahren von Amts wegen durch und fällt seine Entscheidung nach Anhörung des Kammeranwalts (§ 20 Abs. 2 DSt).

Auch in Bezug auf das Disziplinarsystem ist die Frage der Verfassungskonformität aufgeworfen worden. Der Österreichische Verfassungsgerichtshof hat aber insoweit festgestellt, dass die Verhängung einer Disziplinarstrafe gegen einen Rechtsanwalt keinen Eingriff in verfassungsgesetzlich gewährleistete Rechte wie das Gleichheitsgebot oder das Recht auf Freiheit der Erwerbsbetätigung darstellt[78].

Gemäß § 46 DSt können Erkenntnisse des Disziplinarrats mit dem Rechtsmittel der Berufung, Beschlüsse mit dem Rechtsmittel der Beschwerde angefochten werden. Rechtsmittelberechtigt sind der Beschuldigte, der

75 Ausgewählte, kommentierte Rechtsprechung findet sich etwa bei *Scheuba*, in: Csoklich/Scheuba (Hrsg.) (Fn. 66), 96 ff., sowie im österreichischen Anwaltsblatt (AnwBl), abrufbar unter www.rechtsanwaelte.at/kammer/anwaltsblatt.

76 *Feil/Wennig* (Fn. 62), § 1 DSt mit Verweis auf ODBK, AnwBl 2001/7732, 156.

77 Die standesrechtliche Aufsicht obliegt iÜ dem Ausschuss der Rechtsanwaltskammer (§ 1 Abs. 3 DSt iVm § 23 RAO).

78 *Feil/Wennig* (Fn. 62), § 10 RAO, Rn. 3a, mit Verweis auf AnwBl 2011/8282 (283) = VfSlg 19.348, sowie § 1 DSt.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

Kammeranwalt und in gewissen Fällen[79] auch die Oberstaatsanwaltschaft. Zur Entscheidung über die Rechtsmittel ist der Oberste Gerichtshof berufen. Auch im Rechtsmittelverfahren ist die Anwaltschaft vertreten: Der Spruchkörper des Obersten Gerichtshofs setzt sich dabei aus zwei Richtern und zwei aus dem Anwaltsstand gewählten Richtern zusammen (§ 59 DSt). Die Berufungsfrist beträgt vier Wochen (näher § 48 DSt).

III. Dänemark, Österreich – und Deutschland?

Der sowohl in Dänemark als auch in Österreich seit einigen Jahrzehnten geltende *Grundsatz der Werbefreiheit für Anwälte* erfährt vor dem Hintergrund der besonderen gesellschaftlichen Stellung dieser Berufsgruppe in beiden Staaten gewisse Einschränkungen. Der Anwaltsstand ist für die Funktionsfähigkeit der Rechtsordnung wesentlich mitverantwortlich, und das damit einhergehende Bedürfnis, vor allem das Vertrauensverhältnis zwischen Anwalt und Mandanten, die anwaltliche Kollegialität, Sachlichkeit und Transparenz zu sichern[80], verlangt nach gewissen Grenzen der Werbefreiheit, die auch effizient sanktioniert werden müssen.

Gesetzgeber, Berufsorgane und Gerichte in Österreich zeigen, sehr viel deutlicher und detaillierter als dies in Dänemark der Fall ist, den Anwälten ihre werberechtlichen Möglichkeiten und Grenzen auf. Ein dänischer Anwalt muss sich im Rahmen seiner Werbetätigkeit entweder vorsichtig-konservativ verhalten oder aber die Gefahr in Kauf nehmen, eventuell nachträglich berufsrechtlich belangt zu werden. Vor allem die o.g. ursprünglich sehr liberale Einstellung des Beschwerdeausschusses gegenüber Werbung von Strafverteidigern sowie der kontinuierliche Abbau von Wettbewerbs- und Werbebeschränkungen in den AER, wie bspw. das „Pitchen", zeigen aber, dass die Gestaltungsfreiheit der Anwälte bereits heute sehr weit reicht.

Im Unterschied zum österreichischen Recht ist die Prüfung von Beschwerden über das Verhalten eines Anwalts in Dänemark in der erster Instanz keine reine Angelegenheit der beruflichen Selbstverwaltung – und bei Berufungsverfahren sind keine Anwälte im Spruchkörper der Gerichte vertreten.

79 Bei einem Disziplinarvergehen, durch das Berufspflichten verletzt wurden.

80 Vgl. für alle reglementierten Berufe auch Art. 24 Abs. 2 der europäischen Dienstleistungsrichtlinie, RL 2006/123/EG, wonach insbesondere „die Unabhängigkeit, die Würde und die Integrität des Berufsstandes sowie die Wahrung des Berufsgeheimnisses [zu] gewährleisten" sind.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

Die Zusammensetzung des Beschwerdeausschusses „*Advokatnævnet*" verleiht dem Organ einen für die dänische Rechtsordnung nicht atypischen Mischcharakter[81]. Die Kombination „Richtervorsitz und paritätische Beteiligung von Berufsangehörigen und Berufsfremden" erlaubt es dieser Instanz, breit fundierte Interessenabwägungen vorzunehmen und die Zahl berufsrechtlicher Berufungsverfahren vor den ordentlichen Gerichten gering zu halten. Der Umstand, dass viele Entscheidungen des Beschwerdeausschusses nie veröffentlicht werden, trägt allerdings offensichtlich mit dazu bei, dass sich im anwaltlichen Werberecht so gut wie keine fallbasierte Orientierungshilfe finden lässt. Es wäre m.E. insoweit überlegenswert, die Veröffentlichungspraxis zu ändern und/oder Anwälten die Möglichkeit zu geben, beim Beschwerdeausschuss eine unverbindliche "Vorabinformation" über die Zulässigkeit geplanter Werbemaßnahmen einzuholen.

Abschließend sei noch angemerkt, dass es in Dänemark im Unterschied zur Situation in Österreich keine Diskussionen über die Verfassungskonformität der werberechtlichen Vorgaben sowie des berufsrechtlichen Beschwerdesystems gegeben hat. Dies dürfte bereits daran liegen, dass dänische Gerichte traditionell nur selten von ihrer Kompetenz zur Überprüfung der Verfassungsmäßigkeit von Normen Anwendung machen[82].

Den Rechtsvergleich mit Deutschland überlasse ich getrost unserem Festschriftempfänger – „all inclusive" mit der Möglichkeit, weitere wunderbare Fußnoten zu setzen.

81 Eine ähnliche Art der Zusammensetzung findet sich bspw. beim Beschwerdeausschuss für den finanziellen Sektor (*det finansielle ankenævn*).

82 Die dänische Verfassungstradition ist entscheidend von der Vorstellung geprägt, dass das demokratisch legitimierte Parlament der „autoritative Verfassungsinterpret" ist, näher *Olsen-Ring*, Einflüsse der Maastricht-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts auf die Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs Dänemarks, in Knodt/Kohler-Koch (Hrsg.), Deutschland zwischen Europäisierung und Selbstbehauptung, Frankfurt a.M. 2000, 199 (205 f).

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

Die Unzulässigkeit der als Information getarnten Werbung nach Nummer 11 des Anhangs zu § 3 Abs. 3 UWG

Steffen Vogel

I. Einleitung

„Der Wolf im Schafspelz" – um ihre Werbung zu „tarnen" benutzen Unternehmen oft neutrale und redaktionelle Inhalte, um insbesondere Verbraucher zu locken. Durch diese Tarnung fällt es gerade Verbrauchern schwer die Werbung hinter einer zumeist nützlichen und neutralen Information zu erkennen und als solche zu bewerten. Für den freien und redlichen Wettbewerb ist eine solche heimliche und verschleierte Einflussnahme aber gefährlich. So erwarten die Verkehrskreise und insbesondere die Verbraucher, dass ein Produkt eines Herstellers, welches z.B. in einem neutralen Pressartikel besondere Erwähnung findet, vollkommen frei von jeglicher Einflussnahme zur Sprache gebracht wurde. Sofern dies nicht so ist, gebietet es der Verbraucherschutz sowie der faire Wettbewerb den Verbraucher der diese Information neutral und ungefiltert aufnimmt, aufzuklären. Zur Gewährleistung dieses Gebotes ist die als Information getarnte (bezahlte) Werbung seit geraumer Zeit, insbesondere nach dem UWG unzulässig.

Infolge neuer Erscheinungsformen sowie Unsicherheiten bei der Bestimmung der als Information getarnten Werbung hat sich gerade in der jüngsten Vergangenheit die Rechtsprechung, insbesondere die BGH- Rechtsprechung in den sog. Influencer-Urteilen I – IV[1] bzw. das EuGH- Urteil in Sachen P & C[2] mit der Unzulässigkeit der als Information getarnten Werbung beschäftigt und vor allem in Bezug auf die Tatbestandsmerkmale kommerzieller Zweck (Unternehmensfinanzierung) bzw. fehlende eindeutige Erkennbarkeit des Werbecharakters richtungsweisende Entscheidungen hervorgebracht. Auch durch das „Gesetz zur Stärkung des Verbraucherschutzes im Wettbewerbs- und Gewerberecht" wurde im Rahmen der allgemeinen Verbotsklausel der Irreführung durch Unterlassen nach § 5a UWG

1 BGH, Urt. v. 9.9.2021 – I ZR 90/20 - Influencer I; BGH, Urt. v. 9.9.2021 – I ZR 125/20 - Influencer II; BGH, Urt. v. 13.1.2022 – I ZR 35/21 - Influencer III; BGH, Urt. v. 13.1.2022 – I ZR 9/21 - Influencer IV.

2 EuGH, Urt. v. 2.09.2021 – C-371/20 – P & C.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

bspw. durch die Vermutungsregelung des § 5a Abs. 4 S. 3 UWG geschärft und angepasst. Da die Nummer 11 des Anhangs zu § 3 Abs. 3 UWG den Sonderfall der Irreführung über den kommerziellen Charakter einer geschäftlichen Handlung durch Unterlassen darstellt wird sich dieser Beitrag mit dem § 3 Abs. 3 und dem Anhang Nr. 11 UWG als Verbot der redaktionell getarnten Werbung befassen.

Die sog. Schwarze Klausel in Nummer 11 des Anhangs zu § 3 Abs. 3 UWG verbietet eine Irreführung durch Unterlassen, als Verbot der redaktionell getarnten Werbung. Die in Nummer 11 der Schwarzen Liste zum Ausdruck kommende Wertung ist Inhalt des allgemein geltenden Gebotes der Trennung von (redaktionellem) Inhalt und Werbung (sog. Trennungsgebot). In Umsetzung diese Trennungsgebotes werden bspw. Inhalte im Internet oder im Fernsehen dadurch kenntlich gemacht, dass diese als „Werbung" eingeleitet oder bestimmte Sendungen als „Dauerwerbesendungen" gekennzeichnet sind. In Zeitschriften ist Werbung daher regelmäßig mehr oder weniger auffällig mit dem Wort „Anzeige" überschrieben. So wirkt das Trennungsgebot zum Schutze der Verbraucher als sog. Grundbedingung für das Funktionieren unserer Wettbewerbsgesellschaft. Dies bedeutet aber in der Konsequenz, dass Werbung nie verdeckt, sondern immer als solche Erkennbar ist, sodass der verständige und in seiner Entscheidung unabhängige Verbraucher zwischen den Angeboten eine freie Entscheidung treffen kann[3]. Das Trennungsgebot unterliegt damit der Idee eines Irreführungsschutzes.[4]

In Durchsetzung dieses Irreführungsschutzes sind damit geschäftliche Handlungen im Sinne des § 3 Abs. 3 UWG i.V.m. dem Anhang Nr. 11, d.h. vom Unternehmer finanzierte, unter Einsatz redaktioneller Inhalte, zu Zwecken der Verkaufsförderung, ohne dass sich dieser Zusammenhang aus dem Inhalt oder aus der Art der optischen oder akustischen Darstellung eindeutig ergibt (als Information getarnte Werbung) stets unzulässig.

Der Normzweck des § 3 Abs. 3 UWG i.V.m. dem Anhang Nr. 11 zielte auf die Umsetzung der UGP-Richtlinie 2005/29/EG ab, der Verbraucher vor einer Irreführung, durch Tarnung der Werbung als redaktionellen Inhalt

3 OLG München, Urt. v. 27.3.2014, 6 U 3183/13, Rn. 17.

4 *Goldbeck*, Zur Werbung des Sachverständigen im Internet - Zugleich Anmerkung zu OLG Naumburg, DS 2007, 12 (13), kritisch: *Bleutge*, Die Werbung des Sachverständigen, DS 2021, 141 (145); Andererseits darf durch das Trennungsgebot keine übermäßige Beschränkung der Meinungs- und Pressfreiheit einhergehen vgl. BVerfG, Beschl. V. 21.7.2005 – I BvR 217/99, Rn. 12.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

schützen soll. Der Unionsgesetzgeber hat in dieser Irreführung einen derart gravierenden Verstoß des Unternehmers gesehen, dass er den Tatbestand als per-se Verbot geregelt hat. Ob die Gefahr einer Irrführung von Verbrauchern im Einzelfall tatsächlich besteht ist unerheblich.[5] Diesbezüglich regelt Nr. 11 einen Sonderfall der Irreführung über den kommerziellen Charakter einer geschäftlichen Handlung nach § 5a Abs. 4 UWG, und zwar die als unabhängige Information getarnte Werbung[6].

§ 5a UWG wurde in jüngster Zeit u.a. zur weiteren Stärkung des Verbraucherschutzes und zur Beseitigung von Unsicherheiten in der Anwendung gerade in Bezug auf Influencer durch das „Gesetzes zur Stärkung des Verbraucherschutzes im Wettbewerbs- und Gewerberecht" vom 10. August 2021, welches am 28. Mai 2022 in Kraft trat, grundlegend geändert.[7] So wurde der ursprüngliche § 5a Abs. 6 UWG (alt) in § 5a Abs. 4 UWG geändert. Neben dem damaligen Satz 1, der nunmehr in seinem Anwendungsbereich auf sonstige Marktteilnehmer erstreckt ist, wurde der ursprüngliche Absatz 6 (neu Abs. 4) noch um zwei weitere Sätze ergänzt.

Insbesondere ist neben dem in § 5a Abs. 4 S. 2 UWG gegelten Entgelt sowie der „ähnlichen Gegenleistung" nunmehr auch die Provisionen, Produkte, die von dem fremden Unternehmen zugesandt wurden und die der Handelnde nutzen oder behalten darf, sowie Pressereisen, Stellung von Ausrüstung oder Kostenübernahmen erfasst. Die Frage, ob eine Handlung zugunsten des eigenen Unternehmens vorliegt, hängt nicht allein von dem Erhalt eines Entgelts ab, da auch Eigenwerbung grundsätzlich kennzeichnungspflichtig ist, wenn sie anders nicht erkennbar ist. Weitere wichtige Neuerung infolge des „Gesetzes zur Stärkung des Verbraucherschutzes im Wettbewerbs- und Gewerberecht" ist die in § 5a Abs. 4 S. 3 UWG geregelte sog. Vermutensregelung. Um zu verhindern, dass sich der oder die Handelnde durch das bloße Bestreiten des Erhalts einer Gegenleistung auf die Ausnahme nach § 5a Abs. 4 S. 1 UWG berufen kann, sieht Satz 3 eine Vermutung vor, dass eine Gegenleistung gewährt oder versprochen wurde. Diese Vermutung kann der Handelnde durch Glaubhaftmachung entkräften, dass er keine Gegenleistung erhalten hat. Eine solche Glaubhaftmachung könnte zum Beispiel durch Quittung über den Kauf des erwähnten

5 *Büscher*, in Büscher (HrsG), Kommentar zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, 2. Aufl., Heidelberg 2021, Anhang zu § 3 Abs. 3 Nr. 11 UWG, Rn. 1.

6 *Alexander*, in Herrmann/ Schlingloff, MünchKomm zum Lauterkeitsrecht Band 1, 3. Auflage, München 2020 Anhang zu § 3 Nr. 11 UWG, Rn. 5.

7 BGBl I Nr. 53 | S. 3504-3512.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

Produkts oder eine Bestätigung des Unternehmers erbracht werden, dass keine Gegenleistung für die Äußerung erfolgt ist. Als Mittel der Glaubhaftmachung kommt auch eine eidesstattliche Versicherung des Handelnden in Betracht. Sofern eine Glaubhaftmachung erfolgt, entfällt die Vermutungswirkung und es obliegt nach den allgemeinen Grundsätzen dem Kläger, konkrete Tatsachen für das Vorliegen einer Gegenleistung vorzutragen und gegebenenfalls zu beweisen[8].

Wie die Vorschrift des § 5a Abs. 4 UWG regelt Nr. 11 des Anhangs zu § 3 Abs. 3 UWG als Sonderfall einen Fall der Irreführung durch Unterlassen. Die den Verbraucher durch Tarnung der Werbung als redaktioneller Inhalt davon abhalten kann, eine von sachlichen Informationen geleitete geschäftliche Entscheidung zu treffen. Sie setzt voraus, dass (1) redaktionelle Inhalte in Medien zu Zwecken der Verkaufsförderung eingesetzt werden, (2) der Unternehmer diese Verkaufsförderung finanziert hat und (3) dies weder aus dem Inhalt noch aus klar erkennbaren Bildern, Hinweisen und Tönen eindeutig hervorgeht.

I. Einsatz redaktioneller Inhalte in Medien zu Zwecken der Verkaufsförderung

a) redaktionelle Inhalte in Medien

Grundlegend setzen redaktionelle Inhalte ein Medium zur Verbreitung von Informationen voraus. Als Medien kommen sowohl Printmedien wie bspw. Presse, Bücher, als auch elektronische Medien wie Internet, Film, Fernsehen sowie Radio in Betracht, soweit sie einen redaktionellen Teil aufweisen, mithin eine Berichterstattung und Auseinandersetzung über Themen von allgemeinem Interesse durch eine unabhängige und neutrale Redaktion als Beitrag zur Unterrichtung und Meinungsbildung enthalten[9]. Ein Betrag hat nach dieser Definition einen redaktionellen Inhalt, wenn er seiner Gestaltung nach als objektive neutrale Berichterstattung durch das Medien-

8 Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung des Verbraucherschutzes im Wettbewerbs- und Gewerberecht, S. 36.

9 *Köhler*, in Fritzsche, Münker, Stollwerck (HrsG), Kommentar zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, München 2022, Anh. zu § 3 Nr. 11, Rn. 11.2.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

unternehmen selbst erscheint[10]. Insbesondere ist bereits dann von einem redaktionellen Inhalt i.S. von Nr. 11 auszugehen, wenn der Beitrag den Eindruck hervorruft, er sei nach diesen Kriterien gefertigt worden. Nicht zwingend muss dies daher tatsächlich der Fall sein, um das Tatbestandsmerkmal „Einsatz redaktioneller Inhalte" zu bejahen[11]. So liegt ein Einsatz redaktioneller Inhalte vor, wenn das werbende Unternehmen den Beitrag fertigt und durch die Gestaltung der Veröffentlichung beim durchschnittlich informierten, situationsadäquat aufmerksamen und verständigen Verbraucher der Eindruck einer unabhängigen Berichterstattung hervorruft[12]. Maßstab ist demnach allein das Verständnis eines durchschnittlich informierten, situationsadäquat aufmerksamen und verständigen Verbrauchers[13]. Ob der Beitrag durch das Unternehmen selbst verfasst und vom Redakteur übernommen wurde oder ob der Redakteur ihn selbst verfasst hat, ist unerheblich.

Bei Mitteilungen privater Personen in sozialen Netzwerken ist derzeit noch umstritten, ob diese Mitteilungen einen redaktionellen Teil aufweisen.[14] Die ablehnende Meinung lehnt die Anwendbarkeit des Anhangs zu § 3 Abs. 3 Nr. 11 UWG für konkrete Tätigkeiten auf Social Media-Kanälen als redaktionelle Inhalte ab.[15] Insoweit würden sich die Social- Media-Kanäle deutlich von den Youtube/TikTok Kanälen unterscheiden. Während Beiträge auf Youtube und TikTok durchaus redaktionellen Inhalt aufweisen, steht bei den Postings auf anderen Social-Media-Kanälen wie Facebook und Instagramm nicht selten die Produktanpreisung im Vordergrund. Nach dieser Meinung kann ein Verbraucher bei Beiträgen auf Social Media-

10 BGH, Urt. v. 6.02.2014 – I ZR 2/11, Rn. 24; OLG Hamburg, Beschl. v. 19.6.2012 – 5 W 58/12, Rn. 5; Fritzsche, Münker, Stollwerck (HrsG), Kommentar zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, Anh. zu § 3 Nr. 11, Rn. 11.2.

11 *Ahrens/Richter*, Fingierte Belobigungen im Internet, Eine lauterkeits- und vertragsrechtliche Analyse am Beispiel von Hotelbewertungsportalen, WRP 2011, S. 814, (816).

12 BGH, Urt. v. 6.02.2014 – I ZR 2/11, Rn. 24; BGH, Urt. v. 25.06.2020 – I ZR 74/19, Rn. 41.

13 BGH, Urt. v. 6.2.2014 – I ZR 2/11, Rn. 10; OLG Hamburg, Urt. v. 13.6.2013 – 3 U 15/12, Rn. 5.

14 *Köhler*, in Fritzsche, Münker, Stollwerck (HrsG), Kommentar zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, Anh. zu § 3 Nr. 11, Rn. 11.2; a.A. Scherer, Rezeption kommerzieller Kommunikation in sozialen Netzwerken durch minderjährige Nutzer, WRP 2019, S. 277, Rn. 22 ff.

15 OLG Karlsruhe, Urt. v. 9.9.2020 – 6 U 38/19, Rn. 92; *Köhler*, in Fritzsche, Münker, Stollwerck (HrsG), Kommentar zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, Anh. zu § 3 Nr. 11, Rn. 11.2. ; Schaub, Influencer und Lauterkeitsrecht- de lege lata und de lege ferenda, GRUR 2021, S. 1358 (1363).

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

Kanälen nach dem Gesamteindruck des Mediums nicht davon ausgehen, dass der Absender des Inhaltes ihm einen neutralen und objektiven redaktionellen Inhalt liefert[16]. Insbesondere würden auch gelegentliche Antworten auf Rückfragen der „Follower" keine Rückschlüsse auf redaktionell aufbereitete Berichterstattung über Themen von Allgemeininteresse zulassen[17]. Dem kann nicht gefolgt werden, so übernehmen die sozialen Medien im Allgemeinen und die Beiträge in diesen, gegenüber einem nicht unwesentlich, insbesondere jüngeren Teil der Allgemeinheit eine Information und Unterhaltungsfunktion ein, die neben die klassischen Medien und die klassische Berichterstattung getreten ist. Die Beiträge in diesen sozialen Medien können insbesondere mit den redaktionellen Inhalten klassischer (Mode-)Zeitschriften und anderer neuen Medien verglichen werden. Der Meinungsstreit wird durch die Rechtsprechung soweit erkennbar im Ergebnis ohne Verstoß gegen Anh. 3 Abs. 3 Nr. 11 UWG über § 5a Abs. 4 UWG gelöst.[18] Das mag auch durch die neue Vermutungsregelung in § 5a Abs. 4 S. 3 UWG zielführend sein, lässt jedoch die Frage nach der Qualifikation bzw. dem Anspruch an einen redaktionellen Inhalt unbeantwortet.

b) Einsatz zu Zwecken der Verkaufsförderung

Hinsichtlich des Begriffes der Verkaufsförderung gebietet sich eine weite Auslegung. Der Begriff der Verkaufsförderung umfasst damit generell alle Maßnahmen, die unmittelbar oder mittelbar dazu dienen den Absatz der Dienstleistungen oder waren zu fördern[19]. Sie erfasst daher auch die bloße Aufmerksamkeitswerbung, wie etwa die Erwähnung des Namens eines Produkts bzw. eines Unternehmens[20]. Nach diesem Verständnis bedarf es noch nicht einmal des Kenntlichmachens des in dem redaktionellen Beitrag erwähnten Produktes[21]. Ein Einsatz zu Zwecken der Verkaufsförderung ist daher dann anzunehmen, wenn der Unternehmer bei objektiver Betrachtung

16 *Büscher*, in Büscher (HrsG), Kommentar zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, 2. Aufl., Heidelberg 2021, Anhang zu § 3 Abs. 3 Nr. 11 UWG, Rn. 13.
17 LG Berlin, Urt. v. 24.5.2018 – 52 O 101/18, Rn. 28.
18 *Schaub*, Influencer und Lauterkeitsrecht- de lege lata und de lege ferenda, GRUR 2021, S. 1358 (1363); OLG Karlsruhe, Urt. v. 9.9.2020 – 6 U 38/19, Rn. 92; OLG Frankfurt, Beschl. v. 23.10.2019 – 6 W 68/19, Rn. 14.
19 BGH, Urt. v. 1.07.2010 – I ZR 161/09, Rn. 18.
20 BGH, Urteil vom 1. Juli 2010 – I ZR 161/09, Rn. 18.
21 *Köhler*, in Fritzsche, Münker, Stollwerck, Kommentar zum UWG, Anh. Zu § 3 Nr. 11, Rn. 11.3; a.A. Frank, in Harte-Bavendamm, Henning-Bodewig, Goldmann, Tolkmitt

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

darauf gerichtet ist, mittels des bezahlten redaktionellen Beitrags den Absatz seiner Produkte oder Dienstleistungen zu fördern. Eine entsprechende festzustellende Absicht des Unternehmers ist nach h.M. nicht erforderlich[22]. Denn auch wenn der kommerzielle Zweck im Ansatz auf eine subjektive Motivation des Unternehmers abstellt, kann rein praktisch ein Einsatz zu Zwecken der Verkaufsförderung nur anhand objektiver Indizien bestimmt werden[23]. Des Weiteren ist ein Verkaufsförderungszweck des Medienunternehmens oder des für den Beitrag verantwortlichen Redakteurs ebenfalls nicht erforderlich, jedoch anzunehmen, wenn sie dafür eine Bezahlung annehmen. Unerheblich ist zudem, ob es sich um einen von dem Medienunternehmen verfassten Beitrag oder um eine von dem werbenden Unternehmen zur Verfügung gestellte Arbeit handelt.[24]

2. Finanzierung durch den Unternehmer

Entschiedenstes Merkmal und in der jüngsten Rechtsprechung durch die Influencer-Entscheidungen des BGH viel diskutiert, ist die Finanzierung des redaktionellen Inhaltes durch einen Unternehmer. Einigkeit besteht dahingehend, dass auch nach der Intension der Richtlinie 2005/29/EG dieses Merkmal weit auszulegen ist, um Gesetzesumgehungen vorzubeugen[25]. Insbesondere ist es Zweck der Vorschrift, dass Vertrauen von Verbrauchern in die Neutralität redaktioneller Inhalte zu schützen und versteckte Werbung

(HrsG), Kommentar zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), 5. Aufl., München 2021, Anh. zu § 3 Abs. 3 Nr. 11, Rn. 20.

22 *Alexander*, in Herrmann/ Schlingloff, MünchKomm zum Lauterkeitsrecht Band 1, 3. Auflage, München 2020 Anhang zu § 3 Nr. 11 UWG, Rn 28; BGH, EuGH-Vorl. v. 25.6.2020 – I ZR 74/19, Rn. 21; BGH, Urt. v. 9.9.2021 – I ZR 125/20, Rn. 29; a.A. OLG Köln, Urt. v. 19. Februar 2021 – I-6 U 103/20, Rn. 62; Timmermann/Berndt, Werbekennzeichnungspflicht von Influencer-Kommunikation, WRP 2020, 996 (999): die zur Bejahung des kommerziellen Zweckes ein zusätzliches subjektives Tatbestandsmerkmal als sog. Werbeabsicht verlangen. Begründet wird dies insbesondere mit der französischen Sprachfassung des Art. 7 Abs. 2 der Richtlinie 2005/29/EG wonach es gerade darauf ankommt, dass der Unternehmer „seine wahre kommerzielle Absicht" nicht kenntlich macht („n`indique pass a vèritable intention commerciale").

23 BGH, EuGH-Vorl. v. 25.6.2020 – I ZR 74/19, Rn.21.

24 BGH, EuGH-Vorl. v. 25.6.2020 – I ZR 74/19, Rn. 30.

25 OLG Düsseldorf, Urt. v. 10.05.2011 – I-20 U 121/10, Rn. 30; EuGH, Urt. v. 2.09.2021 – C-371/20, Rn 36.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

im Interesse der Verbraucher und Wettbewerber zu verhindern.[26] Dieser Zweck kann nur erreicht werden, wenn unter Finanzierung/ Bezahlung im Sinne von Nr. 11 S. 1 des Anhangs I zur Richtlinie 2005/29/EG nicht nur die Zahlung eines Geldbetrages, sondern jeder geldwerter Vorteil – auch in Form von Gegenständen oder Dienstleistungen – verstanden wird, sofern ein eindeutiger Zusammenhang zwischen der in dieser Weise vom Unternehmen geleisteten Finanzierung und der Veröffentlichung des redaktionellen Inhaltes besteht[27]. Eine für den geldwerten Vorteil geltende Geringfügigkeitsschwelle ist ebenfalls nicht anzunehmen[28]. Mangels Geringfügigkeitsschwelle kann damit auch die kostenlos zur Verfügung gestellten Produkte, eine Finanzierung durch den Unternehmer darstellen[29]. Ebenfalls muss die Finanzierung nicht auf den konkreten redaktionellen Inhalt bezogen sein. Es genügt vielmehr, dass die Finanzierung ihn mitumfasst. Dies ist insbesondere bei einer z.B. pauschalen Vorabzahlung für noch zahlenmäßig unbestimmte Veröffentlichungen der Fall[30]. Zur Bejahung des Tatbestandsmerkmals Finanzierung ist jedoch zu verlangen, dass die Finanzierung als Gegenleistung für den redaktionellen Inhalt erfolgt, mithin dem für den redaktionellen Inhalt verantwortlichen ein Vermögenswert zufließt. Verlangt wird daher ein eindeutiger Zusammenhang zwischen der in der Weise vom Unternehmer geleisteten Finanzierung und der Veröffentlichung[31]. An diesem Zusammenhang soll es fehlen, wenn ein Unternehmer lediglich einen Interviewpartner eines Journalisten finanziert um indirekt eine für ihn vorteilhafte Berichterstattung zu beeinflussen[32]. Anders als die durch das „Gesetzes zur Stärkung des Verbraucherschutzes im Wettbewerbs- und Gewerberecht" neu in § 5a Abs. 4 S. 3 UWG geregelte Vermutensregelung einer Gegenleistung, muss im Rahmen der Anwendbarkeit des Anhang 11 zu § 3 Abs. 3 UWG die Finanzierung nachgewiesen werden. Dies ist in der Praxis jedoch häufig ein Problem, da der zahlende Unternehmer, noch der

26 EuGH, Urt. v. 2.09.2021 – C-371/20, Rn. 29; BGH, EuGH-Vorl. v. 25.6.2020 – I ZR 74/19, Rn. 15; BGH, Urt. v. 13.01.2022 – I ZR 35/21, Rn.62.

27 EuGH, Urt. v. 2.09.2021 – C-371/20, Rn. 49; BGH, Urt. v. 13.01.2022 – I ZR 35/21, Rn. 75.

28 BGH, Urt. v. 13.01.2022 – I ZR 35/21, Rn. 76.

29 *Lodigkeit*, Influencer-Marketing: Zur Kennzeichnungspflicht von Instagram-Beiträgen als Werbung („Influencer III"), jurisPR-ITR 7/2022 Anm. 5, Punkt D.

