

Prof. Dr. Viola Schmid, LL.M. (Harvard)

Grundzüge des Öffentlichen Rechts – WS 2005/2006

zusammengelegt mit der Vorlesung „Öffentliches Recht“

Datum	Modul	Titel
25.10.2005	1	Einführungsmodul

A. Organisatorisches	2
I. Vorlesungsetikette:.....	2
II. Gesetzestexte:	2
III. Internet-Sprechstunde:.....	3
IV. Zitieretikette:	3
B. Strategie der Vorlesung	3
I. Perspektive der Vorlesung	3
II. Szenario	3
C. Literatur und Rechtsquellen.....	5
I. Literatur.....	5
1. Lehrbücher	5
2. Kommentare	5
3. Gesetzestexte	5
II. Rechtsquellen.....	5
1. Virtuell	5
a) Normen.....	5
b) Rechtsprechung.....	6
2. Realworld	6
a) Normen.....	6
b) Rechtsprechung.....	6
D. Begriff: Was ist Recht?	6
I. Gesetzgebung	6
1. Kompetenz	6
2. Verfahren.....	7
3. Form	8
II. Rechtsprechung:.....	8
1. Bundesgerichte	8
2. Instanzenweg in der Verwaltungsgerichtsbarkeit:	9
III. Verwaltung	9
1. Versuch einer Positivdefinition:.....	9
2. Versuch einer Negativdefinition:	10
E. Was ist Öffentliches Recht?.....	10
I. „Clear“ und „hard cases“: Subordinationstheorie	10
1. „Clear Case“	10
2. „Hard Case“	11
II. „Clear“ und „hard cases“: Subjektstheorie	12
III. Testfrage: „Wozu braucht man die Unterscheidung zwischen Öffentlichem und Zivilrecht?“	12
F. Strukturen des Öffentlichen Rechts	13
G. „Juristische Werkzeuge“ und „Plattformen“	13

I. Auslegungsmethoden	13
1. „Traditionelle“ Auslegungsmethoden	13
2. FÖR-Ergänzungen:.....	14
II. Anwendung des Auslegungskanons auf das Szenario „Ölverschmierte Ente“ und § 1 UWG a.F.....	14
H. Normenhierarchien.....	15
I. Normen?.....	15
II. Anwendung auf Szenario „Ölverschmierte Ente“	16
1. Formelle Rechtmäßigkeit von § 1 UWG a.F.....	16
a) Kompetenz:	16
b) Verfahren	17
c) Form	17
2. Materielle Rechtmäßigkeit von § 1 UWG a.F.....	17
a) Prüfungsschema	17
b) RER-Prüfung für Szenario „Ölverschmierte Ente“	18
(I). Recht.....	18
(II). Eingriff.....	19
(III). Rechtfertigung	19
I. Relevanz und Ausblick	22
I. Relevanz.....	22
1. Zivilrechtliche Relevanz	23
2. Öffentlich-rechtliche Relevanz	23
3. Bildung von Fallgruppen.....	23
II. Ausblick.....	24

A. Organisatorisches

I. Vorlesungsetikette: Das Fachgebiet begrüßt nicht nur die Studenten sondern auch die Studentinnen an der Technischen Universität Darmstadt. Die Wahl männlicher und weiblicher Ansprachen soll in der Vorlesung erörtert werden. Suboptimal ist ein Ansatz, den der Gesetzgeber im Gesetz gegen den Unlauteren Wettbewerb (UWG) gewählt hat.

§ 1 UWG Zweck des Gesetzes

Dieses Gesetz dient dem Schutz der **Mitbewerber**, der **Verbraucherinnen** und der **Verbraucher** sowie der **sonstigen Marktteilnehmer** vor unlauterem Wettbewerb. Es schützt zugleich das Interesse der Allgemeinheit an einem unverfälschten Wettbewerb.

Wie auch immer man sich zur feministischen Rechts- und Sprachtheorie zu positionieren vermag: eine Etikette, die Frauen nur als schutzbedürftig („Verbraucherinnen“) und nicht als marktmächtig (das Gesetz spricht nur von „Marktteilnehmern“ und „Mitbewerbern“) erfasst, kann für die Vorlesung nicht ohne Diskussion übernommen werden.

II. Gesetzestexte: Ein Heft mit den für die Vorlesung erforderlichen Gesetzestexten wird vom Fachgebiet für eine Gebühr von 3 EURO zur Verfügung gestellt. Bitte verzichten Sie auf

Kommentierungen und Annotierungen, weil Sie die Texte auch zur Klausurbearbeitung verwenden sollen.

III. Internet-Sprechstunde: info@Prof-Schmid.de. Emails bitte immer unter Angabe der betreffenden Veranstaltung.

IV. Zitieretikette:

Grundsätzlich gilt für das Zitieren von Gesetzen:

Art. (oder §) Abs. 1 S. 1 [gegebenenfalls: HS. (Halbsatz), Nr. und Lit.] Abkürzung des Gesetzestexts (etwa GG). Etwa: Art. 5 Abs. 1 S. 1 1. HS GG (Meinungsfreiheit). Beachte: Der Satz wird nur erwähnt, wenn der Absatz mehr als einen Satz enthält. Gleiches gilt für das Verhältnis, Absatz zu Artikel/§).