30 BGH, Urt. v. 6.02.2014 – I ZR 2/11, Rn. 27.

31 EuGH, Urt. v. 2.09.2021 – C-371/20, Rn. 49.

32 *Köhler*, in Fritzsche, Münker, Stollwerck (HrsG), Kommentar zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, Anh. zu § 3 Nr. 11, Rn. 11.4.; a.A. *Heermann*, Manipulierte Produktbewertungen im Lichte des Lauterkeitsrechts, WRP 2014, 509 (511).

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

bezahlte Medienunternehmer sowie der verantwortliche Redakteur kein Interesse haben die Finanzierung öffentlich zu machen. Allerdings kann sich der Schluss auf eine Unternehmensfinanzierung auch aus Indizien ergeben, etwa wenn in einem redaktionellen Beitrag nur ein Produkt genannt, der Beitrag mehrmals hintereinander veröffentlicht und von einer Anzeige des betreffenden Unternehmens flankiert wird[33]. Als Gegenbeweis kommen etwa Rechnungen zur eigenen Anschaffung in Betracht[34].

3. Keine eindeutige Erkennbarkeit des Werbecharakters

Da Anh. Nr. 11 zu § 3 Abs. 3 UWG als Fall der Irreführung durch Unterlassen zu werten ist, steht der Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit nicht in der eigentlichen Werbung, sondern in der fehlenden Aufklärung[35]. Dem Gebot der klaren Erkennbarkeit liegt die Erwägung zugrunde, dass die verschiedenen Formen kommerzieller Kommunikation im Interesse des Verbraucherschutzes und der Lauterkeit des Geschäftsverkehrs bestimmten Transparenzanforderungen genügen müssen. Insbesondere soll der Empfänger kommerzieller Kommunikation durch die Pflicht zur Kennzeichnung vor der Gefahr geschützt werden, dass ein Unternehmer sie über den kommerziellen Zweck seines redaktionellen Inhaltes im Unklaren lässt[36]. Diesbezüglich ist von einer Verschleierung bzw. einer fehlenden Erkennbarkeit des werbenden Charakters dann auszugehen, wenn das äußere Erscheinungsbild einer geschäftlichen Handlung so ausgestaltet ist, dass der Marktteilnehmer den geschäftlichen Charakter der Kommunikation nicht klar und eindeutig erkennen kann[37]. Eindeutige Erkennbarkeit setzt eine

33 OLG Düsseldorf, Urt. v. 10.5.2011 – I-20 U 121/10, Rn. 31.

34 LG Berlin, Urt. v. 24.5.2018 – 52 O 101/18, Rn. 28; Pfeifer, Kennzeichnungspflichten von Influencern bei der Darstellung von gratis überlassenen Produkten, jurisPR-WettbR 4/2022 Anm. 2, Punkt E.

35 *Büscher*, in Büscher (HrsG), Kommentar zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, 2. Aufl., Heidelberg 2021, Anhang zu § 3 Abs. 3 Nr. 11 UWG, Rn. 16; a.A. *Köhler*, in Fritzsche, Münker, Stollwerck (HrsG), Kommentar zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, Anh. zu § 3 Nr. 11, Rn. 11.1. nachdem mit Verweis auf LG Hamburg, Urt. v. 2.11.2010 – 312 O 355/10, Rn. 20. der Schwerpunkt auch in einer aktiven Täuschung von Werbung, statt redaktioneller Berichterstattung gesehen werden kann.

36 *Martini*, in Gersdorf, Paal (HrsG), BeckOK Informations- und Medienrecht, 16. Edition, München 2017, § 2 TMG, Rn. 25.

37 BGH, Urt. v. 30.06.2011 – I ZR 157/10, Rn. 25.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

klare, zweifelsfreie Aussage in gut wahrnehmbarer Form voraus, die keine analysierende Betrachtung erfordert. Die Frage, ob Hinweise in diesem Zusammenhang ausreichen, ist aus Sicht eines durchschnittlich informierten situationsadäquat aufmerksamen und verständigen Verbrauchers zu beurteilen. Auf der einen Seite ist bei der Schlussfolgerung des werbefinanzierten Charakters des redaktionellen Inhalts aus den Gesamtumständen Zurückhaltung geboten.[38] So setzt die Feststellung, ob ein redaktioneller Beitrag zugleich eine Werbung für das darin genannte Produkt darstellt, immer eine Fall zu Fall Bewertung voraus[39]. Auf der anderen Seite ist der Werbecharakter unzweifelhaft kenntlich zu machen. Eine Angabe durch die Wörter „Anzeige" oder „Werbung" genügt dann, wenn sie dem Beitrag klar zugeordnet und deutlich erkennbar ist[40]. Verlangt wird aber, dass die Kennzeichnung als Werbung nach Schriftart, Schriftgröße, Platzierung und Begleitumstände so eindeutig ist, dass eine Irreführung ausgeschlossen werden kann[41]. Nicht ausreichend ist demzufolge eine lediglich optische Abtrennung des Beitrages durch z. B. einen vertikalen oder horizontalen Strich bzw. die kontrastarm in weißer Schrift auf hellem Hintergrund in kleiner Schrift angebrachte Kennzeichnung mit dem Wort „Werbung"[42]. Wörter bzw. Begriffe wie „Werbebeitrag-Interview", „powered", „Promotion[43]" oder „sponsored by" sind inhaltlich ebenfalls nicht eindeutig und damit nicht ausreichend. Weiterhin ergibt sich aus dem Namen des Unternehmens bzw. der Nennung des Produktes grundsätzlich kein Hinweis auf den Werbeinhalt des redaktionellen Betrages. Wird ein redaktioneller Beitrag als Werbung gekennzeichnet ist dem Verbraucher die Werbeabsicht sowie der vom Unternehmen finanzierte Inhalt ersichtlich. Ist dies ausnahmsweise nicht Fall ist ein eindeutiger Hinweis auf die Unternehmensfinanzierung zu verlangen[44]. Bei Beiträgen in Bild und Ton kann der werbliche und damit unternehmensfinanzierte Charakter des redaktionellen Inhalts auch durch die Art der optischen oder akustischen Darstellung bzw. durch klar

38 Hanseatisches Oberlandesgericht Hamburg, Urt. v. 13.6.2013 – 3 U 15/12, Rn. 42.
39 BGH, Urt. v. 23.01.1997 – I ZR 238/93, Rn. 18.
40 BGH, EuGH-Vorl. v. 25.06. 2020 – I ZR 74/19, Rn. 41; Hanseatisches Oberlandesgericht Hamburg, Beschl. v. 28.06.2010 – 5 W 80/10, Rn. 9.
41 Hanseatisches Oberlandesgericht Hamburg, Urt. v. 4.08.2010 – 5 U 152/09, Rn. 28.
42 OLG Düsseldorf, Beschl. v. 28.05.2009 – I-20 W 46/09, Rn. 5.
43 OLG Düsseldorf, Urt. v. 7.09.2010 – I-20 U 124/09, Rn. 20.
44 OLG Karlsruhe, Urt. v. 7.05.2012 – 6 U 18/11, Rn. 64.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

erkennbare Töne und Bilder dargestellt werden[45]. Eine Kennzeichnung als Werbung ist nur dann nicht erforderlich, wenn das äußere Erscheinungsbild des Unternehmens finanzierten Beitrages so ausgestaltet wird, dass der Verbraucher den kommerziellen Zweck klar und eindeutig auf den ersten Blick erkenne kann, mithin keine Unklarheit hinsichtlich der Werbung besteht[46]. Dabei ist nicht ausreichend, wenn sich der werbliche Charakter eines redaktionellen Beitrages dem Verbraucher erst erschließt, wenn er ihn bereits zur Kenntnis genommen hat, denn dann ist er der Anlockwirkung bereits erlegen, die das Kennzeichnungsgebot gerade unterbinden soll und war der Werbebotschaft unvorbereitet ausgesetzt. Insbesondere soll die eindeutige Kennzeichnung des kommerziellen Charakters dem Verbraucher gerade die Möglichkeit verschaffen, sich auf den kommerziellen Charakter des redaktionellen Beitrages einzustellen, damit er von vornherein kritisch beurteilen oder sich ganz entziehen kann[47].

II. Zusammenfassung

Abschließend resümiert kann festgestellt werden, dass in Bezug auf die Unzulässigkeit der verdeckten Werbung durch die europäische und deutsche Rechtsprechung sowie den Gesetzgeber in den vergangenen zwei Jahren viele Unsicherheiten vor allem in Bezug auf die Tatbestandsmerkmale kommerzieller Zweck (Unternehmensfinanzierung) bzw. fehlende eindeutige Erkennbarkeit des Werbecharakters richtungsweisend entschieden sowie transparent und rechtsicher geregelt wurden. Gerade die umfassende Definition der Unternehmensfinanzierung als jeder geldwerte Vorteil, der damit auch Formen von Gegenständen oder Dienstleistungen erfasst, flankiert von einer widerlegbaren Vermutungsregelung zumindest in § 5a Abs. 4 S. 3 UWG, dass eine Gegenleistung gewährt oder versprochen wurde sind zu begrüßen. In diesem Zusammenhang wäre zudem wünschenswert, dass gerade in Bezug auf die neuen Social-Media-Medien wie bspw. Instagramm oder Facebook die für einen nicht unerheblichen Teil der zumeist jüngeren Bevölkerung immer wichtiger werden, Klarheit hinsichtlich Anforderungen und der Qualität redaktioneller Inhalte aufgestellt werden. Insbesondere

45 *Köhler*, in Fritzsche, Münker, Stollwerck (HrsG), Kommentar zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, Anh. zu § 3 Nr. 11, Rn. 11.1.

46 BGH, Urt. v. 30.06.2011 – I ZR 157/10, Rn. 18.

47 OLG München, Urt. v. 9.07.2011 – 29 U 2026/08, Rn. 50; BGH, Urt. v. 9.09.2021 – I ZR 125/20, Rn. 35.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

ist zu berücksichtigen, dass Hauptnutzer solcher Social-Media Accounts zumeist jüngere, zum Teil noch minderjährige Nutzer sind, deren Schutz aufgrund mangelnder Erfahrung und damit leichterer Beinflussbarkeit im Vordergrund stehen sollten.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

Rechtspolitische Implikationen der Entwicklung und der Herausforderungen des humanitären Völkerrechts

Rainer Wolf

„Inter arma silent leges." Diese von Cicero in seiner Verteidigungsrede für Titus Annius Milo getroffene Feststellung verfehlt die Rechtswirklichkeit der modernen Welt. [1] *Krieg wird seit 150 Jahren durch einen an Umfang und Regelungstiefe ständig zunehmenden Kanon des Völkerrechts eingehegt. Allerdings hinkt die Verrechtlichung militärischer Gewalt der Entwicklung der Kriegstechnik und der Gewaltstrategien regelmäßig hinterher. Kriege zwischen souveränen Staaten sind selten geworden. Dagegen nehmen Anzahl und Virulenz von Bürgerkriegen zu. Die sog. „asymmetrischen militärischen Konflikte" erschweren die Durchsetzung von rechtlichen Regelungen, die auf die Limitierung der Konfliktstrategien gleichgeordneter Konfliktparteien beruhen. Der Terrorismus stellt eine neue Herausforderung dar. Die Akteure terroristischer Bewegungen negieren nicht nur jegliche Bindung an verpflichtende Regeln des Völkerrechts, auch viele der angegriffenen Staaten, insbesondere die USA als Hauptträger des „war on terror", neigen dazu, bei der Bekämpfung des Terrorismus zu Mitteln zu greifen, die weder mit den völkerrechtlichen Anforderungen noch den Regelungen des Strafrechts konform gehen. Dies führt zu einer Krise des humanitären Völkerrechts.*

I. Ius ad bellum und ius in bello

Gegenstand des humanitären Völkerrechts sind Kriege. Im klassischen Staatenkrieg bekämpfen sich souveräne Staaten mit militärischen Mitteln. Im Bürgerkrieg ringen politische Gruppierungen durch die Ausübung von Gewalt um die politische Herrschaft. Der Begriff des konventionellen Krieges ist eng mit der Herausbildung moderner Staatlichkeit verbunden. Der Staat verfügt nach Max Weber über das Monopol des legitimen physischen

1 *Marcus Tullius Cicero*, Pro Milone, in: Cicero, Pro Milone, hgg von Marion Giebel, 1992.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

Zwanges. [2] Die Herausbildung von souveränen Landesherren beseitigte nach und nach die konkurrierenden Herrschaftsverbünde feudaler Partialgewalten des Adels, der Grundherren, der Kirche, von Städten oder Universitäten und konstituierte im Inneren einen Raum des landesherrlichen Gewaltmonopols, das den Einsatz von Gewalt dem Landesherrn vorbehielt und im Übrigen Gewaltabstinenz zwischen den gesellschaftlichen Gruppen und Individuen forderte. In der Folge wurden der Ausübung des innerstaatlichen Gewaltmonopols gegenüber den gewaltunterworfenen Untertanen rechtsstaatliche Grenzen gesetzt. Die Ausübung hoheitlicher Gewalt wurde Aufgabe der Polizei, auf die Abwehr von Gefahren für die öffentliche Sicherheit und Ordnung begrenzt und an die Beachtung rechtsstaatlicher Schranken gebunden. Entscheidend für die Aufrechterhaltung des staatlichen Gewaltmonopols ist nicht die ständige Ausübung repressiver Gewalt, sondern die Anerkennung der Legitimität der staatlichen Institutionen, denen die Kompetenz zur Ausübung von Gewalt vorbehalten ist, durch die Untertanen. Dies gewährleistet nicht Konfliktfreiheit in der Gesellschaft, sondern Gewaltfreiheit ihrer Austragung. Die Ausübung von Gewalt durch nicht-staatliche Akteure signalisiert dagegen soziale Anomie. Gegen ihre kriminellen Aktionen wird das staatliche Gewaltmonopol mobilisiert. Schwindet seine Legitimität, weil politische Gruppierungen mit Gewalt gegen das politische Regime rebellieren oder sich untereinander bekämpfen, entsteht die Gefahr des Ausbruchs eines Bürgerkrieges. [3]

In der internationalen Interaktion der Staaten hat sich ein dem innerstaatlichen Gewaltmonopol vergleichbares Monopol der Gewaltausübung historisch nicht entfalten können. Souveräne Staaten unterstehen keiner höherrangigen Gewalt und unterliegen keinen Bindungen, die sie nicht freiwillig eingegangen sind. Nach außen kennzeichnete es vielmehr die Souveränität des Landesherrn, dass aus ihr auch die Befugnis zur Anwendung von Gewalt gegenüber anderen gleichermaßen als souverän anerkannten Gewaltmonopolisten abgeleitet wurde. Das „ius ad bellum" war nach 1648 die logische Konsequenz aus der im System des Westfälischen Friedens vorgenommenen Gleichordnung souveräner europäischer Herrscher. Danach sind alle Landesherren, die bei der Verfolgung ihrer politischen Ziele keine höhere Gewalt über sich anerkennen müssen, durch diese symmetrische Konstellation gleichermaßen frei in der Wahl ihrer Mittel

2 *Max Weber*, Wirtschaft und Gesellschaft (1922), 1972, S. 29.
3 Vgl. zur Genealogie des Bürgerkriegs *David Armitage*, Bürgerkrieg. Vom Wesen innerstaatlicher Konflikte. 2018.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

bei der Austragung von Konflikten. Insofern können sie auch den Krieg als „Fortsetzung der Politik mit anderen Mitteln" nutzen. [4] Daher sind Kriege, wie Hugo Grotius ausführte, weder als gerecht noch als ungerecht zu qualifizieren. Allein ihre förmliche Erklärung durch den Herrscher adle einen schlichten Gewaltakt zum Dokument der Souveränität und mache ihn von Räuberei und Piraterie unterscheidbar. [5] Dies bedeutet allerdings nicht, dass sich die kriegführenden Staaten nicht auch um eine politische Rechtfertigung ihrer Territorialkonflikte bemühen mussten. Gründe dafür gab es viele: Durchsetzung von Erbstreitigkeiten, verletzte Ehre oder überkommene territoriale Besitzansprüche.

Das 17. Und 18. Jahrhundert war das Zeitalter der Kriege zwischen den europäischen Staaten. Es gab kaum ein Jahr, in dem nicht Krieg geführt wurde. Dabei änderte sich auch die Organisation ihrer Gewaltpotenziale. Wie im Inneren wurde auch im Äußeren die Ausübung der Gewalt professionalisiert. [6] Zunächst stellten die Landesherren zur Führung ihrer kriegerischen Auseinandersetzungen vom 15. Jahrhundert bis zum Ende des Dreißigjährigen Krieges zum Teil unter Mitwirkung „privater Gewaltunternehmer" Söldnerheere auf, die Bewaffnung und Kleidung selbst stellen mussten und ihren Unterhalt zumeist aus der Plünderung des feindlichen Territoriums bezogen. Vergleichbares entwickelte sich auf See. Der Kaperbrief des regierenden Landesherren machte aus einem illegalen Piraten einen legalen Freibeuter. [7] Die Kriegführung zielte dabei mehr auf die Erschöpfung des Landes, das mit Krieg überzogen wurde, als auf die militärische Unterwerfung des Feindes. Wegen der notorischen Unzuverlässigkeit der Söldnerheere und gestiegener Kosten für die schwere Artillerie, die eine Finanzierung durch private Gewaltunternehmer nicht mehr zuließen, wurden sie ab dem 17. Jahrhundert durch stehende Heere abgelöst, deren Unterhalt nunmehr durch kontinuierlich fließende Steuern aus dem Staatshaushalt gewährleistet werden musste. Die Soldaten wurden durch Drill und Manöver diszipliniert sowie ab dem 18. Jahrhundert durch Uniformie-

4 *Carl von Clausewitz*, Vom Kriege (1832), 1990, S. 34.

5 *Hugo Grotius*, De iure belli ac pacis (1625), 1950, S. 439.

6 Damit wird nicht in Abrede gestellt, dass es Kriege auch in der Antike und im Mittelalter gegeben hat, sondern lediglich der Zusammenhang der Führung von Kriegen der Neuzeit mit Streitkräften, die uniformiert, durch Drill diszipliniert und mit Schußwaffen bewaffnet, in die Schlacht ziehen, mit dem modernen Territorialstaat betont (vgl. zur Geschichte: *Martin van Creveld*, Gesichter des Krieges. Der Wandel bewaffneter Konflike von 1900 bis heute. 2006; *Margaret Macmillan*, Krieg, 2021).

7 Vgl. dazu *Daniel Heller-Roazen*, Der Feind aller. Der Pirat und das Recht. 2010, S. 155 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

rung und Kasernierung auch räumlich und sozial von der Bevölkerung abgesondert.

Aus der Perspektive des europäischen Staatenkrieges des 17. und 18. Jahrhunderts wird nach von Clausewitz Krieg von Staaten gegen andere Staaten geführt, um mit einem „Akt der Gewalt … den Gegner zur Erfüllung unseres Willens zu zwingen." [8] Das Mittel dazu ist die „Vernichtung der Streitkraft des Gegners" im Gefecht. [9] Die Kampfhandlungen kulminieren idealtypisch in der Entscheidungsschlacht. [10] Im Gefecht besteht dabei regelmäßig eine symmetrische Konstellation, in der derjenige, der tötet, zugleich das Risiko eingeht, getötet zu werden. Dabei gibt es bei der Anwendung von Gewalt nach Maßgabe der Logik militärischen Handelns „keine Grenzen," [11] da jeder, der sich „dieser Gewalt rücksichtslos, ohne Schonung des Blutes bedient, ein Übergewicht" erhalten muss, „wenn der Gegner es nicht tut". [12] Entscheidend für den militärischen Erfolg ist dabei die Konzentration der Kräfte in Raum und Zeit. Militärische Aktionen verlaufen daher zeitlich präzise koordiniert und räumlich streng geordnet. Die feindlichen Truppen organisieren sich hinter Frontlinien. Räume der Gewaltanwendung werden damit von Räumen geschieden, in denen keine Gewalt ausgeübt wird. Durch Bewaffnung und Uniformierung sind auch die Kombattanten von den Nichtkombattanten deutlich zu unterscheiden. Krieg wird nach Regeln erklärt und durch ebensolche auch wieder durch Friedensvertrag beendet. Dadurch sind die Sphären von Krieg und Frieden strikt geschieden. [13]

Obwohl seit jeher eine Vielzahl interner Regeln der militärischen Disziplinarordnungen, [14] in denen sich Überreste des ritterlichen Ehrenkodex spiegelten, die Ausübung von Gewalt zu regeln versuchten, fehlten rechtlich bindende Regelungen zur Kriegführung im Sinne eines kodifizierten „ius in bello", das für die Konfliktparteien verbindlich ist, weitgehend. Allerdings

8 *Von Clausewitz* (Fn. 4), S. 17.
9 *Von Clausewitz* (Fn. 4), S. 204.
10 *Von Clausewitz* (Fn. 4), S. 229 ff.
11 *Von Clausewitz* (Fn. 4), S. 18.
12 *Von Clausewitz* (Fn. 4), S. 17.
13 Vgl. dazu *Grotius* (Fn. 5), S. 558.
14 Vgl. dazu als prominentes Beispiel den von *Francis Lieber* für den amerikanischen Bürgerkrieg verfassten „Code for the Government of Armies in the Field as Authorized by the Laws and Usage of War on Land", 1863; umgesetzt in „General Orders No. 100" (vgl. dazu Macmillan (Fn. 6) sowie *Tanisha Fazal*, Kein Recht im Krieg ? Nicht intendierte Folgen der völkerrechtlichen Regelung bewaffneter Konflikte, 2019, S. 16).

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

führt nicht zuletzt das Ziel, eine Beendigung des Krieges durch einen Friedensschluss zu ermöglichen, dazu, dass sich die kriegführenden Parteien auch als Feinde grundsätzlich respektieren. [15] Es konstituiert „Gleichheit auf dem Schlachtfeld" für alle Kriegsparteien, [16] ungeachtet, ob sie für ihre militärischen Aktionen gute oder schlechte Gründe geltend machen können. Der „gerechte Feind" [17] kann ein Minimum an Achtung erwarten. Dies unterscheidet zugleich die militärische Gewalt regulärer Streitkräfte von den Gewaltpraktiken von Kriminellen. Dem gefangengenommenen Feind droht, anders als dem Verbrecher, irregulären Kämpfer oder Piraten, daher keine Kriminalstrafe.

Ein wichtiger Entstehungsgrund für die rechtlich verbindliche Ächtung von bestimmten Kriegshandlungen durch völkerrechtliche Übereinkommen war, dass „das 19. Jahrhundert ein bis dahin in den Annalen der westlichen Zivilisation nie dagewesenes Phänomen (zutage brachte), nämlich einen hundertjährigen Frieden, der von 1815 bis 1914 dauerte. (…) England, Frankreich, Preußen, Österreich, Italien und Rußland (waren) nur insgesamt achtzehn Monate lang in Kriege miteinander verwickelt." [18] Verhandlungen traten an die Stelle von militärischen Konfliktlösungen. So fanden zwischen 1794 und 1914 rund 300 inter- und binationale Vermittlungsversuche statt, über die Hälfte davon zwischen 1890 und 1914. [19] Die Erfahrung, dass Kriege kein Dauerphänomen zwischen Staaten sein müssen, und das zeitlich und räumlich limitierte Kontrasterlebnis des deutsch-französischen Krieges, des Krim- und amerikanischen Bürgerkrieges sowie des Kampfes um ein freies und einiges Italien, in denen sich die Schrecken des Krieges besonders deutlich manifestierten, gaben Raum für die Idee, unter den Staaten Regeln für die Sonderkonstellation des Krieges zu entwickeln. Die Anfänge des Kriegsvölkerrechts versuchen damit, das Projekt der rechtsstaatlichen Zähmung des staatlichen Gewaltmonopols im Inneren auf die externe Gewaltausübung zwischen Staaten zu übertragen. Da durch die Gleichordnung der souveränen Staaten eine symmetrische Konstellation unterstellt wird, kann auch die grundsätzliche Anerkennung der vereinbarten rechtlichen Regelungen durch alle beteiligten Parteien

15 *Carl Schmitt*, Theorie des Partisanen. Zwischenbemerkung zum Begriff des Politischen. 1975, S. 16.
16 *Michael Walzer*, Gibt es den gerechten Krieg?, 1982, S. 204.
17 *Schmitt* (Fn. 15), S. 40.
18 *Karl Polanyi*, The Great Transformation. Politische und ökonomische Ursprünge von Gesellschaften und Wirtschaftssystemen. 1978, S. 21.
19 *Macmillan* (F. 6), S. 284.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

erwartet werden, sofern sie denn aus europäischer Perspektive den Status „zivilisierter Gesellschaften" erreicht haben. Ausgenommen davon waren daher Kriege gegen nichtchristliche Staaten und militärische Operationen in den Kolonien. [20]

Die Möglichkeit zur rechtlichen Einhegung des Krieges resultiert dabei aus den gesellschaftlichen Verhältnissen, aus denen dieser selbst hervorgeht, und durch die „er bedingt, eingeengt, ermäßigt" wird. [21] Dabei wird eine offenkundige Paradoxie zwischen der prinzipalen Grenzenlosigkeit des Krieges und den Versuchen seiner Begrenzung sichtbar. „Die größte Wohltat im Krieg", schreibt von Moltke, „ist die schnelle Beendigung des Krieges, und dazu müssen alle nicht gerade verwerflichen Mittel freistehen." [22] Die militärische Notwendigkeit wird damit sowohl zur rechtfertigenden Grundlage als auch zur limitierenden Grenze des zulässigen Einsatzes militärischer Mittel. [23] Verwerflich können daher insbesondere Handlungen sein, die die schnellstmögliche Beendigung des Krieges nicht fördern, weil sie sich nicht gegen Kombattanten, sondern gegen nicht mehr kampffähige Verwundete und Nichtkombattanten richten. Dies gibt die Möglichkeit, das Unnötige und Übermäßige aus dem legalen Spektrum militärischer Gewalt zu verbannen.

Seit Henri Dunant steht das Völkerrecht im Zeichen des Versuchs, die Ausübung von Gewalt in Kriegen durch Recht zu limitieren. Zunächst wurden 1864 in der Genfer Konvention Verwundete, das Sanitätspersonal und seine Einrichtungen von der Anwendung zulässiger militärischer Gewalt ausgenommen. Dann sollten auch andere Nichtkombattanten verschont werden. Neben dem sog. „Genfer Recht" entstand unter dem dominierenden Einfluss des Militärs von 1899 bis 1907 das sog. „Haager Recht". [24] Es untersagte als Annex des Kriegsrechts bestimmte Mittel und Methoden der Kriegführung. Auch der Beginn von Kriegen wurde formalisiert. Er bedarf nach Maßgabe der Haager Landkriegsordnung der Erklärung (Art. 1 HLKO). Im Weiteren wurde in Art. 22 HLKO festgehalten, dass „die Kriegführenden (…) kein unbeschränktes Recht in der Wahl der Mittel zur Schädigung des Feindes" besitzen. Dementsprechend wurde grundsätzlich der gezielte Einsatz militärischer Gewalt gegen alle Zivilpersonen geächtet,

20 *Fazal* (Fn. 14), S. 23.
21 *Von Clausewitz* (Fn. 4), S. 18.
22 Zit. nach *Walzer* (Fn. 16), S. 85.
23 Vgl. auch *Michael Bothe*, Friedenssicherung und Kriegsrecht, in: Wolfgang Graf Vitzthum/Alexander Proelß (Hg.), Völkerrecht, 2016, S. 640.
24 RGBl. 1910 S. 107.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

die nicht an den Kampfhandlungen beteiligt sind. Der Angriff auf unverteidigte Städte wurde untersagt (Art. 25 HLKO). Schließlich wurde auch kulturellen Gütern ein besonderer Schutzstatus verliehen. Sie sind so weit wie möglich zu schonen (Art. 27 HLKO). Plünderungen wurden untersagt (Art. 47 HLKO). Durch diese Kodifikationen wurde die Kriegführung an die Einhaltung von Regeln gebunden, die das militärisch Erforderliche vom Einsatz unnötiger und damit unverhältnismäßiger Gewalt trennten. Wird gegen sie verstoßen, stellt sich die damals offen gelassene Frage nach der Ahndung von Kriegsverbrechen.

II. Die Begrenzung des Krieges durch den Ausschluß übermäßiger Gewaltpraxen und seine Entgrenzung durch Technik

Der Erste Weltkrieg markiert eine Zäsur im hergebrachten Staatenkrieg. Er erweiterte nicht nur den Kreis der an den militärischen Auseinandersetzungen Beteiligten zu einem alle Weltmächte betreffenden Konflikt und dehnte den Raum, in dem militärische Kampfhandlungen durchgeführt wurden, auf weite Gebiete der Erde aus, gleichzeitig unterminierte die Entwicklung der Kriegstechnik die Basis der bis dahin unternommenen Versuche, den Krieg rechtlich einzuhegen. Sie führte zur Einführung von Maschinengewehren, weitreichender Artillerie, Panzern, Chemiewaffen, Flugzeugen und Unterseebooten. Mit ihnen wurde die symmetrische Konstellation des Tötens und Getötetwerdens nicht nur im Gefecht aufgehoben, sondern auch die Begrenzung des Kriegsgeschehens auf die kämpfende Truppe. Der Luftkrieg richtet sich nicht mehr nur gegen militärische Verbände, sondern bevorzugt gegen die Infrastruktur, die Zentren der Kriegsproduktion und letztlich gegen die gesamte Bevölkerung des feindlichen Staates. Auch die Unterseeboote nehmen nicht nur feindliche Kriegsschiffe ins Visier, sondern auch Schiffe der Handelsmarine und sogar solche, die unter neutraler Flagge fahren. Die vormals leichte Unterscheidbarkeit von Kombattanten und Nichtkombattanten wurde hinfällig. Die zunehmende Abhängigkeit von Kommunikations- und Mobilitätsinfrastrukturen verdeutlicht, dass Kriege nicht mehr nur an der Front entschieden werden. Die von den neuen Waffen erwarteten strategischen Vorteile überwogen in den Augen der

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

Militärs die mit dem Einsatz von militärischer Gewalt gegen Zivilpersonen verbundenen politischen Nachteile. [25]

Andererseits war die Durchführbarkeit von Kriegen grundsätzlich in Frage gestellt. Bereits Ende des 19. Jahrhunderts wurden finanzielle Aufwendungen für das Militär in immer höherem Umfang erforderlich. Daraus konnte abgeleitet werden, dass zumindest die Führung längerfristiger kriegerischer Auseinandersetzungen zu schweren ökonomischen Belastungen gerade auch der fortgeschrittensten Länder führen werde. [26] Die technisch hochgerüstete Kriegsmaschinerie verlangte die Mobilisierung aller gesellschaftlichen Kräfte. Ausschlaggebend für den Sieg waren nicht mehr allein Truppenstärke und Ausrüstung sowie militärische Strategie und Tapferkeit, sondern zunehmend überlegene wirtschaftliche und technische Ressourcen. Über Sieg oder Niederlage entschied nicht mehr die Kulmination des Kriegsgeschehens in einer Entscheidungsschlacht, sondern die Erschöpfung der Kräfte in einem lang andauernden Abnutzungskrieg. Es zeigte sich, dass Kriege zwischen den wirtschaftlich führenden Staaten im 20. Jahrhundert verheerende Folgen nicht nur für die Verlierer, sondern auch für die militärischen Sieger haben. So erholte sich Frankreich ökonomisch von den Folgen des Ersten Weltkrieges bis zum Ausbruch des Zweiten Weltkrieges nicht mehr. Großbritannien verlor nach 1945 nicht zuletzt infolge der Erschöpfung seiner ökonomischen Potenziale seine Stellung als Weltmacht. Der Zweite Weltkrieg besiegelte den Verlust der Kolonien für alle europäischen Staaten. Der Realitätsgehalt der These, dass der Krieg die Fortführung der Politik mit anderen Mitteln sei, steht seitdem zumindest für die Auseinandersetzung zwischen entwickelten Staaten in Frage.

In den beiden großen Katastrophen des zwanzigsten Jahrhunderts, die es zum mörderischsten „von allen" machten, [27] wurden in der Realität der Kriegspraktiken die bis dahin erreichten rechtlichen Einhegungen militärischer Gewalt untergraben, andererseits wurde aber auch die politische Einsicht in die Notwendigkeit der friedlichen Lösung von Konflikten gestärkt. Jedoch blieb nach Ende des Ersten Weltkrieges die Erkenntnis, dass das Führen von Kriegen zu kontraproduktiven Folgen führt, zunächst der Er-

25 Vgl als Protagonisten solcher Überlegungen *Erich Ludendorff*, Der totale Krieg, 1999 (Faksimile der Ausgabe von 1939).

26 Vgl. bereits *Friedrich Engels*, Einleitung zu Marx' ‚Klassenkämpfe in Frankreich', MEW 22, S. 509 ff.

27 *Eric J. Hobsbawm*, Das Zeitalter der Extreme. Weltgeschichte des 20. Jahrhunderts. 1998 , S. 28.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

folg in der Praxis versagt. Die mit dem Völkerbund intendierte Institutionalisierung einer verbindlichen globalen Friedensordnung wurde umgehend wieder in Frage gestellt. Das 1928 im Briand-Kellog-Pakt verkündete Verbot des Angriffskrieges wurde selbst von vielen seiner 62 Unterzeichnerstaaten unterlaufen. Das diskutierte Verbot des Luftkriegs wurde gar nicht erst als verbindliche Norm des Völkerrechts verabschiedet. Erst der Zweite Weltkrieg gab den Bemühungen zur Weiterentwicklung des Völkerrechts neuen Auftrieb. Die theoretischen Grundlagen dafür hatten zwei polnische Juristen gelegt. Vor dem Hintergrund des Holocaust entwickelten Hersch Lauterpracht das Konzept des Verbrechens gegen die Menschlichkeit [28] und Raphael Lemkin die Theorie vom Völkermord. [29] Durch die Siegermächte wurden die nationalsozialistischen Untaten als Verbrechen gegen den Frieden, Verbrechen gegen die Menschlichkeit und Kriegsverbrechen vor den Internationalen Militärgerichtshof in Nürnberg gebracht. Entsprechendes geschah durch das Tribunal von Tokyo. Auf die totale Negation des Rechts erfolgte damit eine fundamentale Remoralisierung der Ausübung von Gewalt. Sie schlug sich 1948 völkerrechtlich in der Konvention über die Verhütung und Bestrafung des Völkermords nieder. [30] Allerdings war ihr in den folgenden 50 Jahren kein entscheidender Erfolg in der Praxis beschieden, da ihre Umsetzung in die Hände von Staaten gelegt war, die die von ihnen ausgeübten Gewaltpraktiken weiter als interne Angelegenheit betrachteten.

Die durch die beiden Weltkriege verursachten Katastrophen gaben jedoch Anstoß zu einer grundlegenden Reorganisation der internationalen Beziehungen. Mit der Gründung der Vereinten Nationen wurde versucht, ein weltweites System der kollektiven Sicherheit zu etablieren. Maßgebliche Eckpunkte dafür sind das Gewaltverbot und die Befugnisse des Sicherheitsrates der Vereinten Nationen zu seiner Durchsetzung. In Art. 2 Nr. 3 der Charta der Vereinten Nationen verpflichten sich die Staaten, ihre internationalen Streitigkeiten durch friedliche Mittel beizulegen. Art. 2 Nr. 4 fordert von ihnen den Verzicht auf die Androhung und Anwendung von Gewalt. Nach Art. 33 Abs. 1 sollen Streitigkeiten durch friedliche Mittel beigelegt werden. Das so geschaffene internationale Recht erhält damit

28 *Hersch Lauterpacht*, The Law of Nations, the Law of Nature and the Rights of Man, 1943.

29 *Raphael Lemkin*, Totally Unofficial, hgg. von Donna-Lee Frice, 2013; vgl. dazu *Philippe Sands*, Rückkehr nach Lemberg, 2018.

30 BGBl. 1954 II S. 729.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

die Rolle eines „Gentle Civilizer of Nations". [31] Es kann als „ius contra bellum" [32] interpretiert werden, denn es wird der Krieg als Mittel der Politik grundsätzlich geächtet. Als Ausnahme wird einzig das individuelle und kollektive Recht zur Selbstverteidigung (Art. 51) im Falle eines bewaffneten Angriffs bejaht. Es setzt die Anwendung militärischer Gewalt einer gewissen Intensität voraus [33] und endet, wenn der Sicherheitsrat der UN die zur Wahrung des Weltfriedens und der internationalen Sicherheit erforderlichen Maßnahmen getroffen hat. Er trägt nach Art. 24 der Charta der Vereinten Nationen die Hauptverantwortung für die Wahrung des Weltfriedens und kann im Fall seiner Bedrohung oder seines Bruchs nach Art. 39 Maßnahmen zu seiner Wahrung oder Wiederherstellung beschließen. Dazu gehören nach Art. 42 militärische Sanktionsmaßnahmen, zu denen auch Drittstaaten ermächtigt werden dürfen. [34] Allerdings ist das Verbot des Angriffskrieges weder eindeutig noch strikt. Es stellt sich vielmehr das Anschlussproblem, ob es sich auch auf Präventiv- oder Präemptivmaßnahmen erstreckt. [35] Wird dies verneint, öffnet sich die Option, sie für verdeckte offensive Zwecke zu nutzen. Offen bleibt weiter die völkerrechtliche Bewältigung von Fällen von niedrigschwelligen Aggressionen, die das Niveau einer Störung des Weltfriedens und der internationalen Sicherheit nicht erreichen. Menschenrechtsverletzungen, die ein Staat an seinen Bürgern verübt, geraten in die Grauzone des völkerrechtlichen Interventionsverbotes, obwohl Art. 55 lit. c der Charta der UN diese zur Achtung und Verwirklichung der Menschenrechte verpflichtet. [36]

Das völkerrechtliche Gewaltverbot reflektiert in paradoxer Weise die nach Ende des Zweiten Weltkriegs existierende globale realpolitische Konstellation. Durch die Konfrontation zwischen Ost und West entstanden die militärischen Bündnisse der NATO und des Warschauer Paktes. Die zwischen ihnen bestehenden Spannungen führten zu einer ständigen Bedrohung des Weltfriedens. Andererseits waren Kriege zumindest zwischen

31 *Martti Koskenniemi*, The Gentle Civilizer of Nations. The Rise and Fall of International Law 1870 – 1960. 2002.

32 *Bothe* (Fn. 23), S. 596.

33 Vgl. ICJ-Rep. 1986, 104 (Nicaragua./.US); Bothe (Fn. 23), S. 606.

34 Nur zwei zwischenstaatliche Kriege, der Korea- und der zweite Golfkrieg, gingen mit der Autorisierung durch den Sicherheitsrat einher (*Fazal* (Fn. 14), S. 14).

35 Vgl. *Claus Kreß*, Staat und Individuum in Krieg und Bürgerkrieg, NJW 1999, 3077 ff.; *Dietrich* Murswiek, Die amerikanische Präventionsstrategie und das Völkerrecht, NJW 2003, 1014 ff.

36 Vgl. dazu *Ulrich K. Preuß*, Der Kosovo-Krieg, das Völkerrecht und die Moral, in: Reinhard Merkel (Hg.), Der Kosovo-Krieg und das Völkerrecht, 2000, S. 120 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

diesen Blöcken wegen des Destruktionspotenzials von Kernwaffen, über die beide Seiten verfügten, undenkbar geworden. Unter dem Menetekel des Atomkriegs erstarrte der Konflikt zwischen dem von den Vereinigten Staaten geführten Westen und dem von der Sowjetunion dominierten Osten zum Kalten Krieg. Im Schatten des nuklearen Overkills verdichteten sich ab den siebziger Jahren des letzten Jahrhunderts die Beziehungen der beiden Blöcke zueinander. Statt Konfrontation entwickelte sich die Politik der „friedlichen Koexistenz." In diversen Rüstungskontrollabkommen wie dem Atomwaffensperrvertrag, SALT I und II sowie START wurden Ansätze einer Kooperation zwischen den Blöcken militärischer Macht geregelt. Leitbild war, das Gleichgewicht zwischen den Blöcken zu sichern und ihre Destabilisierung zu verhindern. Zur kooperativen Friedenssicherung wurden gemeinsame Organisationen wie die KSZE bzw. OSZE ins Leben gerufen. Die militärischen Konfrontationen verlagerten sich an die Blockgrenzen.

Vor diesem politischen Hintergrund entwickelte sich nach 1945 auch das ius in bello weiter. Von der 1949 verabschiedeten Menschenrechtskonvention gingen dafür maßgebliche Impulse aus. Dafür stehen die vier Genfer Abkommen von 1949. [37] Das erste Abkommen befasste sich mit dem Schutz von Verwundeten im Landkrieg. Das zweite Abkommen widmete sich dem Schutz von Verwundeten und Schiffbrüchigen im Seekrieg. Das dritte Abkommen behandelte den Schutz von Kriegsgefangenen. Sie müssen mit Menschlichkeit behandelt werden (Art. 13). Kriegsgefangene dürfen interniert, aber nicht wegen ihrer Teilnahme an Kampfhandlungen bestraft werden (Art. 21). Sie sind nach Beendigung der aktiven Feindseligkeiten freizulassen (Art. 118). Das vierte Abkommen verbesserte den Schutz der Zivilbevölkerung. Es verbietet Vergewaltigung (Art. 27), Folter (Art. 31) und den Einsatz menschlicher Schutzschilde (Art. 28). Mit der Akzentuierung des Schutzes der Zivilbevölkerung wurde die Umorientierung des Regulationshorizontes des Kriegsrechts zum humanitären Völkerrecht eingeleitet. Art. 2 Abs. 3 verpflichtet den Unterzeichnerstaat, selbst wenn sich die gegnerische Kriegspartei nicht an das Abkommen hält. Darüber hinaus erweitert es seine Geltung in Art. 3 auch auf bewaffnete Konflikte nicht-internationalen Charakters, die auf dem Gebiet einer Vertragspartei entstehen. Danach sind Personen, die nicht unmittelbar an den Feindseligkeiten teilnehmen, und Mitglieder der Streitkräfte, die die Waffen gestreckt haben,

37 BGBl. 1954 II S. 783; 813; 838; 917.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

oder sonstwie außer Kampf gesetzt sind, mit Menschlichkeit zu behandeln (Art. 3 Nr. 1). Nicht geschützt sind dagegen Angehörige eines Staates, der das Übereinkommen nicht unterzeichnet hat (Art. 4 Abs. 2). In der Folge wurden durch weitere Abkommen besonders problematische Methoden der Kriegsführung geächtet und der Schutz der Zivilbevölkerung gestärkt. Dies betraf zunächst die Zerstörung von Kulturgütern. [38] Untersagt wurden im Weiteren nicht mehr nur militärisch unnötige Maßnahmen, sondern auch übermäßige und schlechthin inakzeptable militärische Gewaltmittel. So etwa der Einsatz und die Verfügung über bakteriologische [39] und chemische Waffen [40] sowie von Antipersonenminen. [41] Insgesamt existieren heute 72 Bestimmungen für bewaffnete Konflikte. [42] Allerdings zeigen sich hier wie auch beim Verzicht auf Atomwaffen die strukturellen Schwächen des Völkerrechts. Die Bindungswirkung seiner Konventionen ist nicht universell, sondern auf die Staaten beschränkt, die ihnen beigetreten sind, und wenn diese gegen sie verstoßen, fehlen wirksame institutionelle Garantien, dass ein solcher Verstoß nicht sanktionslos bleibt. Die damit verbundenen Herausforderungen zeigten sich nicht in den Zentren, sondern an der Peripherie der Weltpolitik.

III. Vom Staatenkrieg zum Bürgerkrieg

Trotz der zunehmenden Einhegung des Konflikts zwischen den Nuklearmächten standen die auf den Zweiten Weltkrieg folgenden vier Jahrzehnte im Zeichen militärischer Gewalt. [43] Von 1945 bis 1990 hat es weltweit ungefähr 160 bewaffnete Konflikte gegeben. [44] Militärische Konflikte zwischen souveränen Staaten haben sich an die Peripherie der Blöcke verlagert. Die Option der Austragung von Stellvertreterkriegen wurde dabei im Überfluss genutzt. Die Konflikte endeten häufig wie die Kriege zwischen Indien und Pakistan, zwischen dem Iran und dem Irak oder zwischen China und Vietnam ohne eindeutigen Sieger. Einzig im Korea-Krieg kam es zu

38 BGBl. 1967 II S. 1233.
39 BGBl. 1983 II S. 132.
40 BGBl. 1994 II S. 806.
41 BGBl. 1998 II S. 778.
42 *Fazal* (Fn. 14), S. 12.
43 Vgl. dazu *Klaus Jürgen Ganzel/Torsten Schwinghammer*, Die Kriege nach dem Zweiten Weltkrieg 1945-1992. Daten und Tendenzen. 1995.
44 *Martin van Crefeld*, Die Zukunft des Krieges, 2001, S. 45.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

einer direkten Konfrontation zwischen den Großmächten. Die schwindende politische Prämie des militärischen Sieges lässt insbesondere in den entwickelten Staaten die Bereitschaft der Bevölkerung sinken, ihr Leben in kriegerischen Auseinandersetzungen zu riskieren. Der Krieg zwischen ihnen scheint damit zum historischen Auslaufmodell geworden zu sein. [45] Jedoch haben sich die Führungsmächte der beiden großen Militärallianzen nicht gescheut, ihre geostrategischen Herrschaftsbereiche durch vielfältige verdeckte oder offene Militärinterventionen gegen militärisch weit unterlegene Gegner zu sichern. Allein die Gewaltanwendung gegen militärisch weit unterlegene Gegner, die ohne allzu großes Risiko geführt werden kann, darf in entwickelten Staaten noch breite öffentliche Unterstützung erwarten. [46] In solchen ungleichgewichtigen Konstellationen werden in der Regel auf Luftüberlegenheit gestützte Strategien im Rahmen der „postheroischen Kriegsführung" eingesetzt. [47] Angriffe mit Flugzeugen, Cruise Misiles und Drohnen sowie im Dunkelfeld der öffentlichen Berichterstattung operierende Spezialkräfte geben den fortgeschrittenen Militärnationen neue Optionen der Kriegführung aus der Distanz. Dies öffnet für die führenden Militärmächte die Option einer risikolosen Kriegführung. [48] Dafür sind erhebliche technische und finanzielle Mittel erforderlich. Durch die Verwendung von Präzisionslenkwaffen wird auch die „Einheit von Töten und Sterben" aufgehoben, die bis zu den Weltkriegen die Kriegführung prägte. [49] Auch wo „chirurgische Schläge" nur die feindlichen Kämpfer treffen sollen, haben sie in der Regel schwerwiegende „Kollateralschäden" in der Bevölkerung des attackierten Landes zur Folge.

Diese Interventionen werden nicht als förmlich erklärte Kriege zur offenen Durchsetzung von realpolitischen Interessen der Interventionsmacht geführt, sondern damit gerechtfertigt, die politische Stabilität in der betroffenen Region zu sichern. Die Interventionsmacht nimmt daher die Rolle eines „Weltpolizisten" für sich in Anspruch. Dabei sinkt der Grad der rechtlichen Formalisierung. Wurde vom Ende der Napoleonischen Kriege bis 1945 noch die Hälfte aller Kriege formell erklärt, so waren es nach 1945 nur zwei von insgesamt 36 zwischenstaatlichen Kriegen. [50] Folglich

45 *Herfried Münkler*, Die neuen Kriege, 2002, S. 240.
46 *Mary Kaldor*, Neue und alte Kriege, 2000, S. 45.
47 *Edward N. Luttwak*, Towards post-heroic warfare, Foreign Affairs 1995, S. 3 ff.
48 Vgl. dazu *Michael Ignatieff*, Virtueller Krieg, 2001, S. 148 ff.
49 *Münkler* (Fn. 48), S. 234.
50 *Fazal* (Fn. 14), S. 7.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

ist auch die Zahl der förmlichen Beendigung der Konflikte durch Friedensverträge stark zurückgegangen. [51] Dies wird mit der Veränderung der Konfliktstruktur, dem gewachsenen Umfang und der verstärkten Schutzintensität des Rechts in Verbindung gebracht. [52] Die Informalität hat für die Interventionsmacht erhebliche Vorteile. Der Einsatz ihrer Streitkräfte kann ohne Vorwarnung des gegnerischen Staates erfolgen. Auch eventuell für reguläre Einsätze erforderliche interne Zustimmungsakte können umgangen werden. [53] Die Bindung an die Regularien des humanitären Völkerrechts gerät bei unerklärten Einsätzen in eine Grauzone. Schließlich erübrigt sich hier auch die Beendigungen des Konflikts durch einen förmlichen Friedensvertrag. [54] Auch dies hat für die Interventionsmacht den Vorteil, dass sie sich aus dem Konflikt ohne aufwändige Verhandlungen über die Kriegsfolgelasten zurückziehen kann. Beispiele dafür sind die militärischen Interventionen der USA in Lateinamerika, Somalia und Südostasien. Auch die Versuche der Sowjetunion, die Herrschaft des kommunistischen Regimes in Afghanistan zu stabilisieren, ähnelt dem beschriebenen Muster. Nach dem Zerfall der Sowjetunion blieb zunächst nur den Vereinigten Staaten als alleiniger Supermacht die Option, ihre Interessen überall auf dem Globus, wie in den beiden Golfkriegen gegen den Irak, mit militärischer Gewalt durchzusetzen. Seit 2014 hat auch Rußland wieder versucht, in sog. „hybriden Kriegen" auf der Krim, im Donbass und in Syrien strategische Positionsvorteile zu erlangen. Mit dem Aufstieg neuer Regionalmächte mit strategischen Ambitionen, die nach atomaren Waffen streben und sich mit den modernsten konventionellen Rüstungsgütern ausrüsten, ist die Konfliktlage weiter verschärft worden. Der Iran, Saudi Arabien, Katar oder die Türkei sind über die Finanzierung und Führung von Söldnertruppen in Syrien, im Irak und in Libyen in ähnlicher Weise aktiv. Mit der im Februar 2022 eingeleiteten Invasion in die Ukraine hat Rußland einen unerklärten konventionellen Krieg begonnen, dessen militärische Qualität mit der Bezeichnung „Spezialoperation" zu bemänteln versucht wird.

Waren die Jahre zwischen 1648 und 1945 die Zeit der Kriege zwischen den Staaten, so kennzeichnen bewaffnete Konflikte innerhalb von Staaten

51 *Fazal* (Fn. 14), S. 238.

52 *Fazal* (Fn. 14), S. 365 ff.

53 Auch für das Parlamentsheer der Bundesrepublik Deutschland kann die nach Art 87a GG grundsätzlich erforderliche vorherige Zustimmung des Bundestages in dringenden Fällen durch eine nachträgliche Billigung ersetzt werden (vgl. dazu BVerfGE 140, 160, Rdn. 99 ff.).

54 *Fazal* (Fn. 14), S. 204.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

die letzten siebzig Jahre. [55] Dreiviertel der nach 1945 geführten militärischen Auseinandersetzungen gehören in die Kategorie der „low intensity conflicts. [56] Sie brechen zumeist in wenig entwickelten Teilen der Welt aus und fallen aus dem klassischen Modell des Staatenkrieges. In den Bürgerkriegen geht es um ganz unterschiedliche Konfliktlagen: die Befreiung vom Kolonialismus, ungelöste Territorialprobleme, ethnische oder religiöse Spannungen, lokale Dominanz oder den Zugang zu wertvollen Ressourcen. Ihre Konfliktkonstellation prägen Asymmetrien. [57] Reguläre Truppen stehen irregulären Kämpfern gegenüber. Solche Formen des asymmetrischen Krieges hat es zwar mit vielen Modifikationen auch schon in der Vergangenheit gegeben, ihre aktuelle Bedeutung erweist sich jedoch darin, dass sie quantitativ an die Stelle der Staatenkriege getreten sind, andere Gewaltstrategien verfolgen und jenseits der Regeln des Völkerrechts ausgetragen werden. Hier gilt es, zwei unterschiedliche Konfliktkonstellationen zu verfolgen. In den Befreiungskriegen geht es um die Befreiung von der Herrschaft einer gebietsfremden Kolonialmacht und die Entwicklung einer neuen Staatlichkeit (vgl. dazu IV.). In anderen Fällen zeigt sich dagegen ein Zerfall des staatlichen Gewaltmonopols, der sich als Ergebnis gescheiterter Staatenbildung erweist (vgl. dazu V.) Hier dominieren aktuell sezessionistische Bewegungen. [58] Beispielhaft dafür stehen etwa die Konflikte um Dafur und mit den christlichen Stämmen des Südens im Sudan, die Verfolgung der Rohinjas in Myanmar oder die Repression der Aufständischen in Syrien. Solche Konflikte haben keinen identifizierbaren Anfang und kein fest definierbares Ende. Asymmetrische Konstellationen entziehen sich der auf Symmetrien basierenden Ordnung der Konfliktregulierung durch Recht, das zunächst nur für Konflikte zwischen regulären Staaten geschaffen wurde.

IV. Nationale Befreiungskriege und Guerillakampf

Nach 1945 sind 125 neue Staaten entstanden, [59] ein großer Teil im Kontext militanter nationaler Befreiungsbewegungen, wie in China, Vietnam,

55 *Armitage* (Fn. 3), S. 16.
56 *Van Crefeld* (Fn. 44), S. 45.
57 *Münkler* (Fn. 48), S. 33.
58 *Fazal* (Fn. 14), S. 251.
59 *Fazal* (Fn. 14), S. 252.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

Algerien, Angola, Rhodesien oder Mosambik. Gleichfalls siegreiche Befreiungsbewegungen in Kuba und Südafrika richteten sich nicht gegen Kolonialmächte, sondern gegen korrupte nationale Regimes, die große Teile der Bevölkerung unterdrückten. Mit dem revolutionären Kampf reklamiert die Guerilla den Ethos der Freiheit für sich und verändert dabei die Methoden der gewaltförmigen Konfliktaustragung. „Der Partisan kämpft irregulär", so beginnt Carl Schmitt seinen Essay über den Partisanen. [60] Er agiert zumeist ohne Uniform und formalisierte Hierarchien. Die Guerilla nutzt die Tarnung, die Überraschung und den Hinterhalt. Sie kennt ihren Feind, versucht sich aber selbst unsichtbar zu machen. Guerilleros kämpfen zwar nicht notwendigerweise als Zivilisten, aber unter Zivilisten und unterlaufen damit die Regularien des Völkerrechts. [61] Das Ziel ihrer Aktionen ist die Befreiung von der Herrschaft zumeist gebietsfremder Mächte, die das eigene Land unterworfen haben und seine Ressourcen ausbeuten. Ihnen gegenüber kann sich der Guerillero auf bessere Kenntnisse von örtlichen Gegebenheiten und häufig auch auf die Unterstützung durch die lokale Bevölkerung stützen. Der von ihm bevorzugte Kampfraum ist durch seinen „tellurischen Charakter" geprägt. [62] Die Guerilla kämpft erfolgreich in Wald, Dschungel, Gebirge und ländlichen Regionen. Der urbanen Stadtguerilla ist dagegen in Südamerika der Erfolg weithin versagt geblieben. Im Gegensatz zu den von Clausewitz präferierten Strategien setzt die Guerilla darauf, große Konzentrationen von bewaffneten Kämpfern und frontale Zusammentreffen mit den überlegenen regulären Kräften zu vermeiden. Durch räumlich und zeitlich begrenzte Gewaltaktionen „gesteigerter Mobilität" [63] soll der waffentechnisch überlegene Gegner zermürbt werden. Angegriffen werden bevorzugt abgelegene Militärposten, Nachschublinien und Infrastruktureinrichtungen. Das zentrale Ziel solcher Aktionen liegt darin, die Unterstützung der örtlichen Bevölkerung auch ohne dauerhafte militärische Geländegewinne zu erreichen. Gelingt dies, kann sich die Guerilla „wie ein Fisch im Wasser" fühlen. „Rückt der Feind vor," schreibt Mao Zedong, „ziehen wir uns zurück; macht er halt, beunruhigen wir ihn; ist er ermattet, schlagen wir zu; weicht er, verfolgen wir ihn." [64]

60 *Schmitt* (Fn. 15), S. 11.
61 *Walzer* (Fn. 16), S. 267.
62 *Schmitt* (Fn. 15), S. 27.
63 *Schmitt* (Fn. 15), S. 23.
64 *Mao Zedong*, Strategische Probleme des revolutionären Krieges in China, in: ders., Sechs militärische Schriften, 1970, S. 75.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

Gegenüber den Nadelstichen des Guerillakampfes bleiben sowohl die hergebrachten polizeilichen Mittel gegenüber kriminellen Rechtsbrechern als auch die Gewaltmittel moderner Streitkräfte gegenüber regulären feindlichen Truppen häufig wirkungslos. Vielmehr hat sich die Prämisse durchgesetzt, gegen einen Partisanen müsse man wie ein Partisan kämpfen. [65] Der Anti-Guerillakampf greift daher regelmäßig zu Mitteln, die sowohl nach Polizei- und Strafrecht als auch nach Völkerrecht verpönt sind: Folter, Hinrichtung, Zwangsumsiedelungen, großflächige Verminung von Gelände, Einsatz von Napalm und Flächenbombardierungen. Da sie sich bevorzugt gegen die Bevölkerung richten, treiben sie diese nur noch stärker auf die Seite der Guerilla. Daher spielt die Dauer des Konflikts der Guerilla in die Hände. Sie erstrebt, anders als der Clausewitzsche Idealtyp des Staatenkrieges, nicht den schnellen Sieg, sondern agiert mit einer langen Zeitperspektive. Es gilt, dass Partisanen, wenn sie den Krieg nicht militärisch verlieren, ihn politisch gewinnen, während ihre Gegner, wenn sie den Krieg nicht entscheidend militärisch gewinnen, ihn politisch verlieren. [66] Mögen auch die Verluste an Menschenleben unter der Bevölkerung in den Guerillagebieten erheblich höher sein als die der regulären Truppen, [67] so übersteigen deren Kosten häufig das Leistungsvermögen des bekämpften Staates. Ermattet dessen Widerstandsfähigkeit, weil seine ökonomischen Kräfte erschöpft sind, muss er sich aus dem Guerillakrieg zurückziehen.

Die Guerilla, die für die Befreiung von ökonomischer und politischer Unterdrückung kämpft, kann die Ideale des Befreiungskampfes für sich reklamieren, die Anwendbarkeit der völkerrechtlichen Bindungen der Kriegsführung steht jedoch in Frage, da in der Regel zumindest eine Partei als nichtstaatlicher Akteur grundsätzlich nicht als Adressat des Völkerrechts betrachtet wird und interne Konflikte um die Befreiung von einer Herrschaft, die die Rechte der Bevölkerung nicht respektiert, keinen internationalen Charakter haben. [68] Sie wurden daher zunächst durch das zwischenstaatliche Gewaltverbot des Art. 2 der UN-Charta nicht erfasst. Nur in wenigen Ausnahmefällen, wie etwa im amerikanischen Bürgerkrieg, wurde Aufständischen der Status einer kriegführenden Partei zuerkannt. Allerdings hat das Völkerrecht versucht, auch Regelungen für nicht-internationale bewaffnete Konflikte zu entwickeln. So wurden von der General-

65 *Schmitt* (Fn. 15), S. 20.
66 *Raymond Aron*, Frieden und Krieg. Eine Theorie der Staatenwelt. 1963, S. 48.
67 *Van Crefeld* (Fn. 44), S. 48.
68 Vgl. dazu *Claus Kreß*, Der Bürgerkrieg und das Völkerrecht, JZ 2014, 365 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

versammlung der Vereinten Nationen Befreiungskriege als Kampf um das Selbstbestimmungsrecht bezeichnet und die gewaltsame Unterdrückung von Freiheitskämpfern als Verletzung des Gewaltverzichts gewertet. [69] Allerdings konnte sich die Meinung, dass eine gewaltsame Durchsetzung des Selbstbestimmungsrechts eine Form erlaubter Gewalt sei, nicht durchsetzen. [70]

Eine rechtlich verbindliche Regulierung der militärischen Konflikte zwischen regulären und nichtregulären Einheiten versuchten die 1977 vereinbarten zwei Zusatzprotokolle zu den Genfer Abkommen zu erreichen. [71] Diese Regelungen wurden vom Internationalen Gerichtshof als „elementary considerations of humanity" bezeichnet. [72] Bemerkenswert ist dabei, dass bei ihrem Zustandekommen Nichtregierungsorganisationen eine große Rolle gespielt haben. [73] Damit haben die potenziellen Opfer von Gewaltmaßnahmen eine Stimme erhalten. Im ersten Zusatzprotokoll wird die Anwendbarkeit des bestehenden humanitären Völkerrechts auf bewaffnete Konflikte erklärt, in denen Völker gegen Kolonialherrschaft und fremde Besetzung sowie gegen rassistische Regimes in Ausübung ihres Rechts auf Selbstbestimmung kämpfen (Art. 1 Abs. 1). Hatte bereits Art. 3 des Genfer Abkommens von 1949 für die bewaffneten Konflikte, die keinen internationalen Charakter haben, bekräftigt, dass die Zivilbevölkerung auch in ihnen einen gewissen Schutz genießt, so wird im zweiten Zusatzprotokoll zum Genfer Abkommen von 1977 der formale, auf Staaten fokussierte Kriegsbegriff durch den weiteren des bewaffneten Konflikts ersetzt und bestimmten Regelungen unterworfen. Es gilt allerdings nur für Konflikte, die zwischen den regulären Streitkräften und aufständischen Streitkräften oder anderen organisierten Gruppen geführt werden, die unter Verantwortung einer Führung eine solche Kontrolle über Teile des Hoheitsgebiets ausüben, dass sie anhaltende, koordinierte Kampfhandlungen durchführen können (Art. 1 Abs. 1). Kombattanten müssen als solche erkennbar sein (Art. 44). Nach Art. 4 Abs. 1 des Zweiten Zusatzprotokolls haben alle Personen, die nicht unmittelbar oder nicht mehr an Feindseligkeiten teilnehmen, Anspruch auf Achtung ihrer Person, ihrer Ehre, ihrer Überzeugungen und ihrer religiösen Gepflogenheiten. Art. 4 Abs. 2 lit. a verbietet die Tötung

69 Vgl. Res. 2625/1970.
70 *Eckart Klein*, Nationale Befreiungskämpfe und Dekolonisierungspolitik der Vereinten Nationen, ZaöRV 1976, 618 ff.
71 BGBl. 1990 II S. 1550; 1637.
72 ICJ Reports 1986, 114.
73 *Fazal* (Fn. 14), S. 37.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

von Personen, die nicht unmittelbar an den Feindseligkeiten teilnehmen, Art. 4 Abs. 2 lit. b Kollektivstrafen, Art. 4 Abs. 2 lit. c die Geiselnahme, Art. 4 Abs. 2 lit. d terroristische Handlungen, Art. 4 Abs. 2 lit. f Sklaverei und Art. 4 Abs. 2 lit. g Plünderungen. Art. 4 Abs. 3 verlangt Pflege und Hilfe, einschließlich Erziehung für Kinder. Art. 6 verbietet Hinrichtungen ohne vorhergehendes Urteil eines ordentlichen Gerichts. Art. 7 ff. garantiert Schutz und Pflege für Verwundete und Kranke. Art. 14 verbietet das Aushungern und Art. 17 die Zwangsverlegung der Zivilbevölkerung. Das Zweite Zusatzprotokoll erkennt jedoch gefangengenommenen irregulären Kämpfern den Status von Kriegsgefangenen nicht zu. Zudem wird durch Art. 1 Abs. 1 eine beträchtliche Zahl von internen Konflikten, in denen die Aufständischen noch nicht die Kontrolle über Teile des Hoheitsgebietes ausüben, von der Anwendung des Zusatzprotokolls ausgenommen. Relativiert wird der Schutz von zivilen Einrichtungen im Weiteren durch Art. 52 Abs. 1 des ersten Zusatzprotokolls, wonach alle Objekte, deren Neutralisierung einen eindeutigen militärischen Vorteil darstellt, als militärische Ziele anzusehen sind. Schließlich bleibt die reziproke Anerkennung des völkerrechtlichen kodifizierten Schutzes der Zivilbevölkerung durch nichtreguläre Kämpfer offen. Sie hängt entscheidend von deren Strategien ab. Bemühen sie sich um eine internationale Anerkennung, steigen die Chancen für eine Beachtung der Rechte der Zivilbevölkerung. Mit den Regelungen der beiden Zusatzprotokolle kann daher keine echte rechtliche Symmetrie zwischen den Konfliktparteien erreicht werden. Sie konnten weder die Strategien der Befreiungs- und Sezessionsbewegungen noch die Gewaltpraktiken des Antiguerillakampfes regulärer Truppen oder die Einsatzroutinen privater Sicherheitsdienste entscheidend beeinflussen.