B. Strategie der Vorlesung

I. Perspektive der Vorlesung

Die Vorlesung wählt eine internationale und aktuelle Perspektive für die Vermittlung der juristischen Methodik. Soweit weiterführend werden Veränderungen, die nach der Verabschiedung eines Europäischen Verfassungsvertrages – EuC (European Constitution) - erfolgen, einbezogen (Konvent zur Zukunft Europas, 28.02.2002 – 18.07.2003). Der – noch nicht ratifizierte – Europäische Verfassungsvertrag ist im Amtsblatt der EU veröffentlicht¹.

II. Szenario

Beim Benetton-Werbeszenario handelt es sich um eine Kontroverse, die die obersten deutschen Gerichte fast ein Jahrzehnt beschäftigt hat. Mehrere Anzeigen, von denen hier zwei ausgesucht wurden (Szenario „Ölverschmierte Ente“ und Szenario „HIV-Positiv“)² waren Gegenstand der Kampagne. Der Bundesgerichtshof (BGH) wurde zweimal vom Bundesverfassungsgericht (BVerfG) korrigiert. Die Sachverhaltsschilderungen sind den didaktischen Vorstellungen der Vorlesung angepasst.

- [BVerfG, Urt. v. 12.12.2000](#), 1 BvR 1762/95 u. 1 BvR 1787/95.
- [BVerfG, Urt. v. 11.03.2003](#), 1 BvR 462/02.
- BGH, Urt. v. 06.07.1995, NJW 1995, 2492

¹ <http://europa.eu.int/eur-lex/lex/JOhtml.do?uri=OJ:C:2004:310:SOM:DE:HTML> (Stand: 28.09.2005)

² Zu diesen und weiteren Bildern der Kampagne:

<http://www.benettongroup.com/press/securityCategoryChecker/?id=0b011024800012d7&offset=1&newitemsForPage=12&secnewitemsForPage=5>. (Stand: 28.09.2005)

Die Tatsache, dass kleine Werbeanzeigen große Rechtsfragen stellen, zeigt sich auch daran, dass der Gesetzgeber nunmehr eine Regelung getroffen hat, die sich als Aufbegehren gegen das Bundesverfassungsgericht interpretieren lassen könnte (siehe unter Kapitel I. II).

Szenario: Ölverschmierte Ente: Das Bekleidungsunternehmen (B) wirbt mit dem Bild einer infolge einer Umweltkatastrophe ölverschmierten Ente und dem Hinweis „colors of Benetton“. Ein Konkurrent (C) von B beanstandet, dass es sich um sittenwidrige Werbung nach § 1 UWG a.F. handele

§ 1 UWG a.F. (Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb in der zum Zeitpunkt der Gerichtsentscheidungen geltenden Fassung)

„Wer im geschäftlichen Verkehre zu Zwecken des Wettbewerbes Handlungen vornimmt, die gegen die guten Sitten verstoßen, kann auf Unterlassung und Schadensersatz in Anspruch genommen werden.“

B nutze das Mitgefühl der Verbraucher aus, um Kleidung zu verkaufen. Das sei wettbewerbswidrig. Der Bundesgerichtshof (BGH) gibt ihm Recht. Zwar handele es sich bei der Werbung des B um eine nach Art. 5 Abs. 1 S. 1 1. Alt GG geschützte Meinung.

Art. 5 GG (Grundgesetz)

(1) Jeder hat das Recht, seine Meinung in Wort, Schrift und Bild frei zu äußern und zu verbreiten und sich aus allgemein zugänglichen Quellen ungehindert zu unterrichten.

Eine verfassungskonforme Auslegung von § 1 UWG a.F. ergäbe aber, dass diese meinungsfreiheitlich geschützte Werbung wettbewerbswidrig sei. Die Ausbeutung der Gefühle der Käufer sei weder verfassungsrechtlich noch einfachgesetzlich gerechtfertigt.

§ 1 UWG a.F. sei – so ausgelegt – ein „allgemeines Gesetz“ im Sinne der Schrankenbestimmung von Art. 5 Abs. 2 GG.

Art. 5 GG

(2) Diese Rechte finden ihre Schranken in den Vorschriften der allgemeinen Gesetze, den gesetzlichen Bestimmungen zum Schutze der Jugend und in dem Recht der persönlichen Ehre.

B wendet sich daraufhin an das Bundesverfassungsgericht (BVerfG) mit der Argumentation, dass „Meinungen“ oft an das Mitgefühl anderer appellierten. B sieht deswegen nicht ein, wie so eine „werbliche“ Meinung deswegen untersagt werden dürfe, weil sie „wirke“. Der verfas-

sungsrechtliche Schutz der Meinungsfreiheit verlange, dass eine solche Werbung zulässig sei. Die Meinungsfreiheit in Art. 5 Abs.1 S.1 1.Alt. GG verbiete es deshalb, einen Verstoß gegen die „guten Sitten“ nach § 1 UWG a.F. anzunehmen.

C. Literatur und Rechtsquellen

I. Literatur

Lehrbücher und Kommentare sind in der juristischen Fachbibliothek in einem gesonderten Regal vorhanden.

1. Lehrbücher

Für das Bestehen der Klausur ist die Kenntnis des Inhalts der Online-Skripten wie der Besuch der Vorlesung ausreichend. Für diejenigen, die ein Interesse an der Vertiefung haben, werden folgende Bücher, die auf einem Regal in der juristischen Fachbibliothek vorgehalten werden, empfohlen.