V. Failing states und völkerrechtliche Friedensinterventionen

Im Gegensatz zu den antikolonialen Befreiungskriegen nach 1945, die im engen Kontext zur Nationen- und Staatenbildung geführt wurden, stehen heute viele der aktuellen „low intensity wars" im Zeichen des Staatszerfalls. [74] Sie entstehen bevorzugt an der Peripherie der globalisierten Welt in Westafrika, im Sudan, in Somalia, Ruanda oder im Kongo, in Afghanistan, im Jemen, Irak oder in Syrien, aber auch in Teilen des nach 1991 zerfallen-

74 *Münkler* (Fn. 48), S. 18.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

den Jugoslawiens. 2015 waren von Afghanistan bis Mali 40 gewaltförmige interne Konflikte im Gang. [75] Für diese gewaltförmigen Auseinandersetzungen ist die Auflösung institutionalisierter staatlicher Sicherheitsstrukturen im Problemsyndrom der „failing states" kennzeichnend. [76] Dort entgleitet dem Staat nach dem Verlust der Legitimität seines Herrschaftsapparates nach und nach die Kontrolle über die physischen Zwangsmittel ebenso wie über die fiskalischen Ressourcen. Solche Konflikte entstehen ohne formelle Erklärung. Ihre Entfachung ist billig. Ihr ideologisches Szenario ist häufig ethnisch oder religiös grundiert. Da es hier nicht um die Durchsetzung grundsätzlich kompromissfähiger ökonomischer oder sozialer Interessen, sondern um die Behauptung von Glaubensgrundsätzen und ethnischen Identitätspositionen geht, werden die feindlichen Kämpfer und die ihnen zugeordneten Teile der Bevölkerung besonders brutal verfolgt. Dabei wird ihnen auch die Anerkennung als Gegner mit einem Mindestmaß an Rechten verweigert. Die Gewaltanwendung entzieht sich ihren völkerrechtlichen Einhegungen. Die zumeist schlecht ausgerüsteten, mangelhaft ausgebildeten und unregelmäßig besoldeten regulären Streitkräfte verlieren zunehmend an militärischer Moral. Sie lassen sich in ihren Gewaltpraktiken von den paramilitärischen Gruppen, die sie bekämpfen sollen, immer weniger unterscheiden. Die von den irregulären Kämpfern wie von den regulären Truppen genutzten Formen der Gewaltanwendung sind kaum noch von denen der gewöhnlichen Gewaltkriminalität abgrenzbar.

Ein Desintegrationskreislauf der öffentlichen Gewalt entsteht. Als dessen Folge zersetzt sich die Kontrolle über das staatliche Territorium und löst sich in disperse Inseln unterschiedlicher Machtkonkurrenten auf. Parastaatliche Akteure wie Warlords, Milizen, Stammes- und Religionskrieger, Söldnerfirmen sowie internationale Terrornetzwerke üben Gewalt aus – vorzugsweise gegen die Bevölkerung und eher weniger gegen die Überreste staatlicher Organe. Sie rekrutieren sich aus entlassenen oder abtrünnigen Soldaten, arbeitslosen jungen Männern, gewöhnlichen Kriminellen und zum Gewaltdienst gezwungenen Kindern. Ihnen fehlt häufig die noch für die Guerillaarmeen der Befreiungskriege typische Disziplin und vertikale Befehlsstruktur. [77] Es gibt regelmäßig keine zusammenhängenden Fronten zwischen den feindlichen Kräften mehr. Zonen des Krieges und des Friedens existieren in unmittelbarer Nachbarschaft. Statt massivem Einsatz von

75 *Armitage* (Fn. 3), S. 12.
76 *Münkler* (Fn. 48), S. 10.
77 *Kaldor* (Fn. 49), S. 152.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

Truppen erfolgt die Anwendung von Gewalt zumeist nur in vereinzelten Gefechten. Gekämpft wird bevorzugt mit leichten Waffen, die ohne große Kosten auf dem Schwarzmarkt oder von lokalen Kleinfabrikanten erworben und auch von ungeschulten Kräften wirkungsvoll eingesetzt werden können. Daher scheitern in der Regel auch Versuche, die Konflikte durch Embargopolitiken auszutrocknen. Nicht selten sind die Auseinandersetzungen durch die zumeist verdeckte Einmischung benachbarter Staaten geprägt, die mit ihnen verbündete Milizen finanzieren, ausrüsten oder ihnen Rückzugsgebiete gewähren und sie für ihre Zwecke instrumentalisieren.

In Zeiten erodierender Staatlichkeit zerfällt das reguläre Steuerwesen. Mit ihm lösen sich auch die Strukturen des marktwirtschaftlichen Gütertransfers auf. Die Gewaltmaßnahmen der an den Konflikten beteiligten Akteure unterbrechen Handelsrouten und beschneiden den Zugang zu Märkten. In den betroffenen Gebieten bilden sich stattdessen spezifische Formen gewaltbasierter Ökonomien heraus. Wichtige Finanzquellen sind Drogen-, Menschen- und Waffenhandel, Schutzgelderpressungen, Geldwäsche und Schmuggel sowie Gelder von ausländischen Regierungen, die sich die internen Auseinandersetzungen für ihre Ziele zunutze machen wollen. Als weitere Ressourcen dienen Raub, Plünderung und Geiselnahme. Schutzgelder und Kriegssteuern werden nicht nur von der betroffenen Bevölkerung, sondern auch von den für internationale Institutionen tätigen humanitären Hilfsorganisationen erpresst. Die lokalen Kriegsherren kontrollieren dabei häufig auch die Produktion von und den Handel mit einzelnen wertvollen Produkten wie Gold, Edelsteinen, Erdöl, Drogen oder Kunstgegenständen. Innerhalb der Formen irregulärer Bereicherung entstehen so zugleich „die notwendigen Einnahmequellen zur Fortführung des Kriegs," [78] den sie damit endemisch werden lassen. Es gilt die Wallenstein zugeschriebene Devise, dass der Krieg den Krieg ernähren müsse. „Der Krieg wird zur Lebensform: Seine Akteure sichern ihre Subsistenz durch ihn." [79] In einigen Konflikten dominiert die Aneignung von Reichtum über vormalige politische Ziele so stark, dass sie selbst, wie im Falle der Piraterie vor den Küsten Somalias, zum finalen Zweck wird. Damit verliert auch die von Clausewitz geprägte Definition, der Krieg sei die Fortsetzung der Politik mit anderen Mitteln, an Signifikanz.

78 *Kaldor* (Fn. 49), S. 174.
79 *Münkler* (Fn. 48), S. 29.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

Die Essenz der Gewaltmaßnahmen liegt in der Auswechslung des bevorzugten Objekts. Sie richten sich nicht mehr primär gegen militärische Einrichtungen, sondern insbesondere gegen die Zivilbevölkerung. Waren zu Beginn des zwanzigsten Jahrhunderts noch 85 bis 90 Prozent der Kriegsopfer Angehörige der regulären Streitkräfte, so machten Zivilisten im Zweiten Weltkrieg bereits die Hälfte der Kriegstoten aus. Heute gehören 80 Prozent der Opfer der Zivilbevölkerung an. [80] Während die Guerilla die Bevölkerung durch die Errichtung von „Modellgesellschaften" in den von ihr gehaltenen Gebieten zu gewinnen sucht, versuchen die ethnisch oder religiös motivierten Kämpfer die politische Kontrolle durch „Treue zu einem Etikett" zu erringen. [81] Das geforderte Bekenntnis zu einer religiösen Strömung oder die Mitgliedschaft zu einer ethnischen Gruppe grenzt andere dezidiert aus und schürt den Hass auf sie. Ziel ist die ethnische oder religiöse Homogenisierung des umkämpften Territoriums. Diese Politik der Identität ist „fragmentierend, rückwärtsgewandt und ausschlußorientiert." [82] Sie kulminiert in der physischen Vernichtung aller potenziellen Opponenten oder der Vertreibung weiter Bevölkerungskreise. Zu den gebräuchlichen Gewaltmaßnahmen gehören die flächendeckende Bombardierung von Wohnquartieren wie in Syrien, die systematische Ermordung ganzer Bevölkerungsgruppen wie in Ruanda, ethnische Säuberungen durch gewaltsame Vertreibungen wie in Bosnien, und schließlich das Unbewohnbarmachen von Gebieten durch Antipersonenminen, Zerstörung von Wohnhäusern und ziviler Infrastruktur sowie von sakralen Bauwerken und historischen Monumenten. Die Brutalisierung der Gewaltanwendung löst massenhafte Fluchtbewegungen in weniger gefährdete innerstaatliche Gebiete und in angrenzende Staaten aus. Während in Sezessionskriegen die Konfliktparteien in der Regel internationale Anerkennung anstreben und daher auch daran interessiert sein müssten, ein Mindestmaß an humanitären Regeln einzuhalten, [83] müssen sich die Parteien in religiösen Konflikten kaum um internationale Anerkennung bemühen und können daher alle externen Versuche, den Konflikt durch Regeln des Übermaßverbots einzuhegen, missachten. Solange sich die Konfliktparteien allein auf Terror und Destabilisierung konzentrieren, schwindet auch die Hoffnung, dass sie zur Wiederherstellung von staatlicher Legitimität willens und in der Lage

80 *Kaldor* (Fn. 49), S. 160.
81 *Kaldor* (Fn. 49), S. 156.
82 *Kaldor* (Fn. 49), S. 124.
83 So hat etwa die kurdische PKK, erklärt, dass sie sich an die völkerrechtlichen Konventionen halten will (*Fazal* (Fn. 14), S. 10).

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

sein könnten. Die Gewaltanwendung gegenüber der Zivilbevölkerung wird damit auf Dauer gestellt.

Zu den wenigen erfolgversprechenden Formen der Gegenwehr gehört die Dokumentation des Geschehens gegenüber der Weltöffentlichkeit. Wo die von internen Gewaltkonflikten gezeichneten Gesellschaften von sich aus nicht in der Lage sind, zu einem Zustand der Stabilität und Freiheit von Terror zurückzukehren, wird diese herausgefordert, die Achtung der basalen Menschenrechte wiederherzustellen. Über die weltweite Dokumentation von Anschlägen, Geiselnahmen und Hinrichtungen wird ein Kampf mit Bildern inszeniert. Die Bilder des Grauens können die Weltöffentlichkeit mobilisieren. Aber auch die öffentliche Aufmerksamkeit unterliegt den Regeln der Wahrnehmungsökonomie. Sie schwindet mit der Dauer der seriellen Wiederholung der Bilder der Opfer. Sie wird gesteigert, wenn es gelingt, die Gräuel des Konfliktgeschehens in eine sich steigernde Dramatik eines publizierten „Berichterstattungskriegs“ [84] zu präsentieren, die prominente externe Akteure veranlassen, Interventionen unter dem Mandat der Vereinten Nationen zum Schutz der bedrohten Menschenrechte zu fordern.

Die dafür erforderlichen organisatorischen und personellen Mittel müssen international ausgehandelt und implementiert werden. Internationale „peace-keeping“-Missionen zur Moderation von Konflikten zwischen souveränen Staaten hat es seit Anfang der 60er Jahre des vergangenen Jahrhunderts zahlreich gegeben, seit Anfang der 90er Jahre wird auch versucht, interne Konflikte zu bewältigen. In Bezug auf die hier praktizierten Interventionsstrategien kann zwischen Friedenssicherung und Friedenserzwingung unterschieden werden. [85] Friedenssicherung basiert auf Gewaltverzicht und Zustimmung der Gewaltakteure zur Moderation durch neutrale Dritte. Es wird versucht, Waffenstillstand zwischen den Konfliktparteien zu erreichen, den Luftraum zu überwachen sowie Friedenskorridore und Schutzzonen für die bedrohte Bevölkerung einzurichten. Strategisches Ziel ist es, den Konflikt nach der Eindämmung der Gewalt durch die Trennung der Akteure im Wege von Verhandlungslösungen zu bereinigen. Da jedoch viele Akteure ihre Ressourcen unmittelbar aus dem Konflikt beziehen und dieser darauf beruht, die gegnerische Partei in ihren Grundlagen zu vernichten, sind Kompromisslösungen schwer zu erzielen und stabil zu erhalten.

84 *Münkler* (Fn. 48), S. 52.
85 Vgl. dazu *Kaldor* (Fn. 49), S. 196 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

Das robustere Mandat der Friedenserzwingung erlaubt die Anwendung militärischer Gewalt, um Flugverbote durchzusetzen und gewaltbereite Parteien zu entwaffnen. Die dafür eingesetzten militärischen Kräfte von Drittstaaten sind an die Beachtung des völkerrechtlichen Schutzes der Bevölkerung gebunden. Sie müssen Kämpfer entwaffnen und demobilisieren, Menschenrechtsverletzungen unterbinden und Kriegsverbrecher verhaften. Mit diesen Aufgaben nähert sich der militärische Einsatz polizeilichen Aufgaben an. [86] Im Weiteren müssen Flüchtlinge repatriiert und zerstörte Infrastrukturen wiederhergestellt werden. Der Bevölkerung müssen andere Möglichkeiten des Lebensunterhalts geboten werden als die von den Konfliktparteien genutzten kriminellen Methoden der Bereicherung. Die lokale Wirtschaft muss neue Impulse erhalten, ein funktionsfähiges Abgabenwesen eingerichtet werden. Einrichtungen für Erziehung und Ausbildung, funktionsfähige politische Institutionen und Gerichte sowie ein verlässliches System von Recht und Ordnung müssen neu geschaffen werden. Dafür ist allerdings das militärische Personal der zur Friedenserzwingung eingesetzten Truppen in der Regel schlecht qualifiziert. Dies gilt zumal dann, wenn die Intervention durch Truppen durchgeführt werden soll, die von Staaten gestellt werden, die sich selbst dem Status von „failing states" nähern. Aber auch disziplinierte und korruptionsresistente Truppen entwickelter Staaten geraten schnell an die Grenze ihrer Leistungsfähigkeit. Ihr Einsatz ist teuer. Ihre Fähigkeiten sind auf militärische Maßnahmen begrenzt. Der Erfolg von humanitären Interventionen hängt daher von Bedingungen ab, die mit militärischen Mitteln allein nicht zu gewährleisten sind. [87]

Das Muster einer erfolgreichen militärischen Intervention durch überlegene militärische Kräfte ist die durch Resolution 768 des Sicherheitsrates legitimierte Befreiung Kuweits. In der Regel kann der Einsatz von militärischer Gewalt durch Interventionskräfte jedoch nur streng dosiert erfolgen, da massive Maßnahmen die Bereitschaft der Konfliktparteien zum Verzicht auf Waffengewalt unterminieren. Die Erfolge von „peace-keeping-Missionen" sind daher begrenzt und durch Dokumente des evidenten Scheiterns wie in Ruanda, Srebrenica, Somalia und auch der ISAF-Mission in Afghanistan diskreditiert. Die dadurch ausgelösten Folgen können jedoch nicht nur das betroffene Land weiter destabilisieren, sondern auch, wie

86 *Kaldor* (Fn. 49), S. 205.
87 Vgl. dazu *Kaldor* (Fn. 49), S. 207 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

im Falle von Libyen, die gesamte umliegende Region. Wo der Einsatz von Interventionskräften durch Hilfsmaßnahmen zum ökonomischen und sozialen Wiederaufbau unterfüttert werden soll, muss die Unterstützung durch besondere Hilfsorganisationen organisiert werden, die wiederum leicht zum Opfer von Gewaltaktionen werden können. Wie schnell auch Friedenstruppen zum Spielball der Kriegsparteien werden können, hat der Bosnien-Konflikt nur zu deutlich gezeigt. Als besonders problematisch haben sich Interventionsstrategien erwiesen, die sich auf einen Teil der an den kriegerischen Auseinandersetzungen beteiligten Akteure zu stützen versuchen. So haben die USA in Somalia und in Afghanistan die Fraktion der nicht den islamistischen Gruppierungen zurechenbaren Warlords sowohl militärisch als auch ökonomisch mit der Folge unterstützt, dass sich diese übermäßig bereichern konnten, ohne den Konflikt nachhaltig einzudämmen. [88]

Auch wenn die Austragung von Konflikten durch militärische Gewalt für eine gewisse Zeit eingedämmt werden kann, ist der Erfolg von „peacekeeping"- Missionen ungewiß. Liegen die Ursachen des Konflikts in der militanten Polarisierung von ethnischen und religiösen Grundeinstellungen, gelangen gerade die Versuche zur Initiierung eines Aufbaus zivilgesellschaftlicher Einrichtungen in den Fokus des sich daran immer wieder entfachenden Konflikts. Afghanistan ist ein Beispiel für die Schwierigkeiten von Versuchen, Strukturen einer Zivilgesellschaft, wie schulische Bildung, eine funktionierende öffentliche Verwaltung und Verkehrsinfrastruktur oder die Beteiligung von Frauen am gesellschaftlichen Leben zu etablieren, und mit den Anforderungen, Gewaltaktionen der Taliban mit militärischen Mitteln einzudämmen, gegeneinander auszubalancieren. Dort hat dieses Dilemma zum letztlichen Mißerfolg der Mission geführt. Während Deutschland den Aufbau ziviler Strukturen gegenüber dem offensiven Einsatz militärischer Mittel so stark betonte, dass sie nur zum Selbstschutz eingesetzt wurden, [89] wurde von den USA der Aufbau der Zivilgesellschaft durch die Überbetonung des Einsatzes von Spezialtruppen und Distanzwaffen vernachlässigt. [90]

88 Vgl. *Ahmed Rashid*, Sturz ins Chaos. Afghanistan, Pakistan und die Rückkehr der Taliban. 2010, S. 80 ff.

89 Vgl. dazu die Kritik von *Rashid* (Fn. 88), S. 230 ff.

90 Vgl. dazu *Ronan Farrow*, Das Ende der Diplomatie. Warum der Wandel der amerikanischen Außenpolitik für die Welt so gefährlich ist. 2018, S. 213 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

Eine Intervention in die inneren Angelegenheiten eines materiell im Verfall befindlichen, formell jedoch noch souveränen Staates berührt dessen Souveränität zentral. Andererseits fordern durch internationale Medien der Weltöffentlichkeit präsentierte Verletzungen fundamentaler Menschenrechte zu humanitären Interventionen geradezu heraus. Seit Ende des Kalten Krieges steht daher die Rechtfertigung von Interventionen von Drittstaaten zum Schutz der von den Gewaltmaßnahmen betroffenen Bevölkerungsgruppen auf der Tagesordnung. Kapitel VII der Charta der UN lässt eine Intervention zu, wenn der Sicherheitsrat entsprechende Maßnahmen zur Wahrung des Weltfriedens und der internationalen Sicherheit beschließt. Dies ist in den vergangenen drei Jahrzehnten viele Male geschehen. Neben friedlichen Sanktionsmaßnahmen nach Art. 41 können auch militärische Maßnahmen nach Art. 42 vorgesehen werden. Problematisch ist dabei, ob interne Konflikte, in denen schwerwiegende Verletzungen der Menschenrechte verübt werden, den Tatbestand der Störung des Weltfriedens und der internationalen Sicherheit erfüllen können, den die Befugnisse des Sicherheitsrates voraussetzen. Der Sicherheitsrat hat seit den 90er Jahren des letzten Jahrhunderts die Durchbrechung des Prinzips der Souveränität in vielen Fällen, so etwa für Somalia, Ruanda, Haiti, Bosnien oder Libyen mit der Gefährdung des Friedens und der internationalen Sicherheit begründet und damit eine große Zahl von UN-Missionen eingeleitet. Auch für den Versuch, die Entwicklung einer Zivilgesellschaft in Afghanistan zu fördern, wurde nach 2001 ein gesondertes Mandat des Sicherheitsrats geschaffen. [91] Erfolgt der Einsatz von militärischer Gewalt im Rahmen eines UN-Mandats, ist auch der Einsatz der Bundeswehr nach deutschen Verfassungsrecht zulässig, da er sich innerhalb eines Systems der gegenseitigen kollektiven Sicherheit bewegt. [92]

Die Rechtfertigung einer Intervention zum Schutze der Bevölkerung muss dabei das Gegenargument überwinden, dass damit die Souveränität des betreffenden Staates verletzt wird, die durch das in Art. 2 der UN-Charta niedergelegte Interventionsverbot ausdrücklich geschützt ist. Im Falle von kriegerischen Auseinandersetzungen, die im Kontext der Auflösung staatlicher Macht stattfinden, erscheint es jedoch wenig sinnvoll, die Verletzung von staatlicher Souveränität in den Vordergrund zu stellen. [93] Größeres Gewicht haben dagegen die Bedenken, dass eine militärische Interven-

91 Res. 1373/2001.
92 BVerfGE 90, 286 <355>.
93 *Kaldor* (Fn. 49), S. 185.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

tion zum Schutz der Bevölkerung in der Regel mit hohen Risiken und unkontrollierbaren Folgen verbunden ist. Sie werden durch die praktische Erfahrung mit den Ergebnissen militärischer Interventionen, wie etwa in Libyen, bestätigt. Auch wenn eine Intervention unter Beteiligung überlegener Streitkräfte durchgeführt wird, kann nicht sichergestellt werden, dass gesellschaftlicher Frieden einkehrt oder ein erfolgreicher „regime change" eingeleitet wird. Ein zusätzliches Problem stellt das Erfordernis dar, den für die Intervention erforderlichen Konsens der fünf Vetomächte im Sicherheitsrat der Vereinten Nationen zu erreichen, da die Konflikte zumeist in internationale Großkonfliktkonstellationen eingebettet sind. Er ist in einer multipolaren Welt mit stark divergierenden globalstrategischen Interessen nur schwer zu erzielen.

Im Weiteren erreichen viele interne Konflikte nicht das Niveau der Störung der internationalen Sicherheit oder der Bedrohung des Weltfriedens. Hier stellt sich die Frage, ob eine Intervention zum Schutz von Menschenrechten durch Staaten, die sich für dieses Ziel engagieren, zulässig sein kann, obwohl der interne Konflikt nicht das Niveau der Interventionsschwelle des Art. 42 der Charta der Vereinten Nationen erreicht. Befürworter verweisen darauf, dass zum Grundbestand der UN-Charta nach Maßgabe ihres Art. 1 nicht nur die Wahrung des Weltfriedens und der internationalen Sicherheit, sondern auch der Schutz fundamentaler Menschenrechte gehört. [94] Die „responsibility to protect" [95] wurde im Völkerrecht zunächst abgelehnt, hat aber zunehmend Befürworter gefunden. [96] Daran schließt die Frage an, ob eine solche Intervention auch ohne die Zustimmung des Sicherheitsrates erfolgen darf. Das Muster einer solchen Intervention ist der Kosovo. [97] Dort hatte Serbien Repressionsmaßnahmen gegen die albanischstämmige Bevölkerung, die sich aus dem verbliebenen Staatenverbund der Bundesrepublik Jugoslawien lösen wollte, eingeleitet. Der Sicherheitsrat der UN hatte daraufhin eine Bedrohung des Weltfriedens festgestellt, aber

94 Vgl. etwa *Heike Gading*, Der Schutz grundlegender Menschenrechte durch militärische Maßnahmen des Sicherheitsrates – das Ende staatlicher Souveränität ?, 1996.

95 Vgl. Grundlegend: The Responsibilty to Protect. Report of the International Commission in Intervention and State Sovereignty, 2001.

96 Vgl nur IGH, ICJ-Reports 1986, S. 14 ff.; *Lothar Brock*, Von der „humanitären Intervention" zur „Responsibility to Protect", FS Bothe, 2008, S. 19 ff.; *Dieter Deiseroth*, „Humanitäre Intervention" und Völkerrecht, NJW 1999, 3084 ff.

97 Vgl. dazu auch *Georg Nolte*, Kosovo und Konstitutionalisierung, ZaöRV 1999, 941 ff.; *Burkhard Schöbener*, Die humanitäre Intervention im Konstitutionalisierungsprozeß der Völkerrechtsordnung, KJ 2000, 537 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

keine Zustimmung für den Einsatz von Waffengewalt durch Drittstaaten erteilt. Anstelle des Sicherheitsrates beschloss die NATO 1999 den Einsatz von militärischer Gewalt, um die andauernden Menschenrechtsverletzungen zu unterbinden. Begründet wurde die Intervention mit der Pflicht zum Beistand gegen schwerwiegende Menschenrechtsverletzungen. In der „responsibility to protect" wird damit die normative Option zur Selbstmandatierung ausländischer Mächte zur humanitären Intervention in Anspruch genommen. Ausgegangen wird dabei zunächst von Art. 24 der Charta der UN. Danach hat der Sicherheitsrat zwar die Hauptverantwortung, aber nicht das Monopol zur Wahrung des Weltfriedens und der internationalen Sicherheit. Ist seine Zustimmung durch eine Vetomacht blockiert, bleibt das nach Art. 51 bestehende Recht zur Nothilfe durch Dritte. Dieses wurde jedoch im Kosovo nicht, wie dort vorgesehen, zugunsten eines angegriffenen Staates, sondern zugunsten der durch den serbischen Staat bedrohten albanischstämmigen Bevölkerung in Anspruch genommen. Dieser Version der Schutzverpflichtung ohne Mandat des Sicherheitsrates wird damit eine neue völkerrechtliche Qualität zuteil. Sie führt zur Neubegründung der Rechtfertigungsfigur des gerechten Krieges. Das militärische Eingreifen zum Schutz basaler Menschenrechte erscheint dabei als „Vorgriff auf einen zukünftigen kosmopolitischen Zustand." [98] Der Krieg wird damit „zur Fortsetzung der Moral mit anderen Mitteln." [99]

Das Bundesverfassungsgericht hat dazu nicht explizit Stellung genommen, es hielt zur Rechtfertigung des Einsatzes der Bundeswehr ausreichend, dass er durch Parlamentsbeschluss gedeckt war und im Rahmen der NATO im Kontext eines Systems der kollektiven Sicherheit erfolgte. [100] Dem muss entgegengehalten werden, dass das zur Rechtfertigung humanitärer Interventionen, die sich im Kontext von „failing states" abspielen, gebräuchliche Argument, sie seien erforderlich, weil wegen der Auflösung staatlicher Autorität ein Schutz der Bevölkerung durch ihren Staat nicht mehr gewährleistet sei, im Falle des Kosovo gerade nicht greift. Vielmehr geht es um den Schutz einer Bevölkerung vor einer durchaus handlungsmächtigen, aber übergriffigen Staatsgewalt. Auch in Syrien war und ist

98 *Jürgen Habermas*, Bestialität und Humanität, in: Reinhard Merkel (Hg.), Der Kosovo-Krieg und das Völkerrecht, 2000, S. 61; vgl. dazu Thomas *Blanke*, Recht und Moral im Kosovo-Krieg. Eine Auseinandersetzung mit Jürgen Habermas, KJ 1999, 410 ff.

99 *Ulrich Beck*, Über den postnationalen Krieg, in: Blätter für deutsche und internationale Politik 1999, S. 985.

100 BVerfGE 127, 302 <312>.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

die von Assad ausgeübte Staatsmacht noch sehr wohl in der Lage, Teile der eigenen Bevölkerung mit Bomben und anderen Kriegsmaßnahmen zu überziehen. Es scheint zudem im Falle des Kosovo ungeklärt, ob der Schutz der albanischstämmigen Bevölkerung nicht auch mit weniger einschneidenden Sanktionsmitteln hätte erreicht werden können. [101] Desgleichen ist zu fragen, ob die Bombardierung von zivilen Zielen, die auch die Zivilbevölkerung Restjugoslawiens in Mitleidenschaft gezogen hat und zusätzliche serbische Repressionshandlungen gegenüber der albanischstämmigen Bevölkerung provozierte, nicht als untaugliche Maßnahme betrachtet werden muss. [102] Grundsätzlich liegt die Schwäche dieses neuen Rechtfertigungsprinzips in der Beliebigkeit seiner Anwendung und seinen unabsehbaren Folgen. Während Staaten es im Kosovo zur Rechtfertigung von Interventionen genutzt haben, verzichten sie andernorts, wie etwa in Syrien, auf seine Anwendung, obwohl dort die Menschenrechtsverletzungen keineswegs geringer ausfallen. Das Recht zur Selbstmandatierung ist damit nicht weniger dezisionistisch als die durch Veto-Positionen gekennzeichneten Beschlüsse des Sicherheitsrates, dessen Entscheidungsdefizite es kompensieren soll. Wenn Drittstaaten das selbstmandatierte Recht zur militärischen Intervention gegen Staaten gegeben wird, die an ihren Bürgern Menschenrechtsverletzungen verüben, wird die Friedenspflicht als Grundpfeiler einer nicht militärisch infizierten Außenpolitik der Staatengemeinschaft unterminiert. [103]

Wo es demgegenüber gelingt, die Konflikte einzudämmen, wird eine neue Ebene eines kosmopolitischen Rechtsregimes sichtbar. Massive Verstöße gegen das humanitäre Völkerrecht sind durch die Einrichtung von internationalen Gerichtshöfen sanktionierbar geworden. Nach den Nürnberger Prozessen geschah dies erstmals wieder 1993 durch das Jugoslawien-Tribunal und 1994 durch das Ruanda-Tribunal. Diese wurden zunächst durch den Sicherheitsrat der Vereinten Nationen auf der Grundlage von Art. 39 und 42 der Charta eingesetzt. [104] Das Jugoslawien-Tribunal kam

101 *Preuß* (Fn. 37), S. 133.

102 Vgl. dazu *Reinhard Merkel*, Das Elend der Beschützten. Über die Grundlagen der Legitimität sog. humanitärer Interventionen und die Verwerflichkeit der Nato-Aktion im Kosovo-Krieg, KJ 1999, 526 ff.

103 Vgl. zu den Risiken des Mißbrauchs den sog. „Astana-Vertrag", mit dem die Türkei, Rußland und Iran ihre Aktivitäten in Syrien koordiniert haben: *Gilles Kepel*, Chaos und Corvid. Wie die Pandemie Nordafrika und den Nahen Osten verändert. 2021, S. 130 ff.

104 Vgl. zu Jugoslawien Res. 827, zu Ruanda Res. 955.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

dabei zu dem Ergebnis, dass, was in internationalen Kriegen verboten ist, auch in Bürgerkriegen nicht anders als unzulässig sein kann. [105] Seit 2002 kann der auf der Grundlage einer völkerrechtlichen Übereinkunft eingerichtete Internationale Strafgerichtshof angerufen werden. [106] Dadurch erhält die durch das Tribunal von Nürnberg eröffnete, aber danach weitgehend folgenlos gebliebene Verfolgung von Völkermord, Verbrechen gegen die Menschlichkeit und Kriegsverbrechen einen neuen und erweiterten institutionellen Rahmen. Dort können nunmehr nicht nur individuell vorwerfbare Handlungen von einzelnen Tätern mit herausgehobenen staatlichen Funktionen verfolgt werden, sondern auch von Tätern, die keine solche Funktionen ausgeübt haben. Damit können nun auch die für asymmetrische Kriege typischen Verbrechen sanktioniert werden. Voraussetzung für das Tätigwerden der internationalen Gerichtsbarkeit ist allerdings, dass die Täter nicht von mächtigen politischen Patronen geschützt und so davor bewahrt werden, dingfest gemacht und an die internationale Gerichtsbarkeit überstellt zu werden. Wo die institutionellen Voraussetzungen zur Durchsetzung des Rechts schwach sind, endet die normative Kraft des Rechts.

VI. „War on Terror"

Terror ist der Einsatz roher physischer Gewalt zur Erreichung psychischer Wirkungen. Mit ihm sollen Angst und Schrecken verbreitet werden. Terror als Methode der Gewaltanwendung hat viele Facetten und historische Ausprägungen. [107] Die französische Revolution bediente sich der Guillotine, um ihre tatsächlichen oder vermeintlichen Gegner zu beseitigen, autoritäre Regierungen haben politische Opponenten mit Folter verfolgt, um deren Widerstand zu brechen, sie haben Todesschwadronen eingesetzt, um militante Gruppen zu bekämpfen, die Guerilla hat wiederum ihre Gegner mit Entführung und Mord bedroht. Terror wurde auch in vielen konventionellen Kriegen eingesetzt, um Kriegsziele schneller zu erreichen. Auch kann bereits die Etikettierung von gesellschaftlichen Dissensgruppen mit dem

105 Armitage (Fn. 3), S, 240.

106 BGBl. 2000 II S. 1393.

107 Vgl. als Versuch einer Typologie *Henner Hess*, Terrorismus als globale Staatsbildung, KJ 2002, S. 450 ff.; *Peter Waldmann*, Terrorismus. Provokation der Macht. 2011. *Jana Kärgel* (Hg.), Terrorismus im 21. Jahrhundert. Perspektiven. Kontroversen. Blinde Stellen. 2022.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

Verdikt „Terrorismus" leicht zu deren Dämonisierung und Kriminalisierung benutzt werden.

Der Terrorismus als politische Bewegung ist davon zu unterscheiden. Er hat sich in mehreren historischen Ausprägungen manifestiert. [108] Sie gleichen sich in ihren Gewaltmaßnahmen, unterscheiden sich aber in ihren weltanschaulichen Bezügen. Im sozialrevolutionären Terrorismus versuchten zunächst Anarchisten im 19. Jahrhundert mit der Durchführung terroristischer Aktionen als „Propaganda der Tat" eine sozialrevolutionäre Bewegung auszulösen. [109] Angegriffen wurden einzelne politische Repräsentanten, wie die österreichische Kaiserin Elisabeth oder der russische Zar sowie prominente Bauwerke. Lange Zeit haben Terroristen auch in der Regel dafür Sorge zutragen versucht, dass ihre Maßnahmen nicht Bevölkerungsgruppen trafen, deren Mobilisierung oder Befreiung angestrebt wurde. In dieser Traditionslinie steht auch der Terrorismus linksradikaler Splittergruppen der 70er Jahre des letzten Jahrhunderts. Die Roten Brigaden und die RAF versuchten gleichfalls, mit ihren Anschlägen auf prominente Persönlichkeiten in Staat und Wirtschaft Initiale zur Erhebung der durch die hergebrachten Parteien der kommunistischen Bewegung pazifizierten Arbeiterschaft zu setzen. Davon zu unterscheiden ist der Terrorismus des Ethnonationalismus, wie er von der IRA oder der ETA verfolgt wurde. Sein Ziel ist die Befreiung von einem als Fremdherrschaft empfundenen Regime. Sowohl der sozialrevolutionäre und linksradikale als auch der ethnonationalistische Terror ist abzugrenzen vom rechten Terrorismus. Er entwickelte sich bereits in den 20er Jahren des 20. Jahrhunderts im Umfeld der deutschen Freikorps. Ihm fehlen die zur Sozialrevolution mobilisierenden Intentionen gesellschaftlicher Veränderung weitgehend. Statt der „Propaganda der Tat" ist „Taten statt Worte" sein Motto. Seine Ziele fokussieren sich über die Eleminierung seiner von ihm mit Hass belegten Opfer hinaus darauf, ein Zeichen gegen als bedrohlich empfundene Entwicklungstendenzen in Staat und Gesellschaft zu setzen. In dieser Tradition steht auch der sich in der Bundesrepublik manifestierende rechtsradikale Terrorismus des Nationalsozialistischen Untergrunds.

Im Schatten der kriegerischen Auseinandersetzungen hat der Terrorismus in vielen Ländern tiefgehende Wirkungen hinterlassen. Gab es zwischen 1970 und 1978 weltweit weniger als 2.000 Anschläge im Jahr mit

108 Vgl. dazu *Waldmann* (Fn. 107), S. 98 ff.; *Walter Laquer*, Terrorismus, 1982.
109 *Münkler* (Fn. 49), S. 183.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

insgesamt weniger als 50 Todesopfern, stieg die Zahl der Anschläge bis 1992 auf 4.373 und die Zahl der Opfer auf 6.815. Für 2001, das eine entscheidende Entwicklungstufe des Terrorismus markiert, sind bei 4.373 Anschlägen 6.815 Tote registiert. Ab 2012 ist ein starker Anstieg zu verzeichnen. Er erreichte 2014 mit 15.546 Anschlägen und 33.411 Opfern seinen Höhepunkt. Bis 2019 sank er wieder auf unter 6.000 Anschläge mit weniger als 15.000 Toten. [110] Geografisch konzentrierten sich die Anschläge nach 2001 nicht auf die westlichen Staaten, sondern auf die islamisch geprägten Länder in Nordafrika und den Nahen Osten (37.553 Anschläge; 96.360 Opfer) sowie auf Zentral- und Südasien (37.150 Anschläge; 74.087 Opfer). In Europa wurden lediglich 4.531 Anschläge mit 2.558 Opfern, in Nordamerika 514 Anschläge mit 296 Opfern verübt. [111] Terrorismus ist die Waffe eher schwacher und zumeist auch sozial und politisch vereinzelter Akteure. Dass Terroraktionen zeitlich nur punktuell ausgeführt werden, grenzt sie von der permanenten Militanz der Guerilla ab. Sie werden aus dem Untergrund herausgeführt. Eine direkte Konfrontation mit den überlegenen militärischen Kräften des attackierten Staates wird vermieden. Die Aktionen von Terroristen richteten sich bevorzugt gegen symbolisch besonders aufgeladene Ziele.

Terroraktionen werden in der Regel nicht als Kriegshandlungen betrachtet, sondern als kriminelle Akte, die durch Polizei und Justiz strafrechtlich zu verfolgen sind. Die Verwirklichung von Straftatbeständen wie Mord oder Erpressung zeichnet sich dabei jedoch durch die zusätzliche Intention aus, über die Anschläge Angst und Schrecken in der Gesellschaft zu verbreiten und den Staat zu bestimmten Gegenmaßnahmen zu veranlassen. Während der Kriminelle in der Regel das geltende Strafrechtssystem anerkennt und nur die Begehung der ihm zur Last gelegten Straftatbestände bestreitet, rechtfertigt der Terrorist seine Taten mit der Legitimität der von ihm verfolgten Ziele. Die Kommunikationsstrategien des Terrorismus setzen auf die zusätzliche Wirkungsverstärkung seiner Aktionen durch das Element der Überraschung, das die Gesellschaft in eine Schockstarre versetzen soll. Durch spektakuläre Anschläge soll die Funktion des Staates als Garant der inneren Sicherheit geschwächt und die normativen Grundlagen seines politischen Systems untergraben werden. Die Terrormaßnahmen haben Erfolg, wenn es gelingt, die Verwundbarkeit des an seinen Gewaltpotenzialen gemessen weit überlegenen politischen Regimes aufzuzeigen und dieses

110 *Kärgel* (Fn. 107), S. 452.
111 *Kärgel* (Fn. 107), S. 450.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

zu unverhältnismäßig scharfen Gegenreaktionen zu provozieren. Dies gibt die Möglichkeit, das attackierte Regime als den eigentlichen Aggressor zu entlarven und die eigenen Terrormaßnahmen als Mittel der Selbstverteidigung zu rechtfertigen. Dadurch können Spannungen zwischen gesellschaftlichen Gruppen vertieft und soziale Polarisierungen verschärft werden, um darüber den Nährboden für die Rekrutierung von Anhängern zu schaffen.

Terroristen operieren im Untergrund und ziehen sich nach ihren Anschlägen auch wieder dorthin zurück. In der Mehrzahl der Fälle suchen die Täter Schutz in der Anonymität. [112] Gleichwohl bedürfen ihre Aktionen der Öffentlichkeit, um die mit ihnen intendierte Wirkung zu erhöhen. Längst sind die früheren Bekennerschreiben durch Life-Berichterstattung im Fernsehen, das Verbreiten von Handy-Aufnahmen in den sozialen Medien oder Internetmanifeste abgelöst worden. Terror wirkt dann durch die „Verkoppelung von Gewalt und medialer Präsentation." [113] Erfolg wird an der medialen Wirkung gemessen. Die dadurch in der Öffentlichkeit verstärkte Aufmerksamkeit begründet wiederum ein symbiotisches Verhältnis des Terrors zu den ihn verbreitenden Medien. [114] Sie initiieren und steuern über das „oxygen of publicity" (Margaret Thatcher) die „Begleitkommunikation" zu den verübten Anschlägen, die eine sich immer weiter steigernde Eskalationsdynamik freisetzen soll. Sie kulminiert in der Erzeugung der Stimmung, dass sich der attackierte Staat in einem Ausnahmezustand befindet. Die von Terroranschlägen verursachte und durch die Medien vertiefte Erschütterung über die Tat weckt den Ruf nach staatlichen Gegenmaßnahmen, deren Inhalt und Umfang ohne die Attacken kaum begründet werden könnten.

Der von außen in die entwickelten Staaten hineingetragene internationale Terrorismus hat die hergebrachten Konturen des Terrorismus aufgelöst. Er versucht nicht, eine Antwort auf die internen Probleme des attackierten Staates zu geben, sondern konfrontiert ihn mit externen Problemen anderer politischer Ordnungen. Es begann mit Flugzeugentführungen durch palästinensische Terroristen in den 70er Jahren des letzten Jahrhunderts. [115] Sie konfrontierten die westlichen Staaten mit Forderungen nach der Freilassung von Gefangenen. Dadurch sollten sie in die dilemmatische Entschei-

112 *Kärgel* (Fn. 107), S. 454.
113 *Münkler* (Fn. 48), S. 198.
114 Vgl. dazu *Herfried Münkler*, Terrorismus als Kommunikationsstrategie. Die Botschaft des 11. September, in: Internationale Politik 2001, S. 11 ff.
115 Vgl. dazu *Annette Vowinckel*, Flugzeugentführungen. Eine Kulturgeschichte. 2011, S. 22 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

dungssituation gebracht werden, den Entführern nachzugeben oder das Leben der Geiseln aufs Spiel zu setzen. Ziel der Flugzeugentführungen war nicht, dem ökonomisch und technisch weit überlegenen Feind eine militärische Niederlage zuzufügen, sondern die Verwundbarkeit der für ihn wichtigen globalen Verkehrssysteme aufzuzeigen und diesen zu für ihn grundsätzlich inakzeptablen Handlungen, wie die Freilassung von Terroristen, zu nötigen. Dazu wurde der Terror internationalisiert und auf an den politischen Konflikten unbeteiligte Zivilpersonen gerichtet, die zufällig Passagiere des attackierten Flugzeuges waren. Anders als die Guerilla und auch die bis dahin bekannten Formen des politischen Terrorismus kann diese Version des Terrors auf die Unterstützung einer ihm wohlgesonnenen Bevölkerung im Feindesland verzichten. Die ungeheuere Gewaltsamkeit der Aktionen, die sich regelmäßig gegen völlig Unbeteiligte richteten, entsetzte die Öffentlichkeit in den betroffenen westlichen Staaten. Gleichwohl trifft das Verdikt „hostes omnium", mit dem in früheren Jahrhunderten die Seeräuber belegt wurden, nicht. Denn der Adressatenkreis des Terrors hatte sich verändert. Appelliert wurde an die Bevölkerung in den arabischen Ländern, sich den Terroristen anzuschließen und den Kampf gegen Israel und die Führungsmächte der westlichen Welt aufzunehmen. Insoweit können diese terroristischen Aktionen als verzweifelter Appell der ökonomisch und militärisch weit unterlegenen Kämpfer an die Öffentlichkeit in den arabischen Ländern verstanden werden, dass es Möglichkeiten gibt, den Status der strukturellen Unterlegenheit zu verlassen.

Im Ergebnis erwies sich diese Form des Terrors jedoch als wenig erfolgreich. Die Welle der Flugzeugentführungen verebbte in den achtziger Jahren ohne die erhofften Mobilisierungseffekte. Sie haben die betroffenen Staaten zu kostenträchtigen Maßnahmen zur Verbesserung der Sicherheit des globalen Luftverkehrs gezwungen, die nicht nur ihre Haushalte belastet, sondern auch Mobilität und Kommunikation in und zwischen den Staaten beeinträchtigt und die Bürgerrechte beschnitten haben. Mit sieben völkerrechtlichen Übereinkommen wurde der Versuch unternommen, staatliche Gegenmaßnahmen zu koordinieren. Mit Ausnahme von Israel ist der proklamierte Grundsatz, dass mit Terroristen nicht verhandelt werden soll, immer wieder gebrochen worden. Dies rettete vielen Geiseln das Leben, ermutigte die Terroristen jedoch zu weiteren Aktionen. Dagegen haben sich in etlichen Ausprägungen des ethnonationalistischen Terrors, wie etwa der IRA oder ETA, Verhandlungen mit Terrororganisationen letztlich als probates Mittel zur Pazifizierung dieser Konflikte erwiesen. Die Gegenposition harter staatlicher Reaktionen lief auf den Versuch hinaus, Geiseln

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

mit Gewalt zu befreien. Hier lassen sich Tendenzen zur Militarisierung des staatlichen Handels erkennen. Das Hoheitsgebiet des betroffenen Staates setzt keine strikte Grenze mehr für den Einsatz der zur Befreiung vorgesehenen Kräfte. Ihre Ausrüstung und Maßnahmen nähern sich, wie etwa bei der deutschen GSG 9, denen militärischer Spezialkräfte an. Gleichwohl blieb der normative Rahmen ihres Einsatzes polizei- und strafrechtlich konturiert.

Eine besondere Variante des Terrorismus ist durch den islamischen Dschihadismus in die Welt getragen worden. Seine ideologischen Ziele sind religiös fundiert und antisäkular ausgerichtet. Diese besondere Version des politischen Islam [116] versucht, seine extrem fundamentalistische Glaubensausrichtung nicht nur in der islamischen Welt, sondern perspektivisch auch darüber hinaus zu etablieren. Der Dschihadismus manifestiert sich nicht nur in den organisatorisch gefestigten Gruppen von al Qaida und dem IS, sondern hat inzwischen eine ideologische Heimstätte in vielen sunnitischen Moscheen islamischer Staaten gefunden. Durch besonders brutale Maßnahmen, die sich nicht nur in spektakulären Anschlägen gegen Ziele in den westlichen Staaten, sondern insbesondere auch gegen Einrichtungen und Personen in islamischen Ländern richten, soll die Demoralisierung seiner Feinde und noch mehr die Euphorisierung der Bevölkerung des arabischen Raumes gefördert werden, der zu den instabilsten auf der Welt zählt. [117] Sie soll für die Ziele des Islamismus mobilisiert werden, die politischen Regime in den Ölmonarchien zu stürzen, den westlichen Einfluss zu verdrängen und letztlich ein globales Kalifat zu errichten.

Der dschihadistische Terror von al Qaida hat sich in drei Phasen entwickelt. [118] Zunächst richtete er sich gegen islamische Regime, die der Abweichung vom rechten islamischen Glauben bezichtigt wurden. Eine besondere Rolle spielte die Unterstützung der Taliban bei ihren Versuchen, ihre Herrschaft gegen den sowjetischen Aggressor in Afghanistan zu befestigen. In der sich daran anschließenden Phase wendete sich al Qaida

116 In ihm konkurrieren mehrere Strömungen um Einfluß. Neben dem vom Iran vertretenen Schiismus stehen auf sunnitischer Seite die von der Türkei protegierten Moslembruderschaften, der von Saudi Arabien getragene konservative Salafismus und eben der politisch besonders aktive terroristsiche Dschihadismus.

117 *Kepel* (Fn. 103), S.

118 Vgl. dazu *Rashid* (Fn. 89), S. 105 ff.; *Christoph Reuter*, Die schwarze Macht. Der „Islamische Staat" und die Strategien des Terrors. 2015; *Gilles Kepel*, Terror in Frankreich. Der neue Dschihad in Europa. 2016; *Peter R. Neumann*, Der Terror ist unter uns. Dschihadismus und Radikalisierung in Europa. 2016.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

gegen den „fernen Feind," der insbesondere in den USA verortet wurde. [119] Diese wurden 1998 mit Angriffen außerhalb ihres Territoriums auf ihre Botschaften in Kenia und Tansania attackiert. Schließlich richtete sich al Qaida gegen die urbanen Zentren der westlichen Welt selbst. Dafür stehen zuallererst die Selbstmordattentate auf die Twin Towers in New York und auf das Pentacon in Washington vom 11. September 2001. Sie trafen die USA völlig unvorbereitet. Nie zuvor und auch nicht danach hat ein Terroranschlag mehr Opfer gefordert, höhere wirtschaftliche Schäden angerichtet, [120] größere mediale Aufmerksamkeit erweckt und stärkere geopolitische Auswirkungen gehabt. Anschläge auf eine Diskothek auf Bali, die Vorortzüge von Madrid und die U-Bahn von London folgten. Mit ihnen hat al Qaida neue Marken für den internationalen Terrorismus gesetzt. Sie hat sich als transnationales Netzwerk von islamistischen Kämpfern etabliert, die in nahezu allen islamischen Ländern rekrutiert und an unterschiedlichen Orten der Welt in komplexen Operationen taktisch eingesetzt wurden. Kämpfte die Guerilla noch auf heimischen Boden gegen reguläre Truppen gebietsfremder Mächte und konzentrierte sich der palästinensische Terrorismus auf den Flugverkehr, [121] so sind Kennzeichen des islamistischen Terrorismus Anschläge gegen sog. „weiche Ziele" in den entwickelten Staaten selbst, die von einer großen Zahl von Menschen besucht werden und sich nur mit hohem Aufwand kontrollieren lassen. Die Ausführung der Anschläge ist weder räumlich noch zeitlich verortbar. Entscheidend für die Strategie des Terrors ist dabei nicht der den angegriffenen Staaten zugefügte materielle Schaden, sondern dessen mediale Wirkung. Je „höher die Zahl der Opfer, desto größer die erzielte Aufmerksamkeit und desto nachhaltiger der Erfolg". [122] Das Ziel solcher Aktionen ist weniger, die angegriffenen westlichen Gesellschaften in ihren Grundfesten zu erschüttern als vielmehr, die Bereitschaft der islamischen Welt zum Kampf gegen die „Kreuzzügler" zu wecken, neue Anhänger zu rekrutieren und aktive Kämpfer für weite-

119 Vgl. *Reuter* (Fn. 117), S. 205.

120 Während die Organisierung der Anschläge einen geschätzten Aufwand von 500.000 Dollar erforderte, kostete die amerikanische Reaktion auf sie mindestens 3 Billionen Dollar (*Carlo Masala*, Weltunordnung. Die globalen Krisen und die Illusionen des Westens. 2022, S. 71).

121 Insoweit sind die Anschläge auf isrealische Sportler, die an den olympischen Spielen in München teilnahmen, und auf die Opec-Konferenz in Wien als räumliche und politische Verschärfung des Terrors zu begreifen, der in die feindlichen Staaten selbst hinein getragen wurde.

122 *Münkler* (Fn. 49), S. 187.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

re Aktionen zu mobilisieren. Der Terror wird damit zwar auch politisch instrumentalisiert, eine solche nach innen gerichtete Strategie liegt jedoch außerhalb der von Clausewitz entwickelten Definition des strategischen Zieles des Krieges, einen äußeren „Feind zur Erfüllung unseres Willens zu zwingen." [123] Insoweit wird das Szenario militärischer Aktionen verlassen.

War der Guerillakrieg die defensive Version des Ungleichgewichts der militärischen Kräfte, in der eine militärisch überlegene Macht auf heimischem Territorium in einen Abnutzungskrieg gezogen werden sollte, so stellt der von al Qaida kreierte Terrorismus die offensive Variante dar, in der sich die Terroristen der „zivilen Infrastruktur" eines fremden Landes „als logistischer Basis" bedienen und sie gleichzeitig zur „Waffe umfunktionieren." [124] Er konnte dabei seine Logistik in den Poren der auf politischer Freiheit basierenden modernen Gesellschaften des Westen etablieren, die er angreifen will. Al Qaida nutzte den Flugverkehr sowohl als Transportmittel, um ihre Anhänger zu den von ihr ausgewählten Zielen zu schleußen, als auch als Objekt ihrer Attacken. Das Internet diente als schwer zu kontrollierendes Medium der operativen Planung, der Rekrutierung von Sympathisanten und der Außenkommunikation. Die Anforderungen an die für die geplanten Anschläge erforderliche Bewaffnung waren gering, der organisatorische Aufwand dafür dagegen erheblich. Der von al Qaida entwickelte „Reiseterrorismus" erforderte eine aufwändige Logistik von Personen, Material und finanziellen Mitteln zum Einsatz in fremden Staaten aus dem Untergrund heraus. Mit der extremen Asymmetrisierung der Gewaltmittel reagierte der Terrorismus auf die strukturellen militärischen, ökonomischen und technischen Asymmetrien, die der unterlegenen Seite keine Aussicht auf eine erfolgreiche Resymmetrisierung durch eine komplementäre Steigerung eigener Anstrengungen lassen. [125] Mit der Bereitschaft zur Selbstaufopferung wird darüber hinaus eine Grundanforderung militärischer Strategie entbehrlich: die Sorge um den Rückzug. Wer zur Aufopferung des eigenen Lebens bereit ist, muss sich um die Sicherung von Fluchtwegen nicht kümmern. Die Anschläge gewinnen zudem gerade dadurch eine eminente symbolische Bedeutung. Der in der Selbstaufopferung dokumentierte Gestus der heroischen Entschlossenheit wird der postheroischen Mentalität der angegriffenen Gesellschaften entgegengestellt. In ihrer

123 *Von Clausewitz* (Fn. 4), S. 17.
124 *Münkler* (Fn. 49), S. 54.
125 *Münkler* (Fn. 48), S. 194.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

medialen Vermittlung liegt der entscheidende Schritt der erfolgreichen Nutzung asymmetrischer Gewaltanwendung.

Auch wenn die gegen die entwickelten Staaten ausgeübte terroristische Gewalt eine Vielzahl von Opfern fordert, gleicht sie weniger militärischen Aktionen als vielmehr kriminellen Aktivitäten. Ihre Bekämpfung veranlasste die attackierten westlichen Staaten allerdings zu Maßnahmen, die weit über die hergebrachten polizeilichen Mittel hinausgehen. Während sich die meisten europäischen Staaten auf die Erweiterung ihrer polizeilichen, strafrechtlichen und geheimdienstlichen Potenziale konzentrierten, verkündete der amerikanische Präsident Bush als Reaktion auf die Anschläge vom 11. September den „war on terror." Bereits am 26. 10. 2001 wurde der Patriot Act erlassen. Durch ihn wurden die Befugnisse zu Abhörmaßnahmen, zur Speicherung von Verbindungsdaten, zu verdeckten Durchsuchungen und zu Eingriffen in das Bankgeheimnis sowie zur Überwachung der Ein- und Ausreise erheblich erweitert. [126] Der „war on terror" begnügte sich allerdings nicht mit der Erhöhung der internen Potenziale der Behörden der USA zur Prävention, sondern dehnte den Aktionsraum der Gegenmaßnahmen auf alle Rückzugsgebiete von al Qaida in der gesamten Welt aus und erweiterte ihr Aktionsspektrum auf alle zur Verfügung stehenden militärischen und geheimdienstlichen Mittel. Auch jede andere global operierende terroristische Gruppe sollte weltweit verfolgt und vernichtet werden. Zudem gerieten die sog. „Schurkenstaaten" ins Visier. In der „National Security Strategy" wurden dazu nicht nur die Staaten gezählt, die al Qaida Rückzugsmöglichkeiten gewährten, sondern darüber hinaus auch alle den USA feindlich gesinnte Staaten, die Massenvernichtungswaffen besitzen oder in dem Geruch standen, sich solche zu verschaffen versuchen. [127] Gegen sie sollten nicht nur bei akuter Bedrohung, sondern bereits proaktiv „pre-emptive strikes" durchgeführt werden. Alle Staaten der Welt wurden aufgefordert, die USA in ihrem Kampf gegen den Terrorismus zu unterstützen. Die NATO erklärte daraufhin den Bündnisfall. Auf die punktuelle Globalisierung des Aktionsfeldes des Terrors durch al Qaida antwortete der „war on terror" mit der räumlichen Ubiquitarisierung der gegen sie gerichteten Gegenmaßnahmen und ihrer Erweiterung auf alle Gruppierungen und Staaten, die der Unterstützung des Terrors verdächtigt wurden.

126 Vgl. dazu *Clemens Arzt*, Polizeiliche Überwachungsmaßnahmen in den USA. Grundrechtsbeschränkungen durch moderne Überwachungstechniken und im War on Terrorism. 2004, S. 83 ff.

127 Vgl. dazu The White House, The National Security Strategy, 2002 (georgewbush-whitehouse.archives.gov/nsc/nss/2002).

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

Als räumlich nicht gebundene Netzwerkkonfiguration war al Qaida jedoch für die Durchführung von Gegenmaßnahmen nur schwer zu lokalisieren. So wurde das gesamte Staatsgebiet von Afghanistan zum Einsatzgebiet. Zwar gelang es dort zunächst, al Qaida und die sie unterstützenden Taliban aus dem Land zu vertreiben, beide konnten sich jedoch in die benachbarten Grenzregionen Pakistans zurückziehen, sich unter dem Schutz des dortigen Geheimdienstes reorganisieren und von dort weitere Operationen durchführen. Das Internet wurde zur „virtuellen Zufluchtsstätte", [128] in der sich die weltweit versprengte Anhängerschar vernetzen konnte. Alle Versuche, die Führer von al Qaida festzusetzen, blieben zunächst ohne durchschlagenden Erfolg. Die USA waren schließlich gezwungen, ihre geheimdienstlichen und militärischen Maßnahmen gegen al Qaida auf Länder wie Pakistan, Jemen oder Somalia auszudehnen, in denen Stützpunkte der Terrororganisation vermutet wurden, ohne diesen Staaten selbst formell den Krieg zu erklären. Al Qaida zog sich von Angriffen auf Ziele in den westlichen Staaten weitgehend zurück. [129] Dagegen konnte sich al Qaida neue Aktionsfelder in islamisch geprägten Staaten von Nordafrika und des Nahen Osten erschließen. Insbesondere gelang es ihr, sich nach der Invasion der USA in den Irak mit der dort entstehenden Widerstandsbewegung zu verbünden und deren Gewaltpraktiken maßgeblich zu beeinflussen. [130] Ihre aus dem Untergrund geführten Aktionen und die Unfähigkeit der von den USA eingesetzten Regierung, ein funktionierendes politisches System zu installieren, veranlassten die USA 2011, sich schrittweise aus dem Irak zurückzuziehen. Zudem konnten sich die mit al Qaida aus Afghanistan vertriebenen Taliban von Pakistan aus erfolgreiche Aktionen in Afghanistan durchführen, dort nach und nach ihre Herrschaft territorial wieder befestigen und so 2021 die USA und ihre Alliierten zum Rückzug aus dem Land zwingen.

In den letzten Jahren hat der Islamische Staat (IS) die Versuche von al Qaida fortgesetzt, Furcht und Schrecken in westliche Kapitale zu tragen. Der IS wurde 2006 im Irak in Kooperation mit al Qaida unter der Bezeichnung ISI als Untergrundorganisation gegründet. Seine ideologische Basis ist gleichfalls eine besonders rigide Version des „wahrhaften Islam." Als die Truppen der USA 2010 begannen, sich aus dem Irak zurückzuziehen,

128 *Bruce Hoffman*, Terrorismus – der unerklärte Krieg, 2007, S. 329.

129 Der 2015 in Paris durchgeführte Anschlag auf die Redaktion der Satire-Zeitschrift „Charlie Hebdo" dürfte eine der letzten Aktionen gewesen sein, deren Täter sich zu al Qaida bekannten.

130 *Rashid* (Fn. 88), S. 182 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

nutzte der ISI das entstehende Machtvakuum, um sich eine feste territoriale Basis in den von Sunniten bewohnten Gebieten zu schaffen. Seine Aktionen zeichneten sich durch extreme Brutalität gegenüber von ihm als „Nichtgläubige" identifzierten Opfern aus. Er rekrutierte seine Anhänger zunächst aus der sunnitischen Bevölkerung, die unter der schiitischen Mehrheit litten, und aus ehemaligen Offizieren, die ihre Stellung in der irakischen Armee verloren hatten. Dadurch entstand eine explosive Allianz aus religiösem Fanatismus und militärischer Kompetenz. 2014 wurde das islamische Kalifat im Irak und Syrien unter der Bezeichnung IS mit dem Ziel ausgerufen, einen weltweites, territorial nicht begrenztes islamisches Kalifat zu errichten. Dies bedeutete zugleich die Trennung von al Qaida.