- Staatsorganisationsrecht: Degenhart, Christoph, Staatsrecht I, 20. Aufl., 2004.
- Grundrechte: Piroth, Bodo/Schlink, Bernhard, Staatsrecht II, 19. Aufl. 2003.
- Berührungspunkte des Völker- und Europarechts: Schweitzer, Michael, Staatsrecht III, 8. Aufl. 2004.
- Europarecht: Streinz, Rudolf, Europarecht, 6. Aufl., 2003.
- Tomuschat, Christian, Völkerrecht, 2. Aufl., 2004.

2. Kommentare

- v. Münch, Ingo/Kunig, Philip, Grundgesetz-Kommentar, Bände 1-3, 2. Aufl., 2002.
- Hoemig, Dieter/Seifert, Karl-Heinz, Grundgesetz-Kommentar, 7. Aufl., 2003.

3. Gesetzestexte

- Gesetzessammlung des Fachgebiets, siehe oben.

II. Rechtsquellen

1. Virtuell

a) Normen

- Europarecht: <http://www.europa.eu.int/eur-lex/de/index.html>
 - Bundesrecht:
 - <http://www.recht.makrolog.de>
 - <http://www.bundesregierung.de/Gesetze/-,7214/Gesetze-A-Z.htm>
- Hessenrecht: <http://www.hessenrecht.hessen.de/gvbl/start.htm>

b) Rechtsprechung

- EuGH: <http://curia.eu.int/de/content/juris/index.htm>
- BVerfG: <http://www.bverfg.de/>
- BVerwG: <http://www.bverwg.de/enid/0d30f7839afb27f24721a9105179330f,0/34.html>
- BGH: <http://www.bundesgerichtshof.de/>

2. Realworld**a) Normen**

- Bundesgesetzblatt (Fachbibliothek Jura)
- Hessisches Gesetz- und Verordnungsblatt (Fachbibliothek Jura)
- Amtsblatt der Europäischen Union (Fachbibliothek Jura)

b) Rechtsprechung

Offizielle Entscheidungssammlungen der obersten Gerichte (Fachbibliothek Jura)

D. Begriff: Was ist Recht?

Recht ist das Produkt von Gesetzgebung, Rechtsprechung und Verwaltung.

I. Gesetzgebung

Grundsätzlich unterscheidet man bei Gesetzen zwischen **formeller und materieller Rechtmäßigkeit**. Unter formeller Rechtmäßigkeit versteht man Anforderungen an

- die Kompetenz der gesetzgebenden Körperschaft,
- das Gesetzgebungsverfahren
- die Form des Gesetzes.

Unter materieller Rechtmäßigkeit versteht man die Prüfung (von Gesetzen) an höherrangigem Recht, insbesondere an den Grundrechten.

1. Kompetenz

Es gibt in der Bundesrepublik Deutschland Bundes- und Landesgesetzgebungskompetenzen. Darüber hinaus werden Sach- (Art. 72 ff. GG) und Verwaltungsgesetzgebungskompetenzen (Art. 83 ff. GG) unterschieden. Ein Beispiel für eine Bundeskompetenz ist Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG - der auch Kompetenzgrundlage für das Recht des unlauteren Wettbewerbs wäre.

Art. 74 GG

(1) Die konkurrierende Gesetzgebung erstreckt sich auf folgende Gebiete:

(...)

11. das Recht der Wirtschaft (Bergbau, Industrie, Energiewirtschaft, Handwerk, Gewerbe, Handel, Bank- und Börsenwesen, privatrechtliches Versicherungswesen);
(...)

Subsumtion (so wird die Zuordnung eines Sachverhalts zum Recht bezeichnet):

Das UWG dient dem Schutz vor einer Verfälschung des Wettbewerbs und ist damit Wirtschaftsrecht.

2. Verfahren

- Gesetzesinitiative

Jedes Gesetzgebungsverfahren wird mit einer so genannten Gesetzesinitiative eingeleitet. Das ist die Einbringung eines Gesetzentwurfs. Gesetzesinitiativen können von der Bundesregierung, dem Bundesrat und „aus der Mitte des Bundestages“ eingebracht werden (Art. 76 I GG).