2015 erweiterte der IS sein Operationsfeld auf die Zentren entwickelter Staaten. Seine Terroranschläge richteten sich dort allerdings nicht mehr bevorzugt gegen die USA, sondern fokussierten sich auf Europa. Die von ihm getragene Welle des Terrors setzte 2015 mit den Anschlägen auf das Stade de France und die Diskothek Bataclan ein. Ein Jahr später forderte die mit einem Lkw durchgeführte Attacke auf die Promenade von Nizza viele Tode. Angegriffen wurden in der Folge mit Anschlägen in Brüssel, Manchester und Berlin bevorzugt prominente öffentliche Wege und Plätze, Bahnhöfe und Flughäfen. Die Terrormaßnahmen des IS ähneln zwar denen von al Qaida, für ihre Realisierung genügen allerdings weniger aufwändige Vorbereitungen und Mittel. Für den alltäglichen Gebrauch vorgesehene Messer und Automobile reichen aus. Dazu übermittelt der IS bevorzugt Handlungsanleitungen durch die Kanäle der neuen Medien und sozialen Netzwerke. Dies erhöht auch seine Resonanz unter seinen Anhängern in Europa. Terroraktionen in den europäischen Ländern werden zunehmend von Tätern durchgeführt, die nicht unter dem direkten Kommando des IS stehen, sondern sich ihm selbst kooptativ angeschlossen haben und teilweise auch aus islamistischen Gruppierungen stammen, die sich im Kontext eines „Stimmungsterrorismus" [131] in den angegriffenen Gesellschaften selbst gebildet haben. Beides erschwert Möglichkeiten, solche Anschläge zu verhindern, erheblich.

Im Gegensatz zu dem transterritorialen Konzept von al Qaida ist die Strategie des IS auch territorial orientiert. In den zerfallenden Staatswesen des Iraks und Syriens konnte der IS seine Herrschaft innerhalb weniger Monate über große Gebiete territorial befestigen. In seinen Hochzeiten

131 *Kepel* (Fn. 103), S. 14.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

konnte er die Herrschaft über 41 Provinzen von Mali über Libyen, Syrien, dem Irak bis nach Usbekistan und Pakistan für sich reklamieren. [132] Der IS war dabei in der Lage, vom Terrorismus bis zur Führung eines konventionellen Krieges mehrere Gewaltpraktiken nebeneinander einzusetzen. Zum Einsatz kamen zum einen schwere und leichte Waffen, zum anderen auch Terroraktionen in Form von Selbstmordattentaten sowie besonders grausame Formen der öffentlichen Hinrichtung. In den vom ihm eroberten Gebieten verfolgte der IS religiöse Minderheiten wie die Jesiden mit brutaler Gewalt. Er etablierte dabei zugleich Elemente einer durch Scharia-Gerichte geleiteten islamistischen Ordnung, baute ein Medienimperium auf, richtete einen Repressions- und Geheimdienstapparat ein und organisierte parastaatlichen Leistungen von selektiver Bildung bis hin zur Müllabfuhr. [133] Geschätzte 42.000 in Europa rekrutierte Anhänger zogen in die von ihm gehaltenen Gebiete in Syrien und im Irak.

Die Bekämpfung der räumlichen Doppelstrategie des IS musste daher räumlich unterschiedlich ausgelegt werden. Sie erstreckte sich zum einen auf Maßnahmen in den potenziellen Angriffspunkten der entwickelten Staaten und zum anderen auf Aktionen gegen die territorialen Basen des IS. Versuche des IS, eine territorial befestigte Herrschaft zu etablieren, waren im Irak und in Syrien letztlich nicht erfolgreich, weil sich gegen sie konventionelle militärische Aktionen durchführen ließen, in denen die überlegenen militärischen Mittel westlicher Militärmacht zur Geltung kommen konnten. Während die Bedrohung der westlichen Zentren durch Anschläge nach wie vor akut ist, kann die Befestigung territorialer Herrschaftsbereiche im Irak und in Syrien mit dem Tod ihres Anführers Abu Bakr al-Baghdadi im Jahr 2019 als zumindest vorläufig gescheitert gelten. In den betroffenen Staaten hat er sich auf Untergrundaktionen in den politisch und ökonomisch ruinierten Gemeinwesen zurückgezogen. Virulent sind die Aktivitäten seiner Anhänger dagegen nach wie vor in weiten Teilen Nordafrikas.

Der IS konnte mit seinen Terroranschlägen in den europäischen Ländern gleichfalls nur begrenzte und indirekte Wirkungen erzielen. In ihnen ist vielmehr die bereits durch al Qaida erzeugte Bereitschaft verstärkt worden, immer härtere polizeiliche, geheimdienstliche und militärische Gegenmaßnahmen zu ergreifen. Sie beruhen auf Strategien, die im Verborgenen

132 Vgl. Die Zeit vom 17. 3. 2016, S. 6.

133 Vgl. dazu *Teije Hidde Donker*, Verwaltung sticht Religion. Das dschihadistische Gewaltregime in Syrien, in: Mittelweg 36, 2/2018, S. 58 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

agierenden Terroristen sichtbar zu machen. Da die globale Vernetzung des Dschihadismus die räumliche und soziale Verortung seiner Kommandostrukturen, Rekrutierungswege und Finanzströme erheblich erschwert, wurden Polizei und Nachrichtendienste organisatorisch und operativ aufgerüstet, die Überwachung von Informationswegen und Mobilität verbessert, Strafgesetze verschärft und andere Maßnahmen getroffen, die das Risiko vermindern sollen, dass Anschläge in Zukunft weiter verübt werden. Mögliche Täter sollen bereits vor der Durchführung von Terrorakten identifiziert, ihre Logistik erfasst sowie ihre Mobilität und Kommunikation überwacht werden. Diese Maßnahmen können jedoch nicht mehr zielgerichtet auf die terroristischen Akteure fokussiert werden, sondern erfassen die gesamte Gesellschaft. Sie zielen auf die allumfassende Ausforschung der globalen Mobilität, Kommunikation und Teilnahme an den sozialen Medien. Sie verändern damit den Lebensmodus moderner Gesellschaften fundamental. Der Kampf gegen den Terrorismus führt zum institutionalisierten innerstaatlichen Verdacht. Aber auch für anlasslose, flächendeckende und auf Dauer angelegte Überwachungsmaßnahmen sind die Grenzen ihres Erfolgs offenkundig, wenn die Anschläge nicht mehr von organisierten Gruppen, sondern von Einzeltätern durchgeführt werden, die sich im Stillen auf ihre Taten vorbereiten. Auf sie waren zwischen 2006 und 2014 immerhin Dreiviertel aller Terroropfer in westlichen Staaten zurückzuführen. [134]

In der Bundesrepublik hat die Reaktion auf die Anschläge von Terroristen zunächst im Rahmen der Sicherheitspakete I und II zu einer einschneidenden Erweiterung der präventivpolizeilichen Befugnisse im Bereich der Rasterfahndung, der Sicherheitsüberprüfung von Personen und der Datenzugriffsbefugnisse der Sicherheitsbehörden geführt. [135] Bis zum Terrorismusabwehr-Gesetz von 2008, das dem Bundeskriminalamt umfassende Aufgaben der Abwehr von Gefahren des internationalen Terrorismus übertrug, [136] wurden von Bund und Ländern etwa zwei Dutzend Maßnahmebündel erlassen. Die Eingriffsbefugnisse waren zunächst zeitlich befristet, wurden danach allerdings mehrmals verlängert und 2020 schließlich auf Dauer gestellt. Die Mittel der Sicherheitsbehörden wurden um 3 Mrd. € aufgestockt. Ein Gemeinsames Terrorismusabwehrzentrum wurde eingerichtet. Auch in das Strafrecht erhielt der Gedanke der Prävention

134 Vgl. Der Spiegel 31/2016, S. 15.
135 Vgl. das Terrorismusbekämpfungsgesetz vom 9. 1. 2002 (BGBl. 2002 I S. 361).
136 BGBl. 2008 I S. 3038.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

Einzug. [137] Strafbar sind danach nicht nur die eigentlichen Akte des Terrors, sondern schon die Gründung von und Mitgliedschaft in ausländischen terroristischen Vereinigungen (§ 129b StGB). Die gegen den Terrorismus gerichteten Straftatbestände wurden in der Folge soweit ausgedehnt, dass nun nach § 89b StGB bereits die Kontaktaufnahme zu terroristischen Organisationen unter Strafe gestellt ist. Als Reaktion auf die Rekrutierungsbemühungen des IS wurde die Möglichkeit geschaffen, die Ausreise von Personen, die der Verbindung zu Terrororganisationen verdächtigt werden, in von diesen beherrschte Gebiete zu untersagen (§ 10 PassG). Die freiheitsgefährdende Qualität der durch den Bund und die Länder erlassenen Regelungen war ebenso evident wie ihre rechtsstaatlichen Mängel. [138] Das Bundesverfassungsgericht hat in der Folge Regelungen, wie zum „Großen Lauschangriff", [139] zur Rasterfahndung [140] oder zur Online-Durchsuchung [141] rechtsstaatliche Grenzen gesetzt. Die prominenteste Maßnahme ist die anlasslose Vorratsdatenspeicherung. Für sie erscheinen alle Bürger als potenzielle Gefährder. Was vormals durch eine anlassbezogene Fahndung nach bestimmten Personen bewältigt wurde, sollte nun in eine anlasslose Speicherung aller Verbindungsdaten erweitert werden. Die Maßnahmen zur Gefahrerforschung sollten nicht mehr an bestimmte Anlässe gebunden sein, sondern auf eine zeitlich und räumlich ungebundene Überwachung orientiert werden. Dies führt zur Ubiquitarisierung des Verdachts. Die Vorratsdatenspeicherung ist durch das Bundesverfassungsgericht in der ihm vorgelegten Form für unzulässig erklärt worden. [142] Der EuGH hat dies mit seiner Entscheidung vom 20. 9. 2022 bekräftigt. [143]

Der dschihadistischeTerror wird nicht nur durch Polizei und Gerichte verfolgt, sondern von vielen Staaten auch mit militärischen Mitteln bekämpft. Zu beobachten ist dabei zunächst eine militärische Aufrüstung der Polizei durch schwere Waffen, Einrichtungen zur Sprengstoffbeseitigung

137 Vgl. dazu *Christoph Gusy*, Präventionsstaat zwischen Rechtsgüterschutz und Abbau von Freiheitsrechten in Deutschland, in: Kurt Graulich/Dieter Simon (Hg.), Terrorismus und Rechtsstaatlichkeit: Analysen, Handlungsoptionen, Perspektiven, 2007, S. 273 ff.

138 Vgl. *Heribert Prantl*, Der Terrorist als Gesetzgeber. Wie man mit Angst Politik macht. 2008; *Tristan Barczak*, Der nervöse Staat. Ausnahmezustand und Resilienz des Rechts in der Sicherheitsgesellschaft. 2020.

139 BVerfGE 109, 279.

140 BVerfGE 115, 320.

141 BVerfGE 120, 274.

142 BVerfGE 125, 260.

143 EuGH, Urteil 20. 09. 2022 - C-793/19, C-794/19.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

und andere Vorkehrungen. Zudem werden zur Bekämpfung terroristischer Aktionen in einigen der betroffenen Staaten auch die Streitkräfte selbst mobilisiert. Militärische Einsätze gegen die territorialen Basen des Terrors werden insbesondere von den USA weltweit durchgeführt und auf Dauer gestellt. Sie kulminieren in exzessiven Formen der Bekämpfung des Terrors durch den globalen Einsatz ferngelenkter Waffen. Dies wirft erhebliche rechtliche Probleme auf. In der Bundesrepublik ist der Einsatz des Militärs durch das Grundgesetz nach Maßgabe von Art. 87a Abs. 4 sowie Art. 35 Abs. 2 und GG an enge Voraussetzungen gebunden. Die Streitkräfte dürfen nur zur Verteidigung, im Rahmen eines gegenseitigen Systems kollektiver Sicherheit oder in engbegrenzten Fällen zur Amtshilfe eingesetzt werden. Art. 87a GG verlangt dafür grundsätzlich die vorherige Zustimmung des Parlaments. Dies macht präventive Einsätze zur Ausschaltung einzelner Terroristen unmöglich. Die bewusste Inkaufnahme von sog. „Kollateralschäden" unbeteiligter Dritter ist zudem vom Bundesverfassungsgericht grundsätzlich problematisiert worden. [144]

Der von den Vereinigten Staaten verkündete „war on terror" dehnt zunächst die Verfolgung von Terroristen nicht nur an den Stätten ihres Wirkens, sondern auch auf Orte ihres Rückzugs in zerfallende Staaten wie Somalia, Afghanistan, Jemen, Irak oder Syrien aus. Die von der Regierung Bush entwickelten Strategien haben sich in den Grundzügen auch in den nachfolgenden Präsidentschaften erhalten. Völkerrechtlich setzt eine solche Intervention in fremde Staaten zunächst voraus, dass der Weltfrieden bedroht ist, der Staat, gegen den sich die Maßnahmen richten, die Terrororganisation nachweislich unterstützt und dass der Sicherheitsrat der Vereinten Nationen die entsprechenden Sanktionen freigibt. Dieser hat sowohl schwere Akte des Terrorismus selbst als auch die Förderung des internationalen Terrorismus durch einen Staat als Bedrohung des Weltfriedens gewertet und damit auch die Verhängung von Sanktionsmaßnahmen grundsätzlich gerechtfertigt. [145] Sie reichen von Maßnahmen gegen die finanzielle Basis des Terrorismus bis zum Einsatz von militärischer Gewalt. [146] Auch das Taliban-Regime in Afghanistan war bereits vor den

144 So ist die gesetzliche Ermöglichung des Abschusses eines von Terroristen entführten Verkehrsflugzeuges, um ein gezieltes Abstürzenlassen auf bewohnte Gebiete zu verhindern, durch das Bundesverfassungsgericht als Verletzung der Menschenwürde und Überschreitung der zulässigen Amtshilfe nach Art. 35 GG gewertet worden (BVerfGE 115, 118 <144>).

145 Res 748/1992; 1267/1999.

146 Res 1973/2011.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

Anschlägen vom 11. September vom Sicherheitsrat als Bedrohung des Weltfriedens bezeichnet worden. [147] Dies wurde für die Anschläge vom 11. September bekräftigt, [148] militärische Sanktionsmaßnahmen wurden allerdings nicht dezidiert verhängt.

Die Vereinigten Staaten haben ihre über das Mandat des Sicherheitsrates hinausgehenden militärischen Aktionen im Rahmen von „enduring freedom" in Afghanistan auf das Selbstverteidigungsrecht des Art. 51 der UN-Charta mit dem Argument gestützt, die Anschläge vom 11. September hätten eine Dimension erreicht, die einem militärischen Angriff entspreche. [149] Daher dürfe gegen al Qaida auch mit Waffengewalt vorgegangen werden. [150] Soweit das Taliban-Regime al Qaida unterstütze, seien auch militärische Maßnahmen gegen die Taliban gerechtfertigt. Die Berufung auf das Selbstverteidigungsrecht hat jedoch enge Grenzen. Es rechtfertigt nur reaktive Maßnahmen gegen aktuelle Angriffe. Nach der Vertreibung der Taliban aus Afghanistan entfiel dort die Berufung auf das Selbstverteidigungsrecht. Die danach gegen versprengte al-Qaida-Einheiten durchgeführten Maßnahmen wurden auf ein bilaterales Abkommen mit der neuen afghanischen Regierung gestützt. [151] Ob die 2011 gegen Bin Laden persönlich 10 Jahre nach den Attentaten vom September 2001 geführte Aktion, die mit seinem Tod endete, noch mit dem Selbstverteidigungsrecht begründet werden kann, ist mangels gegenwärtigem Angriff äußerst zweifelhaft. Für Maßnahmen der USA gegen die in Syrien und im Irak operierenden Kräfte von al Qaida und des IS lässt sich eine Berufung auf das Selbstverteidigungsrecht kaum plausibilisieren. Es liegt durch die dort operierenden terroristischen Gruppen kein Angriff auf westliche Staaten vor. Die Rechtfertigung von Angriffen muss daher auf die zweifelhafte Grundlage der „responsibility to protect" zugunsten der bedrohten heimischen Bevölkerung gegründet werden. Ihr fehlt das erforderliche völkerrechtliche Mandat.

Soweit das Recht zur Selbstverteidigung in Anspruch genommen werden konnte, waren zumindest zu Beginn der militärischen Intervention in Afghanistan die Taliban und al Qaida als Kombattanten zu betrachten. Es waren daher auch die Regeln der Genfer Konvention zu beachten. Demgegen-

147 Res. 1267/1999; 1333/2000.

148 Res. 1368 u. 1373/2001.

149 Vgl. *Markus Krajewski*, Terroranschläge in den USA und Krieg in Afghanistan – Welche Anworten gibt das Völkerrecht ? KJ 2001, 363 ff.

150 Vgl. kritisch *Frédéric Mégret*, „Krieg" ? – Völkerrechtssemantik und der Kampf gegen den Terrorismus, KJ 2002, S. 164 ff.

151 *Fazal* (Fn. 14), S. 127.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

über haben die Vereinigten Staaten gefangengenommenen Personen, die des Terrorismus verdächtigt wurden, mit der von ihnen kreierten Rechtsfigur der sog. „unlawful combatants" den in Art. 4 des dritten Genfer Abkommens verankerten Status von Kriegsgefangenen verweigert. Das Konzept der „irregulären Kriegsführung" negierte zudem den Grundsatz der menschlichen Behandlung, der in Art. 4 des Zweiten Zusatzprotokolls niedergelegt ist. Durch die US-Behörden wurde der Folterbegriff so verengt, dass er nur noch Maßnahmen erfaßte, die den Opfern ernsthafte körperliche Verletzungen zufügten. [152] Die Gefangengenommenen wurden Vernehmungsmethoden ausgesetzt, die das Verbot der Folter und unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung mißachteten. Im Weiteren wurden im Wege von „outsourcing" Gefangene an Staaten überstellt, in denen der völkerrechtliche Status von Kriegsgefangenen gleichfalls nicht geachtet wurde. Eine wie auch immer geartete juristisch tragfähige Rechtfertigung des Sonderstatus von „unlawful combatants" gibt es nicht. Mehrere Interventionen des Obersten Gerichtshofs der USA konnten zumindest verhindern, dass die in Guantanamo festgesetzten Gefangenen von Militärkommissionen abgeurteilt wurden.

Als ultima ratio setzen die Vereinigten Staaten auf die physische Vernichtung von Terroristen und deren Unterstützer [153] in allen Regionen der Welt, auch wenn von diesen aktuell keine Aktionen durchgeführt werden. Dies kommt einer räumlich und zeitlich unbegrenzten Feinderklärung gleich. Zum Einsatz kommen global einsetzbare Distanzwaffen wie Kampfflugzeuge, Cruise Missiles und insbesondere Kampfdrohnen. Diese werden aus den USA heraus gesteuert und gegen als Terroristen ausgemachte Personen in deren Rückzugsgebieten eingesetzt. [154] Auf diese Weise konnte eine Reihe exponierter Terroristen unter Inkaufnahme beträchtlicher Kollateralschäden an der lokalen Bevölkerung unschädlich gemacht werden. Obwohl damit die Ziele der Gewaltmaßnahmen personalisiert wurden, erfolgt eine solche Verfolgung von ausgewählten Terroristen nicht mehr im Rahmen polizeilicher, sondern militärischer Mittel. Ihre rechtliche Bewertung ergibt, dass sie weder als polizeiliche noch als militärische Maßnahmen

152 Vgl. dazu *Reinhard Marx* „Globaler Krieg gegen Terrorismus" und territorial gebrochene Menschenrechte, KJ 2006, S. 151 ff.

153 Vgl. etwa den 2020 auf dem Territorium des Iraks durchgeführten tödlichen Drohnenangriff auf den iranischen General Qasem Soleimani, der wiederum für militante Aktionen im Irak und Syrien verantwortlich gemacht wurde.

154 Vgl. dazu *Jeremy Scahill*, Schmutzige Kriege. Amerikas geheime Kommandoaktionen. 2013.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

zulässig sind. Polizeiliche Befugnisse erstrecken sich auf die Verfolgung und Festnahme von Straftätern. Der Gebrauch von Schusswaffen ist dabei nur zulässig, um Gefahren für Leib und Leben abzuwenden. Eine finale Tötung aus der Ferne ist damit im Rahmen der Strafverfolgung unzulässig. Der Einsatz tödlicher Waffen im Krieg lässt es zwar zu, Kämpfer zu töten, die sich auf der Flucht befinden, haben sie sich jedoch in Gebiete zurückgezogenen, die ihnen Schutz zu bieten versprechen, befinden sie sich nicht mehr auf einer mit einem Kampfeinsatz in Verbindung stehenden Flucht. Von ihnen gehen keine Aktionen mehr gegen die Staaten aus, von denen der Einsatz der Distanzwaffen gesteuert wird. Damit fehlt eine Rechtfertigung des Einsatzes von Distanzwaffen gegen Terroristen, die sich in Drittstaaten zurückgezogen haben.

Der von den Vereinigten Staaten proklamierte „war on terror" hat den Begriff des Krieges nicht benutzt, um die Anwendung von allgemein anerkannten Regeln für bewaffnete Konflikte als völkerrechtlichen Maßstab auf die gegen den Terrorismus eingesetzten Maßnahmen zu übertragen, sondern um die Entbindung von allen zivilgesellschaftlichen Regelungen zu reklamieren. Er proklamiert einen rechtlichen Ausnahmezustand sowohl auf nationaler als auch auf internationaler Ebene. [155] Wo immer sie sich aufhalten mögen, droht Terroristen nicht mehr Strafverfolgung, sondern physische Vernichtung. Die Semantik des „Krieges gegen den Terror" offenbart dabei die Illusion, man könne das Problem mit dem Einsatz von Waffen besiegen, statt es politisch zu lösen. [156]

VII. Zur Dialektik der Verrechtlichung

Theodor Adorno und Max Horkheimer haben in ihrem Werk „Die Dialektik der Aufklärung" dargestellt, wie ihre Entwicklung, die die vormodernen Gesellschaften durch Wissenschaft und Technik von einem Zustand der Inhumanität befreit hatte, umschlägt und eine neue Barbarei schafft. [157] Von einer ähnlichen Dialektik scheint auch das humanitäre Völkerrecht erfasst zu sein. Die Fortschritte der Verrechtlichung laufen Gefahr, immer wieder durch die sich permanent verändernde Konfliktdynamik aufgezehrt zu werden. Recht wird durch politische Verfahren gesetzt, seine Anwen-

155 Vgl. *Mégret* (Fn. 149), S. 157 ff.
156 *Mégrét* (Fn. 147), S. 174.
157 *Theodor W. Adorno/Max Horkheimer*, Die Dialektik der Aufklärung, 1969.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

dung ist jedoch dem unmittelbaren Zugriff der Politik entzogen. Sie erfolgt im Wege systemeigener Regeln. Das humanitäre Völkerrecht bleibt jedoch sowohl in seiner Genese als auch in seiner Umsetzung auf Dauer politisch subventionsbedürftig. Insoweit erweist es sich als eine Version der Fortsetzung der Politik mit anderen Mitteln. Die Umsetzung des Rechts im Kontext nationaler Souveränität bleibt die Schwachstelle des humanitären Völkerrechts. Beobachter konstatieren manifeste Defizite beim Schutz von Menschenrechten. [158] Damit wird die westliche Leitidee der zunehmend regelgebundenen Entwicklung der internationalen Beziehungen in Frage gestellt. Andererseits haben seine Normen zum Schutz der Menschenrechte eine indirekte Stärkung erhalten. Ihre Verletzung kann durch die Weltöffentlichkeit durchaus wirksam skandalisiert werden. Die Mobilisierung des internationalen Rechts bedarf der Unterstützung durch die Politik. Der Menschenrechtsschutz ist politisch subventionsbedürftig.

Die Fortschritte der Verrechtlichung militärischer Gewalt durch die Genfer Konvention, die Haager Landkriegsordnung, die Genfer Übereinkommen von 1949 und deren Zusatzprotokolle von 1977 münden in der politischen Realität in die Entformalisierung des Krieges durch den zunehmenden Verzicht auf formelle Kriegserklärungen und Friedensschlüsse. [159] Die global agierenden Mächte entziehen sich der völkerrechtlichen Begrenzung der Ausübung militärischer Gewalt durch verdeckte militärische Interventionen in Staaten der Dritten Welt. In asymmetrischen Konflikten scheitert der Menschenrechtsschutz an den mangelnden Interessen und dem fehlenden Willen der Konfliktparteien zur Beachtung völkerrechtlicher Regelungen. Der Beschluss von Interventionen zum Schutz des Weltfriedens wird durch die Anforderung so erschwert, den Konsens im Sicherheitsrat der Vereinten Nationen vertretenen fünf Veto-Mächte zu erreichen, dass er sich gerade in besonders kritischen globalen Konfliktlagen nicht erreichen lässt. Dies provoziert die Suche nach alternativen Lösungen wie die „resonsibility to protect". Doch auch der Gedanke des universellen Schutzes von Menschenrechten ist nicht davor gefeit, das Prinzip der völkerrechtlichen Friedensordnung zu unterlaufen. Da die Achtung der Menschenrechte in nicht-westlichen Staaten, die den überwiegenden Teil der auf der Erde vorfindbaren politischen Systeme darstellen, keinesfalls die Regel ist, verlangt die Schutzverpflichtung stetige Interventionen. Die Blockierung der dafür erforderlichen Beschlüsse des Sicherheitsrates durch Vetopositionen

158 Vgl. nur *Eric Posner*, The Twilight of Human Rights Law, 2014, S. 104.
159 *Fazal* (Fn. 14), S. 121 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

verstärkt die Neigung zur problematischen Selbstmandatisierung der dem Menschenrechtsschutz verpflichteten Staaten. Im Übrigen hängt die Sanktion von Verbrechen gegen die Menschlichkeit davon ab, dass den Tätern kein mächtiger politischer Patron zur Seite steht. So folgt auf die Erfolge der Verrechtlichung eine Repolitisierung der Konflikte, die eben diese Erfolge unterläuft.

Das Wirken des dschihadistischen Terrors bestätigt dieses Dilemma. Er ist die Negation des Rechts schlechthin. Er unterwirft sich keinen Regeln außer seinen eigenen und verweigert dem politischen Gegner jeglichen Rechtsstatus. Anomie wird ubiquitär. Ziel des Terrors ist nicht die Befreiung von fremder Herrschaft, sondern die Vernichtung des Feindes und die physische Ausschaltung seiner Angehörigen. Die Strategie und die Anwendung von Terror lassen sich nach dem Vorbild eines erweiterten ius in bello rechtlich nicht moderieren. Umgekehrt verlieren die von den USA gegen den dschihadistischen Terrorismus eingesetzten Maßnahmen jegliche rechtsstaatlichen und völkerrechtlichen Konturen. Dass sie gegen transnationale Terrornetzwerke durchschlagenden Erfolg haben können, steht in Zweifel. Sie richten sich lediglich gegen die Symptome, aber nicht gegen die Entstehungsgründe des dschihadistischen Terrors. So haben die Aktivitäten des „war on terror" die Aufmerksamkeit und das Handlungsvermögen der USA so weit absorbiert, dass deren politische Optionen auf eine Schwundgröße reduziert worden sind. [160] Umso prekärer sind die Rückwirkungen des „war on terror" auf das humanitäre Völkerrecht und die Zivilgesellschaft.

Die Bekämpfung des Terrorismus ist derzeit auf moderierende politische Maßnahmen verwiesen. Sie zielen zum einen auf die Isolierung der Terrorgruppen in ihren logistischen Basen durch Verhandlungen mit den ihnen Unterschlupf gewährenden Staaten, zum anderen auf ihre Pazifizierung durch Anerkennung der Gruppierungen, die sich territorial konsolidiert haben, als legitime politische Macht. Eine ernsthafte Bekämpfung der ideologischen und sozialen Ursachen erscheint dagegen noch aussichtsloser als bei anderen Formen militanter Konflikte, da sie nicht in den angegriffenen Zentren der globalisierten Welt zu suchen sind, sondern in den ideologischen Basen des Terrors und in der nicht mehr territorial verortbaren, durch Medien global verbreiteten Programmatik des dschihadistischen Terrorismus. Eine Bekämpfung des dschihadistischen Terrors im Rahmen der Entwicklung neuer völkerrechtlicher Vereinbarungen müsste das Paradig-

160 Vgl. *Farrow* (Fn. 90).

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

ma des Schutzes der Zivilbevölkerung gegenüber militanten Aktionen und seine Adressierung an die Konfliktparteien verlassen und sich auf die Organisation einer multipolaren Kooperation zur Sicherung der Menschenrechte erweitert werden. Damit würde das traditionsreiche Handlungsfeld des humanitären Völkerrechts gesprengt.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

Unionsrechtliche Grenzen der Werbung für staatsmonopolisierte Glücksspielangebote

Maximilian Wormit

I. Einleitung

Das Glücksspiel erfreut sich in all seinen Variationen (Lotto, Pferdewetten, Sportwetten, Poker, Casinospiele usw.) auch in den Mitgliedstaaten der Europäischen Union großer Beliebtheit. Allein in Deutschland lag der Gesamtumsatz der legalen Glücksspielangebote im Jahr 2019 bei rund 44 Mrd. Euro.[1] In einem legalen Umfeld und zur bloßen Unterhaltung ausgeübt, erscheint das Glücksspiel als eine unbedenkliche Freizeitbeschäftigung. Wenn aber das spielerische vom monetären Element verdrängt wird, kann sich das Glücksspiel als Quelle großer Probleme erweisen. Aufgerufen ist damit das Suchtpotenzial von Glücksspielen. Zudem macht der erhebliche Umsatz den Glücksspielmarkt für seine kriminelle Vereinnahmung (Betrug, Geldwäsche etc.) attraktiv. Es liegt angesichts dieser unliebsamen Begleiterscheinung auf der Hand, dass es sich beim Glücksspiel um eine regulierungsbedürftige Materie handelt. In vielen Mitgliedstaaten fallen die gewählten Regulierungsmodelle äußerst restriktiv aus. Ein Beispiel hierfür liefert das in Deutschland seit jeher bestehende Monopol der Bundesländer für die Veranstaltung sog. großer Lotterien (z.B. „6 aus 49"). Solche Glücksspielmonopole stehen in einem Spannungsverhältnis zur europäischen Wirtschaftsverfassung. Deren Vorgaben zielen auf einen möglichst ungehinderten Zugang von EU-Wirtschaftsteilnehmern (einschließlich Glücksspielanbietern) zu den mitgliedstaatlichen (Glücksspiel-)Märkten, weshalb Marktzugangshindernisse, wie staatliche Glücksspielmonopole, einer Rechtfertigung bedürfen. Welchen Einfluss die für staatsmonopolisierte Glücksspielangebote praktizierten Werbung auf die Rechtfertigungsfähigkeit und damit Unionsrechtskonformität staatlicher Glücksspielmonopole hat, will der vorliegende Beitrag beleuchten.

1 Vgl. *Meyer*, in: Deutsche Hauptstelle für Suchtfragen (Hrsg.), Jahrbuch Sucht 2021, Glücksspiel – Zahlen und Fakten, Lengerich 2021, S. 119 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

II. Unionaler Rechtsrahmen des Glücksspielmarktes

1. Weitreichende Gestaltungsautonomie der Mitgliedstaaten

Das Glücksspiel gehört zu denjenigen Bereichen, in denen beträchtliche sittliche, religiöse und kulturelle Unterschiede zwischen den EU-Mitgliedstaaten bestehen. Innerhalb der 27 Mitgliedstaaten herrscht also keine – wie auch immer geartete – homogene „europäische Glücksspielkultur": Während im Mitgliedstaat A das Glücksspiel als solches aus soziokulturellen Gründen gesellschaftlich verpönt und unerwünscht sein mag, bildet es – wie möglichweise hierzulande die Lotterie „6 aus 49" – im Mitgliedstaat B ein gesellschaftlich vollends akzeptiertes Kulturgut. Aus diesem Grunde gibt es in der Unionspolitik seit jeher keine ernsthaften Bestrebungen, die mitgliedstaatlichen Glücksspielsektoren einer EU-weiten Rechtsharmonisierung zu unterwerfen.[2] Eine „EU-Glücksspielrichtlinie" oder „EU-Glücksspielverordnung" sucht man im Bestand des EU-Sekundärrechts daher vergebens.