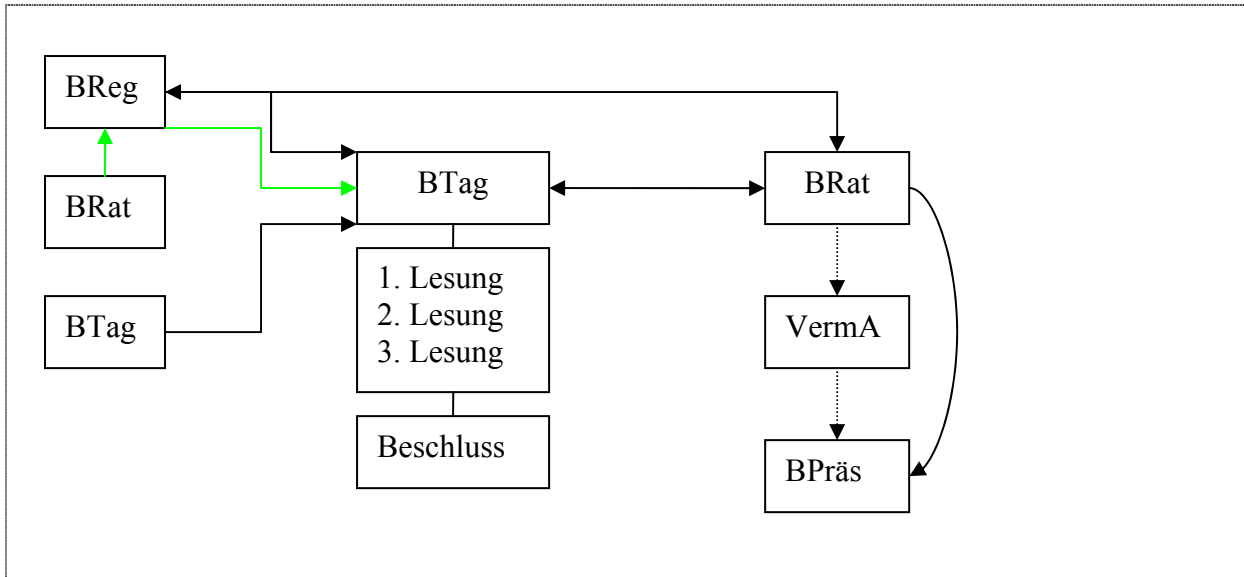
- Beratung und Beschlussfassung

Bundesgesetze werden vom Bundestag beschlossen (Art. 76 I 1 GG). Das Verfahren der Beratung und Beschlussfassung im Bundestag ist nicht im Grundgesetz, sondern in der Geschäftsordnung des Bundestages (GOBT) geregelt (§§ 79ff. GOBT). Danach finden drei so genannte Lesungen statt. Das sind Beratungen und Aussprachen über die einzelnen Bestimmungen des Gesetzentwurfs.

- Beteiligung des Bundesrates

Nachdem der Bundestag ein Gesetz beschlossen hat, wird der Bundesrat beteiligt. Die Mitwirkungsrechte des Bundesrates sind entweder der Einspruch oder die Zustimmung.

Zusammenfassend:



3. Form

Verkündung des Gesetzes im Bundesgesetzblatt (Art. 82 GG)

II. Rechtsprechung:

Art. 92 GG

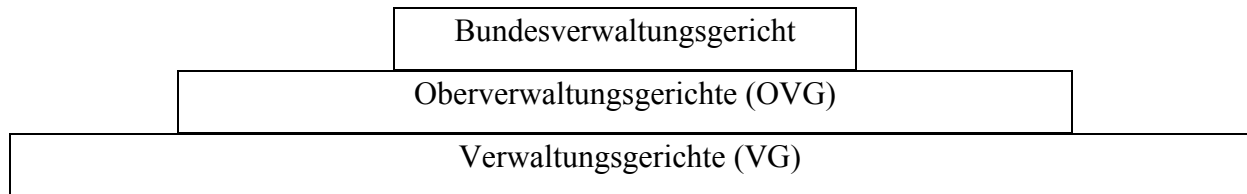
Die rechtsprechende Gewalt ist den Richtern anvertraut; sie wird durch das Bundesverfassungsgericht, durch die in diesem Grundgesetz vorgesehenen Bundesgerichte und durch die Gerichte der Länder ausgeübt.

Art. 95 GG

Für die Gebiete der ordentlichen, der Verwaltungs-, der Finanz-, der Arbeits- und der Sozialgerichtsbarkeit errichtet der Bund als oberste Gerichtshöfe den Bundesgerichtshof, das Bundesverwaltungsgericht, den Bundesfinanzhof, das Bundesarbeitsgericht und das Bundessozialgericht. (...)

1. Bundesgerichte

Bundesverfassungsgericht				
Bundesarbeitsgericht	Bundesfinanzhof	Bundessozialgericht	Bundesverwaltungsgericht	Bundesgerichtshof für Zivil- und Strafsachen

2. Instanzenweg in der Verwaltungsgerichtsbarkeit:**§ 2 Verwaltungsgerichtsordnung**

Gerichte der Verwaltungsgerichtsbarkeit sind in den Ländern die Verwaltungsgerichte und je ein Oberverwaltungsgericht, im Bund das Bundesverwaltungsgericht mit Sitz in Leipzig.

§ 49 Verwaltungsgerichtsordnung:

Das Bundesverwaltungsgericht entscheidet über das Rechtsmittel

1. der Revision gegen Urteile des Oberverwaltungsgerichts nach § 132,
2. der Revision gegen Urteile des Verwaltungsgerichts nach §§ 134 und 135,
3. der Beschwerde nach § 99 Abs. 2 und § 133 Abs. 1 dieses Gesetzes sowie nach § 18a Abs. 4 Satz 4 des Gerichtsverfassungsgesetzes.

§ 46 Verwaltungsgerichtsordnung:

Das Oberverwaltungsgericht entscheidet über das Rechtsmittel

1. der Berufung gegen Urteile des Verwaltungsgerichts,
2. der Beschwerde gegen andere Entscheidungen des Verwaltungsgerichts.

§ 45 Verwaltungsgerichtsordnung:

Das Verwaltungsgericht entscheidet im ersten Rechtszug über alle Streitigkeiten, für die der Verwaltungsrechtsweg offensteht.

III. Verwaltung**1. Versuch einer Positivdefinition:**

Wolff/Bachof/Stober; Verwaltungsrecht Band 1, 11.Aufl, 1999, § 2 Abs.1 Rn. 12:
 „Verwaltung ... kann definiert werden als mannigfaltige, zweckbestimmte, i.d.R. organisierte, fremdnützige und verantwortliche, nur teilplanende, selbstbeteiligt ausführende und gestaltende Wahrnehmung von Angelegenheiten, insbesondere durch Herstellung diesbezüglicher Entscheidungen.“

2. Versuch einer Negativdefinition:

Um Verwaltung kann es sich dann handeln, wenn es sich nicht um Gesetzgebung und nicht um Rechtsprechung handelt.³ Grundsätzlich ist Verwaltung dadurch gekennzeichnet, dass Sie abstrakt-generelle Gesetze gegenüber dem Einzelnen konkretisiert.

E. Was ist Öffentliches Recht?

Grundsatz	
Zivilrecht	Rechtsverhältnis der Menschen zueinander (Jedermann) Unabhängig vom Hoheitsträger als Zuordnungsobjekt
Öffentliches Recht	Rechtsverhältnis des Einzelnen zum Staat (als Hoheitsträger) Verhältnis der Hoheitsträger untereinander

I. „Clear“ und „hard cases“: Subordinationstheorie

Zur Unterscheidung zwischen Öffentlichem Recht und Zivilrecht stellt die **Subordinationstheorie** auf das Verhältnis der Beteiligten ab: Das öffentliche Recht wird durch das Verhältnis der Über-Unterordnung und das Zivilrecht durch das Verhältnis der Gleichordnung gekennzeichnet. Dabei kann zwischen so genannten „Clear Cases“ und so genannten „Hard Cases“ unterschieden werden.

1. „Clear Case“

Beispiel: Bauer B hat einen Acker mit besonders fruchtbarem Boden. Das Land H enteignet ihn mit einem Bescheid, der seinerseits auf einem Landesenteignungsgesetz beruht, um eine Fernstraße zu bauen.

§ 35 VwVfG

Verwaltungsakt ist jede Verfügung, Entscheidung oder andere **hoheitliche Maßnahme**, die eine **Behörde** zur Regelung eines **Einzelfalls** auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts trifft und die auf unmittelbare Rechtswirkung nach außen gerichtet ist.

³ J. Ipsen, Allgemeines Verwaltungsrecht, 3. Aufl., 2003, § 1 Rn. 51: „In Anlehnung an die Definition Jellineks ist die öffentliche Verwaltung zu definieren als „Erfüllung öffentlicher Aufgaben durch den Staat oder sonstige Verwaltungsträger außerhalb von Gesetzgebung, Rechtsprechung und Regierung.“

hoheitliche Maßnahme	Bescheid, mit dem Inhalt, dass der Acker des B enteignet wird.
einer Behörde	Enteignende Behörde (Landesbehörde H)
Zur Regelung	auf eine Rechtsfolge gerichtet (Verbot, Gebot): Anordnung der Enteignung
eines Einzelfalls	konkret – individuell: Acker-Bauer
Mit Außenwirkung	Adressat außerhalb der Verwaltung

➤ Enteignung historisch:

Paulskirchenverfassung von 1849; Abschn. VI Art. IX

§ 164: Das Eigentum ist unverletzlich. Eine Enteignung kann nur aus Rücksichten des gemeinen Besten, nur auf Grund eines Gesetzes und gegen gerechte Entschädigung vorgenommen werden. Das geistige Eigentum soll durch die Reichsgesetzgebung geschützt werden.

➤ Enteignung heute:

Art. 14 Grundgesetz

(1) Das Eigentum und das Erbrecht werden gewährleistet. Inhalt und Schranken werden durch die Gesetze bestimmt.

(2) Eigentum verpflichtet. Sein Gebrauch soll zugleich dem Wohle der Allgemeinheit dienen.

(3) Eine Enteignung ist nur zum Wohle der Allgemeinheit zulässig. Sie darf nur durch Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes erfolgen, das Art und Ausmaß der Entschädigung regelt. Die Entschädigung ist unter gerechter Abwägung der Interessen der Allgemeinheit und der Beteiligten zu bestimmen. Wegen der Höhe der Entschädigung steht im Streitfalle der Rechtsweg vor den ordentlichen Gerichten offen.

Die Enteignung erfolgt durch einen hoheitlichen Zugriff auf das Grundstück, der eine Mitwirkung des Enteigneten B nicht voraussetzt.

2. „Hard Case“

B und Land H schließen einen Vertrag, dass das Eigentum an dem Grundstück gegen Zahlung einer bestimmten Summe und gegen Einräumung einer Konzession für den Betrieb eines an der Fernstraße gelegenen Kiosk übertragen wird.

➤ Öffentlich-rechtlicher Vertrag

§ 54 VwVfG

Ein Rechtsverhältnis auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts kann durch Vertrag begründet, geändert oder aufgehoben werden (öffentlich-rechtlicher Vertrag), soweit Rechtsvorschriften nicht entgegenstehen. Insbesondere kann die Behörde, anstatt einen Verwaltungsakt zu erlassen, einen öffentlich-rechtlichen Vertrag mit demjenigen schließen, an den sie sonst den Verwaltungsakt richten würde.