Damit bleibt es, wie der Europäische Gerichtshof in ständiger Rechtsprechung betont, Sache der einzelnen Mitgliedstaaten, ihre Glücksspielmärkte entsprechend ihren eigenen Wertordnungen und nationalen Besonderheiten (rechtsförmig) auszugestalten.[3] Die den Mitgliedstaaten im Glücksspielbereich zugestandene Gestaltungsautonomie verweist dabei auf die gesamte Palette denkbarer Regulierungsmöglichkeiten. Den Mitgliedstaaten bleibt die Entscheidung vorbehalten, ob sie das Glücksspiel in ihrem Hoheitsgebiet etwa ganz oder teilweise (im Hinblick auf bestimmte Glücksspielarten) mit einem Verbot belegen oder etwa einem Staatsmonopol oder Konzessionssystem unterwerfen. Auch die Kombination von liberalen und restriktiven Regulierungselementen kommt in Betracht. Ein solcher „Regulierungsmix" liegt beispielsweise dem deutschen Glücksspielmarkt zugrunde. Das zeigt sich besonders deutlich daran, dass die deutsche Glücksspielordnung einen Staatsvorbehalt zugunsten der Bundesländer für die Veranstaltung von sog. großen Lotterien statuiert,[4] während der Betrieb von Geldspielau-

2 Vgl. *Peters*, in: Dietlein/Ruttig (Hrsg.): Glücksspielrecht, 3. Aufl., München 2022, Einf EUR, Rn. 3.

3 Vgl. nur EuGH, Urt. v. 28.2.2018, Rs. C-3/17, ECLI:EU:C:2018:130 – Sporting Odds.

4 Ausnahmen vom Monopol bestehen nur für sog. „Lotterien mit geringerem Gefährdungspotential" (vgl. §§ 12 ff. GlüStV 2021).

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

tomaten in Spielhallen einem einfachen Erlaubnisvorbehalt unterfällt.[5] Innerhalb der EU herrscht deshalb im Glücksspielbereich eine durch Rechtspluralismus gekennzeichnete Koexistenz unterschiedlichster Regulierungssysteme.

2. Grundfreiheiten als Grenzen der Gestaltungsautonomie

Völlig losgelöst von den Bindungen des EU-Rechts sind die Mitgliedstaaten bei der Ausgestaltung ihrer Glücksspielmärkte allerdings nicht. Ihre Grenzen findet die mitgliedstaatliche Gestaltungsautonomie in den Grundfreiheiten des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV). Bei ihnen handelt es sich um grundlegende materiell-rechtliche Vorgaben der europäischen Wirtschaftsverfassung zur Verwirklichung des europäischen Binnenmarktes (vgl. Art. 26 Abs. 2 AEUV). Als völkervertragliche Regelungen und „transnationale Integrationsnormen"[6] legen sie den EU-Vertragsstaaten die Verpflichtung auf, tunlichst sämtliche Hindernisse für den freien Waren-, Personen-, Dienstleistungs- und Kapitalverkehr zwischen den Mitgliedstaaten zu beseitigen. Häufig prägen sich diese Hindernisse in mitgliedstaatlichen Rechtssätzen aus. Normiert etwa das deutsche Recht in § 10 Abs. 2 des im Jahr 2021 in Kraft getretenen Staatsvertrages zur Neuregulierung des Glücksspielwesens in Deutschland (GlüStV 2021) einen Staatsvorbehalt für die Veranstaltung von großen Lotterien, so errichtet diese Bestimmungen für Glücksspielunternehmen mit Sitz im EU-Ausland ein Hindernis zur Veranstaltung von großen Lotterien in Deutschland.

Die besondere Bedeutung der Grundfreiheiten für das EU- Wirtschaftsgeschehen liegt auch darin, dass sie den EU-Wirtschaftsakteuren (einschließlich den privaten Glücksspielunternehmen) unmittelbar das Recht vermitteln, die möglicherweise durch einen Mitgliedstaat bewirkte Verletzung grundfreiheitlicher Gewährleistungen geltend zu machen.[7] Die EU-Wirtschaftsteilnehmer können sich mit anderen Worten ohne weiteres auf die Grundfreiheiten vor nationalen Behörden und Gerichten berufen,

5 Vgl. insbesondere § 33 lit. c, § 33 lit. i GewO und § 24 GlüStV 2021.

6 *Kingreen*, in: Callies/Ruffert (Hrsg.): EUV/AEUV – Das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtscharta, 6. Aufl., München 2022, Art. 36 AEUV, Rn. 17.

7 Grundlegend EuGH, Urt. v. 5.2.1963, Rs. C-26/62, NJW 1963, 974, 976 – Van Gend en Loos.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

wenn ihrer Ansicht nach ein Mitgliedstaat – typischerweise in Gestalt eines Rechtssatzes – gegen die grundfreiheitlichen Gewährleistungsgehalte verstößt. Folgt ein nationales Gericht ihrer Einschätzung und erklärt einen mitgliedstaatlichen Rechtssatz – häufig nach „Rücksprache" mit dem EuGH im Wege eines Vorabentscheidungsverfahrens gem. 267 AEUV – für unvereinbar mit zumindest einer Grundfreiheit, bewirkt der seit langem in der Unionsrechtsdogmatik anerkannte Grundsatz vom Anwendungsvorrang des Unionsrechts, dass die betreffende mitgliedstaatliche Regelung außer Anwendung zu bleiben hat.[8] Auf diese Weise haben es die EU-Wirtschaftsteilnehmer ein Stück weit selbst in der Hand, die für sie „unliebsamen" Binnenmarkt-Hindernisse zu beseitigen.

3. Dienstleistungsfreiheit und Niederlassungsfreiheit als Prüfungsmaßstäbe mitgliedstaatlicher Glücksspielregelungen

Unter den Grundfreiheiten weisen die Dienstleistungsfreiheit (Art. 56 ff. AEUV) und die Niederlassungsfreiheit (Art. 49 ff. AEUV) die mit Abstand intensivsten Berührungspunkte mit glücksspielbezogenen Sachverhalten auf.

a) Dienstleistungsfreiheit

Dienstleistungen sind gemäß Art. 57 AEUV Leistungen, die in der Regel gegen Entgelt erbracht werden, soweit sie nicht in den Anwendungsbereich einer anderen Grundfreiheit fallen. Auch Glücksspieldienstleistungen fallen unter den Dienstleistungsbegriff des Art. 57 AEUV. Typische Beispiele hierfür sind die Vermittlung, Veranstaltung, Bewerbung oder die Inanspruchnahme von Glücksspielen, jeweils auch unter Nutzung technischer Kommunikationsmittel (Internet, Telefon).[9] Der für die Anwendbarkeit der Grundfreiheiten erforderliche grenzüberschreitende Sachverhalt („Binnen-

8 Vgl. grundlegend zum Anwendungsvorrang EuGH, Urt. v. 15.7.1964, Rs. C-6/64, NJW 1964, 2371, Rn. 19 ff. – ENEL; siehe hierzu im Glücksspielkontext EuGH, Urt. v. 4.2.2016 – Rs. C-336/14, ECLI:EU:C:2016:72, Rn. 52 ff. – Ince.

9 Siehe etwa EuGH, Urt. v. 8.9.2010, Rs. C-46/08, ECLI:EU:C:2010:505, Rn. 40 – Carmen Media; EuGH, Urt. v. 24.1.2013, Rs. C-186/11 u.a., ECLI:EU:C:2013:33, Rn. 21 – Stanleybet International; EuGH, Urt. v. 30.04.2014, Rs. C-390/12, ECLI:EU:C:2014:281, Rn. 39 – Pfleger.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

marktrelevanz") liegt nicht nur dann vor, wenn der Dienstleistungserbringer (z.B. ein Glücksspielunternehmer) oder der Dienstleistungsempfänger (z.B. ein Glücksspieler) sich in einen anderen Mitgliedstaat begibt, um dort die Dienstleistung anzubieten bzw. zu empfangen. Eine Binnenmarktrelevanz ist auch in den Fällen zu bejahen, in denen – im Sinne einer sog. Korrespondenz-Dienstleistung – die Dienstleistung als solche eine mitgliedstaatliche Grenze überschreitet, ohne dass der Dienstleistungserbringer oder Dienstleistungsempfänger einen Ortswechsel vornehmen.[10] Ein in der Praxis häufig anzutreffendes Beispiel Korrespondenz-Dienstleistungen sind „transnational" abrufbare Online-Glücksspielangebote für Sportwetten, Casino-Spiele, Lotterien und dergleichen.[11] Betreibt etwa ein im Mitgliedstaat A ansässiges Glücksspielunternehmen im Einklang mit dessen Vorschriften ein auch im Mitgliedstaat B abrufbares Online-Casino, kann es sich unproblematisch auf die Dienstleistungsfreiheit berufen. In der Fallpraxis liegen die Sachverhaltskonstellationen häufig so, dass der Betreiber eines Online-Casinos unter Berufung auf die Dienstleistungsfreiheit das in einem anderen Mitgliedstaat hinsichtlich des Angebots von Online-Casinos normierte Verbot oder Staatsmonopol angreift.[12]

b) Niederlassungsfreiheit

Ebenso wie die Dienstleistungsfreiheit ist die Niederlassungsfreiheit auf den Schutz von selbstständigen, zu Erwerbszwecken ausgeübten Tätigkeiten gerichtet. In Abgrenzung zur Dienstleistungsfreiheit erfasst sie allerdings nur die mittels einer „Niederlassung" i.S.d. Art. 49 AEUV in einem anderen Mitgliedstaat erbrachte Wirtschaftstätigkeit. Als Niederlassung gilt eine – als Agentur, Zweigniederlassung oder Tochtergesellschaft genutzte – feste Einrichtung, die bei dauerhafter Eingliederung in die nationale Volkswirtschaft eines anderen Mitgliedstaates der tatsächlichen Ausübung einer selbständigen Erwerbstätigkeit zu dienen bestimmt ist.[13] Im Glücksspielkontext

10 Vgl. *Kluth*, in: Callies/Ruffert (Hrsg.) (Fn. 6), Art. 57 AEUV, Rn. 34.

11 Vgl. EuGH, Urt. v. 8.9.2010 – Rs. C-409/06, ECLI:EU:C:2010:503, Rn. 43 – Winner Wetten.

12 Siehe etwa EuGH, Urt. v. 30.06.2011, Rs. C-212/08, ECLI:EU:C:2011:437, Rn. 26 ff. – Zeturf.

13 EuGH, Urt. v. 25.07.1991, Rs. C-221/89, ECLI:EU:C:1991:320, Rn. 20 – Factortame II; EuGH, Urt. v. 30.11.1995, Rs. C-55/94, ECLI:EU:C:1995:411, Rn. 25 – Gebhard; siehe hierzu auch *Korte*, in: Callies/Ruffert (Hrsg.) (Fn. 6), Art. 49 AEUV, Rn. 12 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

kommen als feste Einrichtungen etwa (stationäre) Casinos, Spielhallen, aber auch Wettannahmestellen, Datenübertragungszentren oder Büros/Ladenlokale in Betracht.[14] Beabsichtigt vor diesem Hintergrund beispielsweise ein Glücksspielunternehmen mit Sitz im Mitgliedstaat A, Glücksspieldienstleistungen im Mitgliedstaat B über eine feste Einrichtung anzubieten bzw. abzuwickeln, kann es sich unproblematisch auf die Niederlassungsfreiheit berufen. Im Konkreten mag der Sachverhalt so liegen, dass ein Glücksspielanbieter mit Sitz im Mitgliedstaat A eine (stationäre) Annahmestelle für Sportwetten im Mitgliedstaat B eröffnen möchte, sich aber aufgrund eines dort geltenden Staatsmonopols für die Veranstaltung von Sportwetten daran gehindert sieht und das Monopol unter Berufung auf die Niederlassungsfreiheit angreift.[15]

4. Beschränkungen und Beschränkbarkeit der Grundfreiheiten

a) Diskriminierungen und sonstige Beschränkungen

Die allen Grundfreiheiten traditionell zugewiesene Funktion liegt im Schutz – insbesondere der EU-Wirtschaftsakteure – vor Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit. In dieser Funktion verkörpern auch die Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit sachbereichsspezifische Ausprägungen des allgemeinen unionsrechtlichen Diskriminierungsverbots (Art. 18 AEUV). Über die vergangenen Jahrzehnte hinweg hat der EuGH im Wege richterlicher Rechtsfortbildung allerdings sämtliche Grundfreiheiten im Interesse einer möglichst umfassenden Verwirklichung der Binnenmarktkonzeption sukzessive von (bloßen) Diskriminierungsverboten hin zu allgemeinen, d.h. auch jenseits von Ungleichbehandlungen wirkenden Beschränkungsverboten ausgebaut.[16]

Als Beschränkung stuft der EuGH dem Grunde nach jede mitgliedstaatliche Regelung ein, die den freien Dienstleistungsverkehr bzw. die freie Niederlassung in einem anderen Mitgliedstaat unterbindet, behindert oder

14 EuGH, Urt. v. 8.9.2010, Rs. C-316/07 u.a., ECLI:EU:C:2010:504, Rn. 59 – Stoß; EuGH, Urt. v. 8.9.2010 – Rs. C-409/06, ECLI:EU:C:2010:503, Rn. 43 – Winner Wetten, vgl. auch *Otto*, in: Hamacher/Krings/Otto (Hrsg.), Glücksspielrecht – Handkommentar, Baden-Baden 2022, B., Rn. 24.

15 EuGH, Urt. v. 8.9.2010, Rs. C-316/07 u.a., ECLI:EU:C:2010:504 – Stoß.

16 Instruktiv hierzu *Cremer*, Die Grundfreiheiten des Europäischen Unionsrechts, JURA 2015, 39, 48 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

(auch nur) weniger attraktiv macht.[17] Da die Glücksspielsektoren in den allermeisten Mitgliedstaaten zwar (in der Regel) diskriminierungsfreien, aber recht restriktiven Regulierungsstrukturen unterliegen, ist der in den Mitgliedstaaten vorfindliche Normbestand für Glücksspielanbieter mit zahlreichen Beschränkungen ihrer Dienstleistungs- oder Niederlassungsfreiheit verbunden. Das betrifft vor allem Regelungen, die das Angebot bestimmter Glücksspielformen ganz oder teilweise verbieten: (Monopol-)Regelungen, welche die Veranstaltung bestimmter Glücksspielformen exklusiv dem Staat vorbehalten;[18] Regelungen, welche die Veranstaltung von Glücksspielen einem Konzessions- oder Genehmigungsvorbehalt unterwerfen;[19] oder auch (nur) glücksspielbezogene Werbebeschränkungen.[20]

b) Rechtfertigung

Der Umstand, dass mit einer mitgliedstaatlichen Glücksspielregelung eine Beschränkung der Dienstleistungs- oder Niederlassungsfreiheit einhergeht, lässt indes nicht ohne weiteres den Schluss auf die Unionsrechtswidrigkeit und damit Nichtanwendbarkeit der betreffenden Regelung zu; Grundfreiheiten sind vielmehr beschränkbar.

aa) Rechtfertigungsgründe

Die Beschränkbarkeit der Grundfreiheitsbeschränkung hängt zunächst davon ab, ob der jeweilige Mitgliedstaat darlegen kann, dass für die Grundfreiheitsbeschränkung legitime Gründe streiten, also – mit anderen Worten – die Beschränkung gerechtfertigt ist. In seiner Glücksspielrechtsprechung greift der EuGH bei der Rechtfertigungsprüfung von grundfreiheitsbeschränkenden Glücksspielregelungen ausnahmslos auf die ungeschriebenen (d.h. nicht ausdrücklich in den Unionsverträgen normierten, sondern richterrechtlich entwickelten) Rechtfertigungsgründe der sog.

17 Grundlegend EuGH, Urt. v. 24.3.1994, Rs. C-275/92, ECLI:EU:C:1994:119, Rn. 37 – Gebhard.
18 EuGH, Urt. v. 24.01.2013, Rs. C-186/11, ECLI:EU:C:2013:33, Rn. 31 – OPAP.
19 EuGH, Urt. v. 6.11.2003, Rs. C-243/01, ECLI:EU:C:2003:597, Rn. 48 – Gambelli.
20 EuGH, Urt. v. 19.7.2012, Rs. C-470/11, ECLI:EU:C:2012:505, Rn. 35 – Garkalns.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

zwingenden Gründe des Allgemeininteresses („exigences impératives")[21] zurück.[22] Die vom EuGH im Glücksspielbereich als solche Interessen anerkannten „zwingenden Gründe" lassen sich dabei auf die übergeordneten Regulierungsmotive einerseits der Spielsuchtbekämpfung und andererseits der Kriminalitätsbekämpfung herunterbrechen.[23] Geht es einem Mitgliedstaat also beispielsweise bei einer Monopolregelung, die einer einzigen (staatsnahen) Institution das Exklusivrecht zur Veranstaltung bestimmter Glücksspielarten einräumt, darum, hiermit Betrug und sonstigen Straftaten vorzubeugen, so spiegelt sich in dieser Regelung mit der Kriminalitätsbekämpfung ein unionsgerichtlich anerkannter zwingender Grund des Allgemeininteresses wider.[24] Rein fiskalisch-protektionistische Regulierungsmotive stellen hingegen keine unionslegitimen Belange dar und vermögen eine Beschränkung der Grundfreiheiten von vornherein nicht zu rechtfertigen; die Generierung von Staatseinnahmen darf insoweit nur „erfreuliche Nebenfolge" sein.[25]

bb) Verhältnismäßigkeitsprüfung, insbesondere Kohärenzgebot

Die den Mitgliedstaaten eingeräumte Möglichkeit, unter Berufung auf Allgemeinwohlerfordernisse die mit einer Regelung verbundene Beschränkung von Grundfreiheiten zu rechtfertigen, ist indes nicht grenzenlos. Ihre Schranken findet diese Möglichkeit nicht nur im Glücksspielkontext in erster Linie im unionalen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz. Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz verlangt, dass grundfreiheitsbeschränkende Regelungen geeignet sind, das mit ihr verfolgte (Allgemeinwohl-)Anliegen zu befördern und nicht über das hinausgehen, was zur Erreichung dieses Anliegens erforderlich ist, wobei den Mitgliedstaaten die diesbezügliche Darlegungslast obliegt.[26]

21 Siehe hierzu die wegweisende Entscheidung EuGH, Urt. v. 20.2.1979, Rs. C-120/78, ECLI:EU:C:1979:42, Rn. 8 – Cassis de Dijon.
22 Vgl. *Peters*, in: Dietlein/Ruttig (Hrsg.) (Fn. 2), Rn. 13 f.
23 Vgl. *Hartmann*, Kohärenz im Glücksspielrecht: vertikal – horizontal – intersektoral?, EuZW 2014, 814, 815.
24 EuGH, Urt. v. 8.9.2009, Rs. C-42/07, ECLI:EU:C:2009:519, Rn. 63 – Liga Portuguesa.
25 EuGH, Urt. v. 8.9.2010, Rs. C-316/07 u.a., ECLI:EU:C:2010:504, Rn. 105 – Stoß; EuGH, Urt. v. 30.06.2011, Rs. C-212/08, ECLI:EU:C:2011:437, Rn. 52 – Zeturf; EuGH, Beschl. v. 18.5.2021, Rs. C-920/19, ECLI:EU:C:2021:395, Rn. 36 – Fluctus.
26 Vgl. *Korte*, in: Callies/Ruffert (Hrsg.) (Fn. 6), Rn. 76 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

Die Annahme, dass eine Regelung geeignet ist, das ihr zugrundliegende Anliegen zu befördern, schließt aus Sicht des Gerichtshofs für bestimmte Wirtschaftsbereiche das Erfordernis einer „kohärenten und systematischen“[27], d.h. widerspruchsfreien, stimmigen, konsequenten, Verfolgung des entsprechenden Anliegens ein. Namentlich in Bereichen, die – wie das Glücksspielwesen – in kultureller oder sittlicher Hinsicht traditionell von den individuellen Vorstellungen der einzelnen Mitgliedstaaten geprägt und dementsprechend ausnormiert werden, gesteht der EuGH – wie bereits oben erörtert – den Mitgliedstaaten zwar einen breiten (regulativen) Gestaltungsfreiraum zu; er verlangt aber im Gegenzug, dass die in diesen Bereichen erlassenen grundfreiheitsbeeinträchtigenden Regelungen die mit ihnen intendierten Anliegen widerspruchsfrei verfolgen. Das Kohärenzgebot (von lat. cohaerentia: Zusammenhang) ist eine vom EuGH im Wege richterlicher Rechtsfortbildung in die grundfreiheitliche Prüfungsdogmatik überführte Rechtsfigur, die seit gut 20 Jahren eine sachbereichsspezifische Anforderung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes (genauer: der Eignungsprüfung) verkörpert.[28] In glücksspielbezogenen Sachverhalten ist das Kohärenzgebot mittlerweile zum zentralen Beurteilungsmaßstab der Verhältnismäßigkeitsprüfung avanciert. Die Verhältnismäßigkeit der mit einer Glücksspielregelung verbundenen Beschränkung der Dienstleistungs- bzw. Niederlassungsfreiheit – und damit zugleich die Unionsrechtskonformität – hängt also entscheidend davon ab, ob die zur Prüfung gestellte Glücksspielregelung den „Kohärenztest“ besteht.

Von ihrer Leitkonzeption zielt die – letzten Endes von den nationalen Gerichten zu vollführende –[29] Kohärenzprüfung auf die Erkenntnis, ob ein Mitgliedstaat die zur Rechtfertigung der Grundfreiheitsbeschränkung vorgebrachte Zielsetzung wirklich bzw. „wahrhaftig“ zu realisieren versucht oder sich bei seinen regulatorischen Entscheidungen von rechtfertigungsuntauglichen Motiven – insbesondere fiskalpolitischer Art – hat leiten

27 Siehe etwa EuGH, Urt. v. 6.11.2003, Rs. C-243/01, ECLI:EU:C:2003:597, Rn. 67 – Gambelli; EuGH, Urt. v. 24.1.2013, Rs. C-186/11 u.a., ECLI:EU:C:2013:33, Rn. 27 – Stanleybet International; EuGH, Beschl. v. 18.5.2021, Rs. C-920/19, ECLI:EU:C:2021:395, Rn. 31 – Fluctus.

28 Über die genauen dogmatischen Strukturen des Kohärenzgebots herrscht im Schrifttum indes noch eine lebendige Diskussion, siehe zum Ganzen etwa *Barczak/Hartmann*, Kohärenz im Glücksspiel, 2021, S. 10 ff.

29 EuGH, Urt. v. 8.9.2010, Rs. C-46/08, ECLI:EU:C:2010:505, Rn. 71 – Carmen Media.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

lassen.[30] Rechtfertigt etwa ein Mitgliedstaat den (einträglichen) Staatsvorbehalt für bestimmte Glücksspielarten mit dem an sich anerkannten Allgemeinwohlbelang der Spielsuchtbekämpfung, so kann der Umstand, dass der Mitgliedstaat ansonsten eine sehr expansionistische Glücksspielpolitik betreibt, die Kohärenz und damit Verhältnismäßigkeit der Monopolregelung in Zweifel ziehen.[31] Mit den Begrifflichkeiten „Scheinheiligkeitstest"[32] oder „Wahrhaftigkeitstest"[33] wird diese Funktion der Kohärenzprüfung umschrieben. Über das Erkenntnisziel der subjektiven Regulierungsintention (Wahrhaftigkeit der Zielverfolgung) hinaus geht es der Kohärenzprüfung aber auch darum, die objektive Zielerreichbarkeit der Glücksspielregelung (Wahrhaftigkeit der Effektivität) zu erforschen.[34] Das betrifft insbesondere mitgliedstaatliche Regelungen, die – anders als etwa eine Monopolregelung, die dem Staat ein Ausschließlichkeitsrecht zur Veranstaltung bestimmter Glücksspiele einräumt – keinen fiskalpolitischen „Mehrwert" haben. In diesem Verständnis kann das Kohärenzgebot als ein Konterkarierungs- oder Vereitelungsverbot („Kohärenz der Wirkungen")[35] aufgefasst werden.[36]

III. Die Werbung für staatsmonopolisierte Glücksspielangebote im Lichte der EU-Grundfreiheiten

Im Folgenden soll nun der Frage nachgegangen werden, welche Grenzen das Recht der Grundfreiheiten – wie es seine Konkretisierung für den Sachbereich des Glücksspiels durch die EuGH-Glücksspielrechtsprechung gefunden hat – der Bewerbung staatsmonopolisierter Glücksspielangebote setzt.

30 Vgl. etwa *Ennuschat*, Glücksspielrechtliche Kohärenz und Werbung, ZfWG 2011, 153, 153; *Peters*, in: Dietlein/Ruttig (Hrsg.) (Fn. 2), Rn. 24; *Reichert*, Irrungen und Wirrungen im Umgang mit der Kohärenz, ZfWG 2021, 14, 16.

31 Vgl. etwa EuGH, Urt. v. 30.06.2011, Rs. C-212/08, ECLI:EU:C:2011:437, Rn. 26 ff. – Zeturf.

32 GA Mengozzi („hypocrisy test"), Schlussanträge v. 4.3.2010 zu EuGH, Rs. C-316/07 u.a., ECLI:EU:C:2010:109, Rn. 50 – Stoß.

33 *Schorkopf*, Wahrhaftigkeit im Recht der Grundfreiheiten – Zu Maßstab und Rechtsfolgen der Glücksspielurteile des Europäischen Gerichtshofs, DÖV 2011, 260, 261.

34 Vgl. *Dieterich*, Systemgerechtigkeit und Kohärenz, Berlin 2014, S. 815.

35 *Möschel*, Glücksspiel und europäischer Binnenmarkt, EuZW 2013, 252, 253.

36 *Wormit*, Kohärenz als unionsrechtliche Determinante der mitgliedstaatlichen Glücksspielregulierung, Berlin 2020, S. 93 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

1. Staatliches Glücksspielmonopol als rechtfertigungstaugliche Beschränkung der EU-Grundfreiheiten

Handelt ein Staat erwerbswirtschaftlich und schließt Private von der betreffenden erwerbswirtschaftlichen Tätigkeit aus, so spricht man von einem Staatsmonopol.[37] In den mitgliedstaatlichen Glücksspielmärkten sind staatlich getragene Glücksspielmonopole weit verbreitet.[38] Das betrifft vor allem Veranstaltungsmonopole der öffentlichen Hand für Lotterien.[39] Deutschland bildet in dieser Hinsicht keine Ausnahme: Seit jeher liegt das ausschließliche Recht zur Veranstaltung großer Lotterien bei den Bundesländern.[40] Aktuell wird das staatliche Veranstaltungsmonopol durch § 10 Abs. 2 GlüStV 2021 abgesichert.[41] Zur Handhabung des Monopols unterhalten die Länder– abgesehen von wenigen Ausnahmen – Gesellschaften des Privatrechts (Westdeutsche Lotterie GmbH & Co. OHG, Sächsische Lotto-GmbH, Staatliche Toto-Lotto GmbH Baden-Württemberg usw.), deren Anteile unmittelbar oder mittelbar (z.B. über Landesbanken) im Eigentum der Länder stehen. Das auf diese Weise monopolisierte Produktportfolio ist breit gestreut und erfasst eine Fülle von Einzelspielvarianten, von denen „Lotto 6 aus 49", „Super 6", „Spiel 77" oder die „Glücksspirale" nur die prominentesten Spielformen bilden.[42]

Mit staatsgetragenen Glücksspielmonopolen ist unzweifelhaft eine Beschränkung der Dienstleistungs- bzw. Niederlassungsfreiheit der betroffenen Glücksspielanbieter aus dem EU-Ausland verbunden; ihnen bleibt es in Gänze verwehrt, ihr Glücksspielangebot (z.B. die Veranstaltung von Lotterien) auf dem monopolisierten Glücksspielmarkt zu platzieren. In aller Regel streiten jedoch zwingende Gründe des Allgemeininteresses für die

37 *Schneider*, Staatliches Glücksspielmonopol auf dem Prüfstand, WiVerw 2014, 165, 165.
38 Vgl. *Warnecke*, in: Dünchheim (Hrsg.), Glücksspielrecht, Frankfurt a.M. 2022, § 10 Rn. 18.
39 *Häfner*, in: Hamacher/Krings/Otto (Hrsg.) (Fn. 14), § 10 GlüStV, Rn. 17.
40 Vgl. 10 Abs. 2 GlüStV 2021.
41 Hierzu eingehend *Pagenkopf*, Der Glücksspielstaatsvertrag 2021 – Das Tor ist weit geöffnet, NJW 2021, 2152 ff.
42 Da sich die Hoheitsgewalt der Bundesländer mit ihren Lotteriegesellschaften und insbesondere deren Vertriebsbereiche auf das eigene Staatsterritorium begrenzt, haben sich die Lottounternehmen aller 16 Bundesländer im Deutschen Lotto- und Totoblock (DLTB) institutionalisiert, der länderübergreifend einheitliche Veranstaltungsmodalitäten sowie eine gemeinsame Jackpot- und Quotenbildung gewährleistet, vgl. hierzu *Jarass,* Ausgestaltung und Anwendung der Erlaubnis für die Lotterievermittlung, ZfWG 2013, 1 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

Existenz staatlicher Glücksspielmonopole. Zur Rechtfertigung der grundfreiheitsbeschränkenden Monopolregelungen können sich die Mitgliedstaaten nach gefestigter EuGH-Rechtsprechung insoweit mit Erfolg auf das Anliegen der Gewährleistung eines besonders hohen Verbraucherschutzniveaus insbesondere in puncto Spielsuchtprävention berufen:[43] „Ein Mitgliedstaat, der bestrebt ist, ein besonders hohes Schutzniveau zu gewährleisten, kann deshalb (…) Grund zu der Annahme haben, dass nur die Gewährung exklusiver Rechte an eine einzige Einrichtung, die von den Behörden genau überwacht wird, ihm erlaubt, die mit dem Glücksspielsektor verbundenen Gefahren zu beherrschen und das Ziel, Anreize zu übermäßigen Ausgaben für das Spielen zu vermeiden und die Spielsucht zu bekämpfen, wirksam zu verfolgen"[44]. Doch muss sich darüber hinaus eine Monopolregelung – als zentrale Rechtfertigungsvoraussetzung – am Verhältnismäßigkeitsgrundsatz messen lassen, dessen Anforderungen im Glücksspielkontext, wie vorstehend erörtert, entscheidend vom Kohärenzgebot geprägt werden.