II. „Clear“ und „hard cases“: Subjektstheorie

Grundsatz	
Privatrecht	Rechtsverhältnis der Menschen zueinander (Jedermann) Unabhängig vom Hoheitsträger als Zuordnungsobjekt
Öffentliches Recht	Rechtsverhältnis des Einzelnen zum Staat (als Hoheitsträger) Verhältnis der Hoheitsträger untereinander

Ausnahme:

Staat organisiert sich als Privater (Art. 87 f GG)
--

Artikel 87 f GG

(1) Nach Maßgabe eines Bundesgesetzes, das der Zustimmung des Bundesrates bedarf, gewährleistet der Bund im Bereich des Postwesens und der Telekommunikation flächendeckend angemessene und ausreichende Dienstleistungen.

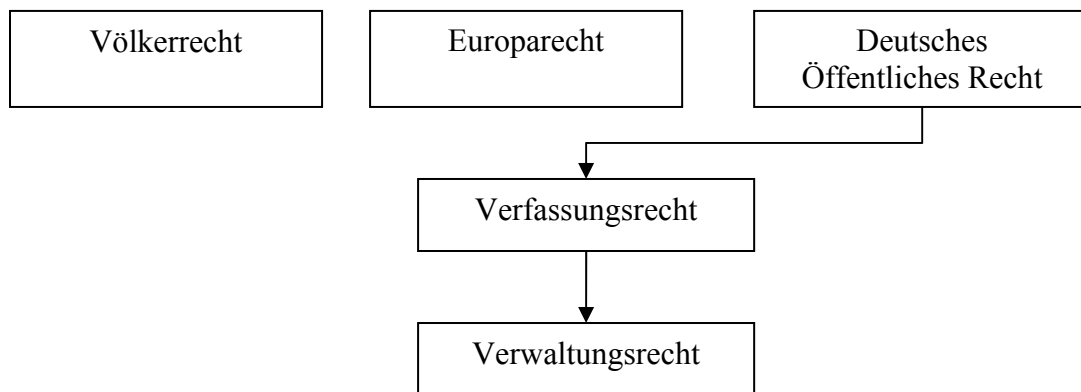
(2) Dienstleistungen im Sinne des Absatzes 1 werden als privatwirtschaftliche Tätigkeiten durch die aus dem Sondervermögen Deutsche Bundespost hervorgegangenen Unternehmen und durch andere private Anbieter erbracht. Hoheitsaufgaben im Bereich des Postwesens und der Telekommunikation werden in bundeseigener Verwaltung ausgeführt.

(3) Unbeschadet des Absatzes 2 Satz 2 führt der Bund in der Rechtsform einer bundesunmittelbaren Anstalt des öffentlichen Rechts einzelne Aufgaben in bezug auf die aus dem Sondervermögen Deutsche Bundespost hervorgegangenen Unternehmen nach Maßgabe eines Bundesgesetzes aus.

III. Testfrage: „Wozu braucht man die Unterscheidung zwischen Öffentlichem und Zivilrecht?“

Antwort: Unter anderem um bestimmen zu können, welches Gericht zuständig ist.

F. Strukturen des Öffentlichen Rechts



G. „Juristische Werkzeuge“ und „Plattformen“

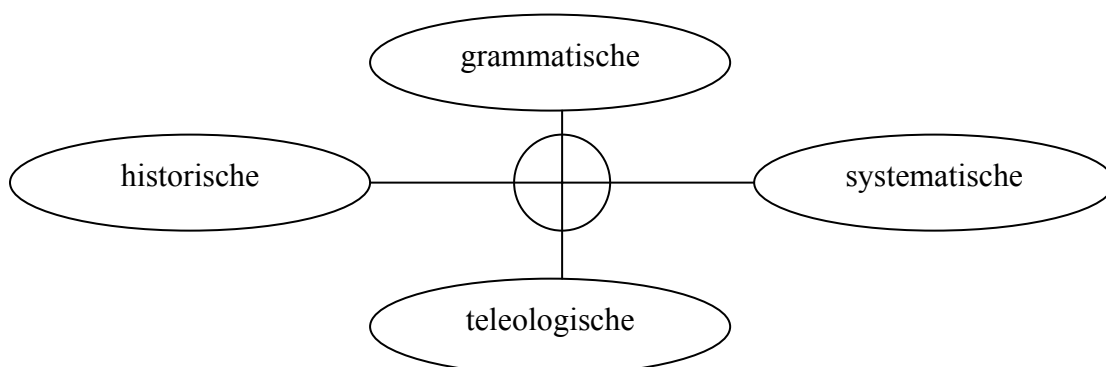
I. Auslegungsmethoden

Sehr oft müssen Normen (als Oberbegriff etwa von Gesetzen, Rechtsverordnungen) ausgelegt werden.

Einer Auslegung bedarf es aufgrund der Mehrdeutigkeit und der Dynamik der Sprache des Normgebers und/oder der Existenz neuer Herausforderungen für das Rechtssystem.

Es gibt für das deutsche Rechtssystem traditionell vier Auslegungsmethoden, die im Rahmen der Vorlesung als „Werkzeuge“ bezeichnet werden.

1. „Traditionelle“ Auslegungsmethoden



- Die **grammatische Auslegung** sucht zunächst nach dem Wortsinn.
- Die **historische Auslegung** fragt nach der Motivation und den Erwägungen des (historischen) Gesetzgebers. Für den Erlass des Grundgesetzes wird auf Protokolle des Parlamentarischen Rates zurückgegriffen (Stenographische Protokolle des Parl. Rates aus dem Jahr

1948/49, Verfassungskonvent auf Herrenchiemsee, 10.-23.08.1948). Die Genese deutscher Gesetze kann den Aufzeichnungen des Bundestages oder -rates entnommen werden (Bundestags und/oder -rats-Drucksachen).

- Die **systematische Auslegung** versucht die auszulegende Norm im systematischen Gesamtzusammenhang des Gesetzes zu verorten.
- Die **telelogische Auslegung** fragt nach dem Sinn und Zweck der Vorschrift (ratio legis).

2. FÖR-Ergänzungen:

Dieser traditionelle Auslegungskanon wird vom Fachgebiet Öffentliches Recht um zwei weitere Auslegungsmethoden erweitert:

- die **dogmatische Auslegung:** Hierunter werden die dogmatischen und methodischen Instrumente verstanden, die von der Rechtsprechung und/oder Rechtswissenschaft entwickelt werden (etwa die RER-Prüfung und der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz).
- die **dynamische (technikorientierte) Auslegung:** Es handelt sich um einen Spezialfall der teleologischen Auslegung. Mit dieser Spezialisierung soll der oft fehlenden Bedeutung der historischen und grammatischen Auslegung angesichts des technischen Wandels Rechnung getragen werden. Etwa das Grundgesetz von 1949 enthält in grammatischer, systematischer und historischer Auslegung keine Bestimmungen über das Fernsehen. . Diese temporale Herausforderung an das Recht verlangt Dynamik (der Interpreten). Das Attribut „technik-orientiert“ bringt zum Ausdruck, dass die Technik die dynamische Auslegung verlangt – und nicht das Recht als Folge eines Wertewandels in der Gesellschaft neu und anders zu interpretieren ist..

II. Anwendung des Auslegungskanons auf das Szenario „Ölverschmierte Ente“ und § 1 UWG a.F.

Das Szenario ist ein Beispiel dafür, dass keine der Auslegungsmethoden zu einem anwendbaren Ergebnis führt:

§ 1 UWG a.F.	
Wer im geschäftlichen Verkehre zu Zwecken des Wettbewerbes Handlungen vornimmt, die gegen die guten Sitten verstoßen, kann auf Unterlassung und Schadensersatz in Anspruch genommen werden.	
Grammatische Auslegung	Handelt es sich um eine „Sitte“ oder mehrere „Sitten“? Was ist „gut“?

Historische Auslegung	§ 1 UWG a.F. stammt aus dem Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb vom 07.06.1909 das im Laufe der Zeit mehrfach geändert wurde. Welche „guten Sitten“ damals auch immer vorgeherrscht haben mögen – welche Bedeutung haben sie für die „Schockwerbung“?
Systematische Auslegung	Bei Lektüre der übrigen Normen des UWG findet sich keine „Referenzvorschrift“, die eine Systematisierung erlaubt.
Teleologische Auslegung	Sinn und Zweck des Schutzes der guten Sitten im Wettbewerb ist der Schutz des Anbieters, der Mitbewerber, der Verbraucher, der Allgemeinheit und des „leistungsfähigen Wettbewerbs“.
<p>Lösung der Rechtsprechung: Lange Zeit hat der BGH versucht, die „guten Sitten“ als Anschauungen von Durchschnittskaufleuten zu definieren. In einzelnen Entscheidungen wurden sogar Meinungsumfragen verlangt, um die Verbreitung dieser Meinung der Durchschnittskaufleute zu ermitteln. Erst in einer Entscheidung aus dem Jahre 1995 stellt der BGH fest: „... das normative Element des Begriffs der „guten Sitten“ im Wettbewerb sich so zu verhalten, wie es sein soll, nicht wie es mehrheitlich geschieht oder geduldet wird, lässt es nicht zu, den Begriff der „guten Sitten“ im Wettbewerb ... einer Verkehrsbefragung zu überlassen (BGH, Urt. v. 06.07.1995, NJW 1995, 2492 „HIV-positiv“).</p> <p>In einer dogmatischen Betrachtung handelt es sich bei § 1 UWG a.F. um eine Generalklausel, bei der Rechtsetzungsmacht vom demokratisch legitimierten Gesetzgeber auf die Rechtsprechung delegiert wird. Die Rechtsprechung muss sich bei der Anwendung dieser Generalklausel wie der Gesetzgeber an der Verfassung orientieren (Normenhierarchie). Die an der Verfassung (Art. 5 GG) orientierte Auslegung hat deswegen besondere Bedeutung für § 1 UWG a.F..</p>	

H. Normenhierarchien

I. Normen?

Grundsätzlich ist eine Norm eine abstrakt-generelle Regelung, das heißt sie gilt für eine unbestimmte Vielzahl von Sachverhalten und eine unbestimmte Vielzahl von Adressaten.

§ 1 UWG a.F. ist eine Norm, weil jedesmal wenn ein Verstoß gegen die guten Sitten (unbestimmte Vielzahl von Sachverhalten) vorliegt, ein Unterlassungsanspruch gegen den jeweiligen Störer (unbestimmte Vielzahl von Adressaten) besteht.