2. Kohärenzgebot als Grenze zulässiger Werbung

Ein die Kohärenz von Monopolregelungen in Zweifel ziehender Umstand kann insbesondere die für das staatsmonopolisierte Glücksspielangebot praktizierte Werbung auslösen.[45] Der EuGH misst diesem Aspekt im Rahmen der Kohärenzprüfung „besondere Aufmerksamkeit" bei.[46] Damit wird zugleich deutlich, dass das Werbeverhalten des Monopolinhabers ein wesentlicher, aber eben nicht der ausschließliche Faktor zur Beurteilung der Kohärenz einer Monopolregelung ist.[47] Das Werbeverhalten der Monopolinhaber bildet mit anderen Worten einen gewichtigen Faktor für die – von den nationalen Gerichten im Blick auf die konkreten Verhältnisse im

43 EuGH, Urt. v. 15.9.2011, Rs. C-347/09, ECLI:EU:C:2011:582, Rn. 48 – Dickinger *und Ömer*; EuGH, Urt. v. 30.06.2011, Rs. C-212/08, ECLI:EU:C:2011:437, Rn. 26 ff. – Zeturf.

44 EuGH, Urt. v. 24.1.2013, Rs. C-186/11 u.a., ECLI:EU:C:2013:33, Rn. 29 – Stanleybet International.

45 Vgl. *Ennuschat*, ZfWG 2011 (Fn. 30), 153.

46 EuGH, Beschl. v. 18.5.2021, Rs. C-920/19, ECLI:EU:C:2021:395, Rn. 36 – Fluctus; EuGH, Urt. v. 15.9.2011, Rs. C-347/09, ECLI:EU:C:2011:582, Rn. 61 – Dickinger und Ömer.

47 Siehe zu den weiteren Inkohärenz-Faktoren eingehend *Peters*, in: Dietlein/Ruttig (Hrsg.) (Fn. 2), Rn. 26 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

Mitgliedstaat vorzunehmenden – Beurteilung der Kohärenz und damit für die Unionsrechtskonformität einer Monopolregelung.

a) Extensive Werbepraxis als inkohärenzauslösender Faktor

Rechtfertigt – wie im Regelfall – ein Mitgliedstaat eine Monopolregelung (auch) mit dem (legitimen) Anliegen der Gewährleistung eines besonders hohen Verbraucherschutzniveaus insbesondere in puncto Glücksspielsuchtprävention, erscheint eine vom Monopolinhaber für sein Glücksspielangebot extensiv praktizierte Werbepolitik jedenfalls auf den ersten Blick widersprüchlich. Im Konkreten besteht der Widerspruch darin, dass mit der Errichtung des Monopols vorgeblich die Bevölkerung vor den Gefahren des Glücksspiels – also insbesondere vor der Entstehung von Spielsucht – geschützt werden soll, aber gleichzeitig das monopolisierte Glücksspielangebot extensiv beworben wird, also ein Anreiz zur Teilnahme am monopolisierten Glücksspielangebot gesetzt wird.

Ausgehend vom Verständnis des Kohärenzgebots als Konterkarierungs- oder Vereitelungsverbot („Kohärenz der Wirkungen") kann dieser Widerspruch zur Folge haben, dass das mit der Errichtung des Monopols verfolgte Anliegen mit ihm nicht mehr wirksam verfolgt werden kann.[48] Zudem nährt dieser Widerspruch den Verdacht, dass der betreffende Mitgliedstaat die zur Rechtfertigung der Grundfreiheitsbeschränkung vorgebrachte Zielsetzung nicht wirklich bzw. „wahrhaftig" zu realisieren versucht, sondern sich bei der Handhabung des Monopols von rechtfertigungsuntauglichen Motiven fiskalpolitischer Art leiten lässt, womit die Funktion des Kohärenzgebots als Scheinheiligkeitstest adressiert wird.

b) Kanalisierung als inkohärenzauflösender Faktor

Aus einer vom Monopolinhaber extensiv praktizierten Werbepraxis lässt sich allerdings nicht per se die Schlussfolgerung der Inkohärenz einer Monopolregelung ziehen. Vielmehr kann die von Werbemaßnahmen begleitete Angebotsausweitung des monopolisierten Glücksspiels dem Ziel des Verbraucherschutzes in Gestalt der Glücksspielsuchtprävention sogar zuträg-

48 EuGH, Urt. v. 28.2.2018, Rs. C-3/17, ECLI:EU:C:2018:130, Rn. 24 – Sporting Odds.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

lich sein und damit eine inkohärenzauflösende Wirkung entfalten.[49] Dahinter steht die Überlegung, dass selbst einem suchtpräventiv ausgerichteten Regulierungskonzept die Notwendigkeit innewohnt, die Spieltätigkeiten in kontrollierbare Bahnen zu lenken, d.h. Spieler hin zum legalen Angebot zu lenken, das mit seinen intensiven Schutzmechanismen auf die Spielsucht eingeht und dadurch einem Attraktivitätsgefälle zugunsten des illegalen, mit unzureichenden Spielerschutzmechanismen ausgestatteten Angebots, entgegenwirkt.[50] Der so aufscheinende Kanalisierungsgedanke rechtfertigt also eine „kontrollierte Expansion" des monopolisierten Glücksspielangebots, die insbesondere auch einen „gewissen Werbeumfang" [51] mit sich bringen kann.

aa) Kanalisierungsfähige Glücksspieltätigkeit

Grundvoraussetzung für die kohärenzbezogene Zulässigkeit einer von entsprechenden Werbemaßnahmen begleitenden „kontrollierten Expansion" ist demnach, dass die illegale Spieltätigkeit im monopolisierten Glücksspielbereich erhebliche Ausmaße hat oder zumindest – im Falle der Nichtexistenz des Staatsmonopols – in erheblichem Ausmaße drohen würde;[52] denn andernfalls bestünde schon keine kanalisierungsfähige (illegale) Glücksspieltätigkeit. Die Beurteilung der grundsätzlichen Zulässigkeit extensiver Werbemaßnahmen für das monopolisierte Glücksspiel zwingt also zu einer Bestandsaufnahme: Es müssen – letztlich durch die nationalen Gerichte – die tatsächlichen Begebenheiten auf dem jeweiligen Glücksspielmarkt hinsichtlich des Umfangs des (drohenden) illegalen Spielangebots und die damit einhergehenden Gefahren für die Verbraucher geklärt und gewürdigt werden.[53] Ergeben beispielsweise die Feststellungen des nationalen Gerichts, dass im monopolisierten Glücksspielbereich (z.B. hinsicht-

49 Vgl. EuGH, Urt. v. 15.9.2011, Rs. C-347/09, ECLI:EU:C:2011:582, Rn. 63 – Dickinger und Ömer; EuGH, Urt. v. 30.06.2011, Rs. C-212/08, ECLI:EU:C:2011:437, Rn. 76 – Zeturf.

50 EuGH, Urt. v. 6.3.2007, Rs. C-338/04 u.a., ECLI:EU:C:2007:133, Rn 54 f. – Placanica; EuGH, Urt. v. 15.9.2011, Rs. C-347/09, ECLI:EU:C:2011:582, Rn. 64 – Dickinger und Ömer.

51 EuGH, Urt. v. 30.06.2011, Rs. C-212/08, ECLI:EU:C:2011:437, Rn. 76 – Zeturf; EuGH, Urt. v. 8.9.2010, Rs. C-316/07 u.a., ECLI:EU:C:2010:504, Rn. 105 – Stoß.

52 EuGH, Beschl. v. 18.5.2021, Rs. C-920/19, ECLI:EU:C:2021:395, Rn. 42 – Fluctus.

53 Vgl. *Peters*, in: Dietlein/Ruttig (Hrsg.) (Fn. 2), Rn. 29.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

lich „großer Lotterien") die illegale Spieltätigkeit keinen nennenswerten Umfang angenommen hat und eine solche bei Nichtexistenz des Monopols auch nicht drohen würde, erscheinen die für das monopolisierte Glücksspiel extensiv praktizierten Werbemaßnahmen mangels eines kanalisierungsfähiges Problems mit rechtswidriger Spieltätigkeit als inkohärent.[54] Die Werbemaßnahmen würden dann die Kohärenz und damit die Verhältnismäßigkeit (und damit in letzter Konsequenz die Unionsrechtskonformität) der entsprechenden Monopolregelung in ernstliche Zweifel rücken.

bb) Art und Umfang zulässiger Werbung

Liegt nach dem Vorgesagten im betreffenden Mitgliedstaat eine kanalisierungsfähige Glücksspieltätigkeit vor, stellt sich weiterhin die Frage nach dem zulässigen, d.h. sich noch im Rahmen des Kanalisierungsauftrags bewegenden, Inhalt und Umfang der vom Inhaber eines staatlichen Monopols praktizierten Werbung. Aus Sicht des Europäischen Gerichtshofs muss „die Werbung maßvoll und eng auf das begrenzt bleiben, was erforderlich ist, um die Verbraucher zu den kontrollierten Spielenetzwerken zu lenken. Die Werbung darf hingegen nicht darauf abzielen, den natürlichen Spieltrieb der Verbraucher dadurch zu fördern, dass sie zu aktiver Teilnahme am Spiel angeregt werden, etwa indem das Spiel verharmlost, ihm wegen der Verwendung der Einnahmen für im Allgemeininteresse liegende Aktivitäten ein positives Image verliehen wird oder seine Anziehungskraft durch zugkräftige Werbebotschaften erhöht wird, die bedeutende Gewinne verführerisch in Aussicht stellen"[55].

Damit wird deutlich, dass eine sich im Rahmen des Kanalisierungsauftrags bewegende Werbung nach Inhalt und Umfang nicht darauf abzielen darf, bisherige Nicht- oder Wenigspieler zur Spielteilnahme am monopolisierten Glücksspielangebot zu „verführen".[56] Zulässig und damit kohärent ist also eine vom Monopolinhaber praktizierte Werbepolitik, „die nur die potenziellen Kunden über die Existenz der Produkte informieren und

54 Vgl. hierzu im Hinblick auf das deutschen Lotterieveranstaltungsmonopol: *Dünchheim*, Unions- und verfassungsrechtliche Vereinbarkeit eines Lotterieveranstaltungsmonopols im Gefüge einer kohärenten Glücksspielregulierung, ZfWG 2019, 481, 424 f.; *Warnecke*, in: Dünchheim (Hrsg.) (Fn. 38), § 10 Rn. 17.

55 EuGH, Beschl. v. 18.5.2021, Rs. C-920/19, ECLI:EU:C:2021:395, Rn. 43 – Fluctus.

56 *Ennuschat*, ZfWG 2011 (Fn. 30), 158.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

durch Lenkung der Spieler in kontrollierte Bahnen einen geordneten Zugang zu Glücksspielen sicherstellen sollen“ bzw. „nur den vorhandenen Markt für den Monopolinhaber gewinnen oder die Kunden an ihn binden soll“.[57] Unzulässig und damit inkohärent ist hingegen eine vom Monopolinhaber praktizierte Werbepolitik, die zu aktiver Teilnahme am monopolisierten Glücksspielangebot auffordert und anregt bzw. auf das Wachstum des monopolisierten Glücksspiels abzielt.[58]

IV. Zusammenfassung

Der Glücksspielbereich zählt zu den Bereichen, in denen kulturelle oder sittliche Wertordnungen traditionell national geprägt sind. Deshalb ist es Sache der einzelnen Mitgliedstaaten (und nicht Sache der Unionspolitik), den Ordnungsrahmen für ihre Glücksspielmärkte nach Maßgabe ihrer individuellen „Glücksspielkultur“ auszugestalten. Im Hinblick auf die denkbaren Regulierungsmodelle bleibt den Mitgliedstaaten auch die Entscheidung vorbehalten, ob sie das Glücksspiel oder einzelne Glücksspielarten einem Staatsmonopol unterwerfen, wie es häufig für große Lotterien praktiziert wird. Errichtet ein Mitgliedstaat ein Glücksspielmonopol, gerät die betreffende Monopolregelung in ein Spannungsverhältnis zu den grundfreiheitlichen Gewährleistungen der Dienstleistungs- oder Niederlassungsfreiheit. Die mit der Monopolregelung verbundene Beschränkung der Dienstleistungs- bzw. Niederlassungsfreiheit löst einen Rechtfertigungszwang aufseiten der Mitgliedstaaten aus. Rein fiskalisch-protektionistische Regulierungsmotive (Generierung von Staatseinnahmen) vermögen eine Beschränkung der Grundfreiheiten nicht zu rechtfertigen; doch streiten zwingende Gründe des Allgemeininteresses – in Gestalt des Anliegens der Gewährleistung eines besonders hohen Verbraucherschutzniveaus insbesondere in puncto Spielsuchtprävention – für die Existenz staatlicher Glücksspielmonopole. Allein die Tatsache, dass sich in einer Monopolregelung die Verfolgung von Gemeinwohlbelangen widerspiegelt, rechtfertigt die mit ihr

57 EuGH, Urt. v. 15.9.2011, Rs. C-347/09, ECLI:EU:C:2011:582, Rn. 64 – Dickinger und Ömer; EuGH Beschl. v. 18.5.2021, Rs. C-920/19, ECLI:EU:C:2021:395, Rn. 43 – Fluctus.

58 EuGH, Urt. v. 15.9.2011, Rs. C-347/09, ECLI:EU:C:2011:582, Rn. 64 – Dickinger und Ömer; EuGH Beschl. v. 18.5.2021, Rs. C-920/19, ECLI:EU:C:2021:395, Rn. 43 – Fluctus.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

verbundene grundfreiheitliche Beschränkung allerdings nicht per se; die Monopolregelung muss sich vielmehr zusätzlich an den Anforderungen des unionalen Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes messen lassen. Eine Monopolregelung wahrt nach der EuGH-Glücksspielrechtsprechung den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz nur dann, wenn sie das ihr zugrundeliegende Anliegen in kohärenter und systematischer Weise verfolgt.

Als inkohärenzauslösender – und damit die Verhältnismäßigkeit der Monopolregelung infrage stellender – Faktor kann sich insbesondere eine vom Monopolinhaber für sein Glücksspielangebot durchgeführte extensive Werbepraxis erweisen, die insoweit im Widerspruch zum Monopolzweck der Glücksspielsuchtprävention geraten kann. Diesen Widerspruch vermag nur eine vom Kanalisierungsgedanken (Hinlenkung der illegalen Spieltätigkeit zum monopolisierten Glücksspielangebot) getragene Werbepolitik aufzulösen. Grundvoraussetzung für die Anerkennung einer sich im Rahmen des Kanalisierungsauftrags bewegenden Werbepraxis ist, dass die illegale Spieltätigkeit im monopolisierten Glücksspielbereich erhebliche Ausmaße hat oder eine solche bei Nichtexistenz des Monopols drohen würde. Bejahendenfalls muss die Werbung nach Inhalt und Umfang maßvoll und eng auf das begrenzt bleiben, was erforderlich ist, um die Verbraucher zu den kontrollierten Spielenetzwerken zu lenken. Die Grenze des Erforderlichen ist dort überschritten, wo eine vom Monopolinhaber praktizierte Werbepolitik bisherige Nicht- oder Wenigspieler zur Spielteilnahme am monopolisierten Glücksspielangebot anregt.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

Autor*innen-Verzeichnis

Barbara Brenner
Projektkoordinatorin am Institut für Wirtschaftsinformatik der Universität St. Gallen

Prof. Dr. Walter Brenner
Professor für Wirtschaftsinformatik am Institut für Wirtschaftsinformatik der Universität St. Gallen

Prof. Dr. Margit Enke
em. Professorin für Marketing und internationalen Handel an der TU Bergakademie Freiberg

Tobias Fahse
Wiss. Mitarbeiter und Doktorand am Institut für Wirtschaftsinformatik der Universität St. Gallen

Prof. Dr. iur. Dr. h.c. Thomas Geiser
em. Ordinarius für Privat- und Handelsrecht an der Universität St. Gallen, ehem. nebenamtlicher Bundesrichter

Ass. jur. Alexander Geißler
Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Deutsches und Europäisches Wirtschaftsrecht an der TU Bergakademie Freiberg

Prof. Dr. Heiko Gojowczyk LL.M.
Professor für Bürgerliches Recht mit den Schwerpunkten Familie- und Erbrecht einschließlich des Verfahrensrechts nach dem FamFG an der HSF Meißen

Prof. Dr. Horst-Peter Götting LL.M. (London)
o. Prof. em. Dr. iur. Habil. LL.M. (London), Technische Universität Dresden, Honorarprofessor an der Universität Leipzig, ständiger Gastprofessor an der Karls-Universität Prag, Richter am OLG Dresden a.D.

Prof. Dr. Ludwig Gramlich
em. Professor für Öffentliches Recht und Öffentliches Wirtschaftsrecht an der Fakultät für Wirtschaftswissenschaften der TU Chemnitz

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

Prof. Dr. Dr. Herbert Grziwotz, Notar a.D.

Univ.-Prof. Mag. Dr. Alpay Hekimler
Inhaber des Lehrstuhls Arbeits- und Sozialrecht der Eskisehir Osmangazi Universität

Dr. Vera Hiller
Regierungsrätin, Generalzolldirektion Köln/Bonn

Univ.-Prof. Dr. Andreas Horsch
Professor für Investition und Finanzierung an der TU Bergakademie Freiberg

Prof. Dr.-Ing. Dipl.-Kfm. Dieter Jacob
em. Univ.-Prof. für Baubetriebslehre an der TU Bergakademie Freiberg

Bedia Jüttner, M.Sc.

Ass. jur. Sebastian Kiefel
Justiziar der TU Bergakademie Freiberg

PD Dr. Dr. Bernhard Klose
Vorsitzender Richter am Oberlandesgericht Dresden

Univ.-Prof. iR. MMag. DDr. Günther Löschnigg
Institut für Arbeitsrecht und Sozialrecht der Karl-Franzens-Universität Graz

Dr. Martin Marx
Richter am Oberlandesgericht Dresden

Julia Möller-Klapperich LL.M.
Wissenschaftliche Mitarbeiterin am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Immaterialgüterrecht, insb. Urheberrecht sowie Medien- und Datenschutzrecht an der Technischen Universität Dresden

Dr. Anna Nauen

Prof. Dr. Line Olsen-Ring LL.M.
Honorarprofessorin für Skandinavisches Recht an der Universität Leipzig

Anja Rößger LL.M., M.Sc.
Wissenschaftliche Mitarbeiterin am Lehrstuhl für Investition und Finanzierung an der TU Bergakademie Freiberg

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

Dr. Steffen Vogel LL.M.

Prof. Dr. Rainer Wolf
em. Professor für Öffentliches Recht an der TU Bergakademie Freiberg

Prof. Dr. Maximilian Wormit
Professor für Allgemeines und Besonderes Verwaltungsrecht an der Hochschule für Polizei und öffentliche Verwaltung NRW

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

Abkürzungsverzeichnis

a. A.	anderer Ansicht
Abb.	Abbildung
ABGB	Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch, JGS 946/1811 (Österreich)
ABl.	Amtsblatt der Europäischen Union
Abs.	Absatz
ABS	Asset Backed Securities
AER	*de advokatetiske regler*, Berufsordnung des dänischen Anwaltsverbandes
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
AG	Amtsgericht
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
AJP	Aktuelle Juristische Praxis (Schweiz)
ALG	Gesetz über die Alterssicherung der Landwirte
AMG	Arzneimittelgesetz
AngG	Angestelltengesetz, BGBl. 292/1921 (Österreich)
Anh.	Anhang
AnwBl	Österreichisches Anwaltsblatt
AO	Abgabenordnung
ArbG	Arbeitsgesetzbuch (Türkei)
ArbVG	Arbeitsverfassungsgesetz, BGBl. 22/1974 (Österreich)
ArGV	Verordnung zum Arbeitsgesetz (Schweiz)
Art.	Artikel
ASoK	Arbeits- und Sozialrechtskartei (Österreich)
ASVG	Allgemeines Sozialversicherungsgesetz, BGBl. 189/1955 (Österreich)
B2B	Business-to-Business Geschäftsbeziehung
BBl.	Bundesblatt (Schweiz)
Bd.	Band
BDrs	Bundestagsdrucksache

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

BeurkG	Beurkundungsgesetz
BewG	Bewertungsgesetz
BfArM	Bundesinstitut für Arzneimittel und Medizinprodukte
BfR	Bundesinstitut für Risikobewertung
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts
BGer	Schweizerisches Bundesgericht
BgVV	Bundesinstituts für gesundheitlichen Verbraucherschutz und Veterinärmedizin
BMBF	Bundesministerium für Bildung und Forschung (BRD)
BNotO	Bundesnotarordnung
bspw.	beispielsweise
Bst.	Buchstabe
BtMG	Betäubungsmittelgesetz
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BWNotZ	Zeitschrift für das Notariat in Baden- Württemberg
bzw.	beziehungsweise
CannKG	Cannabiskontrollgesetz
CannStG	Cannabis-Steuergesetz
CBD	Cannabidiol
CCBE	*Commission de Conseil des Barreaux européens*, Rat der Anwaltschaften der Europäischen Gemeinschaft
CD	Compact Disc
CDU	Christlich-Demokratische Union Deutschland
CSU	Christilich-Soziale Union in Bayern/Deutschland
CMS	Content-Management-System
COM	Kommissionsdokument
CRISP-DM	Cross Industry Standard Process for Data Mining
CRM	Customer-Relationship-Management-System

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

CSR	Corporate Social Responsibility
Dako	Datenschutz konkret (Österreich)
d.h.	das heißt
DGaP	Deutsche Gesellschaft für auswärtige Politik
DGVZ	Deutsche Gerichtsvollzieher Zeitung
DHJV	Deutsch-Nordische Juristenvereinigung
DNotZ	Deutsche Notar-Zeitschrift
DRiZ	Deutsche Richterzeitung
DÖV	Die Öffentliche Verwaltung
DRdA	Das Recht der Arbeit (Österreich)
Dr. rer. pol.	doctor rerum politicarum (Doktor der Staatswissenschaften)
DSG	Datenschutzgesetz, BGBl. I 120/2017 (Österreich)
DSGVO	Verordnung (EU) 2016/679 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr (Datenschutz-Grundverordnung), ABl. L 2016/119, 1
DSt	Österreichisches Bundesgesetz über das Disziplinarrecht der Rechtsanwälte und Rechtsanwaltsanwärter, BGBl. 474/1990
DVBl	Deutsches Verwaltungsblatt
DVD	Digital video disk
e. V.	eigentragener Verein
ECLI	European Case Law Identifier
EG	Europäische Gemeinschaft (nunmehr EU)
EGV	Europäischer Gemeinschaftsvertrag
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EinhÜB	Einheits-Übereinkommens von 1961 über Suchtstoffe
EIRAG	Bundesgesetz über den freien Dienstleistungsverkehr und die Niederlassung von europäischen Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälten sowie die Erbringung von Rechtsdienstleistungen durch international tätige Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte in Österreich, BGBl. I Nr. 27/2000
eIuK	elektronisches Informations- und Kommunikationssystem
EMA	Europäische Arzneimittel-Agentur
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention
ErwGr	Erwägungsgrund
EStG	Einkommenssteuergesetz

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

ETA	Euskadi Ta Askatasuna
etc.	et cetera
EU	Europäische Union
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EuGRZ	Europäische Grundrechte-Zeitschrift
EUR	Euro
EUV	Vertrag über die Europäische Union
EvBl	Evidenzblatt der Rechtsmittelentscheidungen in der Österreichischen Juristen-Zeitung
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
f.	folgende
ff.	und die folgenden
FamFG	Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit
FIA	International Federation of Actors, Internationaler Schauspielerverband
FDP	Freie Demokratische Partei (Deutschland)
FF (Zeitschrift)	Forum Familienrecht
Fn.	Fußnote
FTC	Federal Trade Comission (Bundesbehörde der Vereinigten Staaten von Amerika)
GBO	Grundbuchordnung
GewO	Gewerbeordnung
GDPR	General Data Protection Regulation (englisch für DSGVO)
GG	Grundgesetz
GKG	Gerichtskostengesetz
GlüStV	Glückspielstaatsvertrag
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GMV	*Lov om markedsføring*, dänisches Gesetz über Marktverhalten, idF der Bekanntmachung Nr. 866 vom 15.6.2022
GNotKG	Gesetz über Kosten der freiwilligen Gerichtsbarkeit für Gerichte und Notare
grds.	grundsätzlich
GRCh	Charta der Grundrechte der Europäischen Union
GRUR Int	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Internationaler Teil

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

GSG	Gesundheitsstrukturgesetz
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (BRD)
h. M.	herrschende Meinung
HD/hd	högsta domstolen (oberstes schwedisches Gericht)
HLKO	Haager Landkriegsordnung
Hrsg.	Herausgeber
HS	Halbsatz
HWG	Heilmittelwerbegesetz
IAD	Internationaler arbeitsrechtlicher Dialog
idF	in der Fassung
IHK	Industrie- und Handelskammer
IEEE	Institute of Electrical and Electronics Engineers (weltweit größter Berufsverband für Elektrotechnik und Informationstechnik)
ILO	International Labour Organization, Internationale Arbeitsorganisation
IP	Intellectual Property
IPBS	Intellectual Property Backed Securities
IPEC	International Programme on the Elimination of Child labour, Internationales Programm der ILO zur Abschaffung der Kinderarbeit
IRA	*Irish Republican Army*
IS	Islamischer Staat
ISAF	International Security Assistance Force - die Internationale Sicherheitsunterstützungstruppe war eine Sicherheits- und Wiederaufbaumission unter NATO-Führung
i. S. d.	im Sinne des
iÜ	im Übrigen
iVm	in Verbindung mit
JBl	Juristische Blätter (Österreich)
JuS	Juristische Schulung
jusIT	Zeitschrift für IT-Recht, Rechtsinformation und Datenschutz (Österreich)
KfZ	Kraftfahrzeug
KGaA	Kommanditgesellschaft auf Aktien
KMU	Kleine und mittlere Unternehmen

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

KollV	Kollektivvertrag
KSZE	Konferenz über Sicherheit und Zusammenarbeit in Europa
leg. cit.	legis citatae (der zitierten Vorschrift)
LG	Landgericht
LkSG	Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz
Losebl.	Loseblattsammlung
LSSI	Gesetz über die Dienstleistungen der Informationsgesellschaft (Spanien)
MACLI	Music Against Child Labour Initiative der ILO
MarkenG	Markengesetz
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
m. E.	meines Erachtens
MFL	Marknadsföringslagen - spezielles Annexgesetz zum Werbegesetz schwedisches Pendant zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb
mg	Milligramm
Mio.	Million
MiZi	Anordnung über Mitteilungen in Zivilsachen
MMS	Multimedia Message Service
MR	Medien und Recht (Österreich)
Mrd.	Milliarde
MRK	Europäische Menschenrechtskonvention
mwN	mit weiteren Nachweisen
NABU	Naturschutzbund Deutschland
NATO	North Atlantic Treaty Organization
NdsRpfl	Archiv der Niedersächsischen Rechtspflege
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJW-RR	NJW-Rechtsprechungs-Report Zivilrecht
NotBZ	Zeitschrift für die notarielle Beratungs- und Beurkundungspraxis
Nr, N.	Nummer
NVwZ-RR	NVwZ-Rechtsprechungs-Report Verwaltungsrecht
OBDK	Oberste Berufungs- und Disziplinarkommission
ÖBl	Österreichische Blätter für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

OGH	Oberster Gerichtshof der Republik Österreich
OHG	Offene Handelsgesellschaft
OLG	Oberlandesgericht
OLGR	OLG-Report
OR	Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht)
OSZE	Organisation für Sicherheit und Zusammenarbeit in Europa
OTC	over-the-counter (außerbörslicher Handel, über den Ladentisch)
PassG	Passgesetz
PatG	Patentgesetz 1970, BGBl. 259/1970
PMD	Patent- och marknadsdomstole, Patent- und Markengericht
PMÖD	Patent- och marknadsöverdomstolen, höheres Gericht für Patent- und Markenrecht in Schweden
QR	Quick-Response
RA	Rechtsanwalt
RabattG	Rabattgesetz
RAF	Rote Armee Fraktion, linksextremistische Vereinigung
RAO	österreichische Rechtsanwaltsordnung, RGBl. Nr. 96/1868, zuletzt geändert durch Kundmachung vom 27.10.2022, BGBl. I Nr. 164/2022
RdW	Recht der Wirtschaft
rev. DSG	Bundesgesetz über den Datenschutz (Datenschutzgesetz, DSG) vom 25. September 2020 (Schweiz)
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
RiStBV	Richtlinien für das Strafverfahren und das Bußgeldverfahren
RL-BA	Richtlinien für die Ausübung des Rechtsanwaltsberufs (Österreich)
Rn.	Randnummer
RNotZ	Rheinische Notar-Zeitschrift
Rpfleger	Der Deutsche Rechtspfleger
RpflStud.	Rechtspfleger-Studienhefte
RPL	*retsplejeloven*, dänisches Rechtspflegegesetz, idF der Bekanntmachung Nr. 1835 vom 15.9.2021
Rz.	Randziffer
S.	Satz
SALT	Strategic Arms Limitation Talks

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

SE	Societas Europaea
SEO	Search Engine Optimization (Suchmaschinenoptimierung)
SMS	Short Message Service
sog.	so genannte
SPC	*statistical process control (*Statistische Prozesslenkung)
START	ein zwischen den Vereinigten Staaten und der Sowjetunion bzw. Russland ausgehandeltes Abrüstungsabkommen zur gemeinsamen allmählichen Reduzierung strategischer Trägersysteme für Nuklearwaffe
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts (Schweiz)
StGB	Strafgesetzbuch
StGG	Staatsgrundgesetz über die allgemeinen Rechte der Staatsbürger, RGBl. 142/1867 (Österreich)
StPO	Strafprozessordnung
SZ	Entscheidungen des Österreichischen Obersten Gerichtshofes in Zivil- (und Justizverwaltungs)sachen
THC	Tetrahydrocannabinol
TKP	Tausend-Kontakt-Preis
TMG	Telemediengesetz
TU	Technische Universität
TÜIK	Türkiye İstatistik Kurumu, Statistikinstitut der Türkei
u. a.	und andere; unter anderem
u. Ä.	und Ähnliche/s
UGP	Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken
UN	United Nations, Vereinte Nationen
URG	Bundesgesetz über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte. vom 9. Oktober 1992 (Schweiz)
UrhG	Urheberrechtsgesetz
Urt.	Urteil
USD	United States Dollar
usw.	und so weiter
UWG	Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb
v.	von, vom
VfGH	Österreichischer Verfassungsgerichtshof

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

VfSlg	Sammlung der Erkenntnisse und wichtigsten Beschlüsse des Verfassungsgerichtshofes (Österreich)
vgl.	vergleiche
VO	Verordnung
VuR	Verbraucherund Recht
wbl	Wirtschaftsrechtliche Blätter (Österreich)
WD	Wissenschaftlicher Dienst
WRP	Wettbewerb in Recht und Praxis (BRD)
z. B.	zum Beispiel
Z.	Zahl, Ziffer
ZAS	Zeitschrift für Arbeitsrecht und Sozialrecht (Österreich)
ZfIR	Zeitschrift für Immobilienrecht
ZfV	Zeitschrift für Verwaltung (Österreich)
ZfVB	Die administrativrechtlichen Entscheidungen des VwGH und die verwaltungsrechtlich relevanten Entscheidungen des VfGH in lückenloser Folge (Beilage zur ZfV)
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907
ZIIR	Zeitschrift für Informationsrecht (Österreich)
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
ZNotP	Zeitschrift für Notarpraxis
ZöR	Zeitschrift für öffentliches Recht (Österreich)
ZPO	Zivilprozessordnung
ZStR	Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht
ZTR	Zeitschrift für Tarifrecht (BRD)
ZugabeVO	Zugabeverordnung
ZUM	Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht
ZUM-RD	Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht - Rechtsprechungsdienst
ZVG	Gesetz über die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

https://doi.org/10.5771/9783748941163
Generiert durch Nomos Verlagsgesellschaft, am 12.12.2023, 14:49:14.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.