Normen – also abstrakt-generelle Regelungen - gibt es auf unterschiedlichen Ebenen:

Bundesrecht	Art. 31 GG ⁴	Landesrecht
-------------	-------------------------	-------------

Verfassung (Grundgesetz)	Landesverfassung (Hessische Verfassung)
Bundesgesetz	Landesgesetz
Rechtsverordnung	Rechtsverordnung
Satzung	Satzung

Adressierung an den Einzelnen erfolgt durch



Verwaltungsakt	Verwaltungsvertrag
----------------	--------------------

Die „verfassungskonforme Auslegung“ ist ein Beispiel für die Normenhierarchie in der Bundesrepublik Deutschland: unterverfassungsrechtliches Recht (wie etwa Gesetze) muss entsprechend den Wertentscheidungen der Verfassung ausgelegt werden. § 1 UWG muss an Art. 5 Abs. 1 und 2 GG gemessen werden.

II. Anwendung auf Szenario „Ölverschmierte Ente“

Beim UWG handelt es sich um Bundesrecht. Bei Gesetzen ist immer die formelle und materielle Rechtmäßigkeit zu prüfen. Unter formeller Rechtmäßigkeit wird die Einhaltung der Kompetenz-, Verfahrens- und Formschriften verstanden. Unter materieller Rechtmäßigkeit wird die Vereinbarkeit (eines Gesetzes) mit höherrangigem Recht verstanden.

1. Formelle Rechtmäßigkeit von § 1 UWG a.F.⁵

a) Kompetenz:

Bundeskompetenz: Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG

Art. 74 GG

(1) Die konkurrierende Gesetzgebung erstreckt sich auf folgende Gebiete:

(...)

11. das Recht der Wirtschaft (Bergbau, Industrie, Energiewirtschaft, Handwerk, Gewerbe, Handel, Bank- und Börsenwesen, privatrechtliches Versicherungswesen); (...)

⁴ Art. 31 GG: Bundesrecht bricht Landesrecht.

⁵ FEX (Für Experten): Für das Skript wird insoweit von der Nachkonstitutionalität von § 1 UWG ausgegangen.

Subsumtion:

Das UWG dient dem Schutz vor einer Verfälschung des Wettbewerbs und ist damit Wirtschaftsrecht

b) Verfahren

Es wird davon ausgegangen, dass das in Art. 76 und 77 GG vorgesehene Verfahren eingehalten wurde.

c) Form

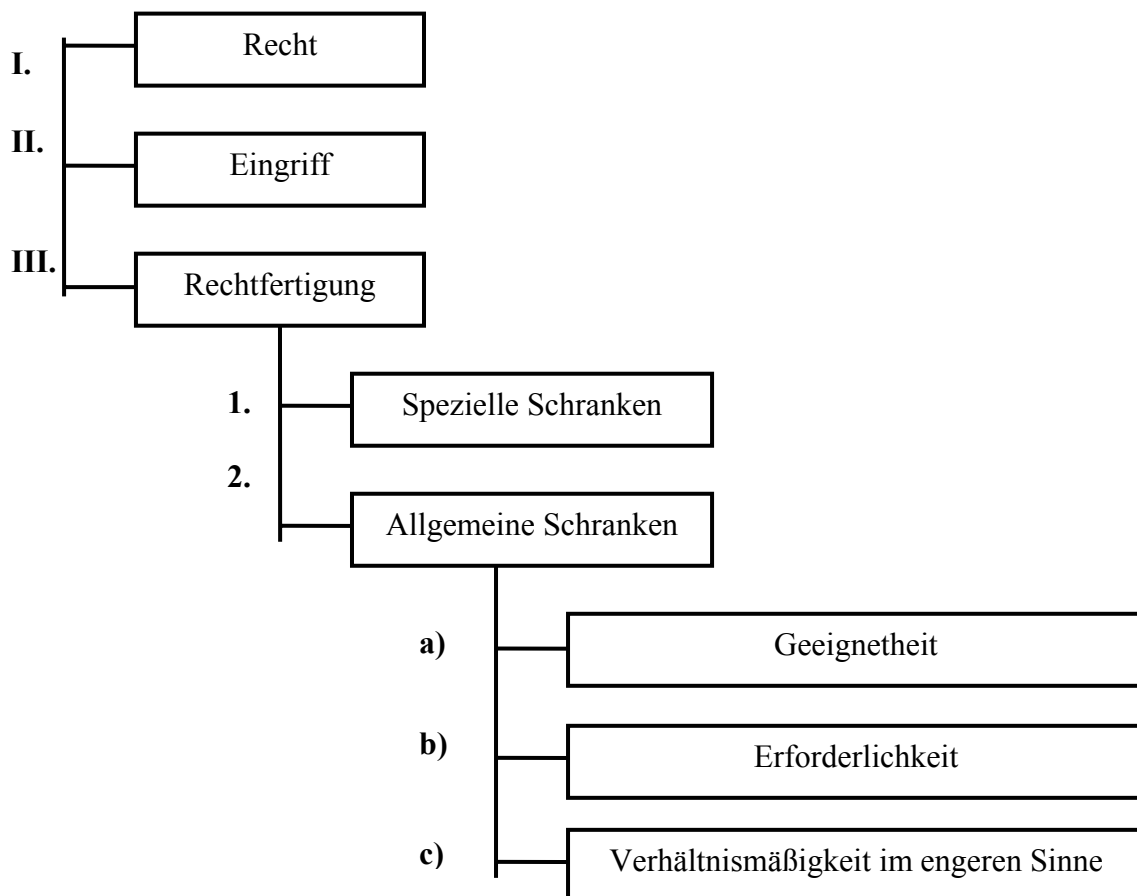
Es wird davon ausgegangen, dass § 1 UWG im Bundesgesetzblatt (Art. 82 GG) verkündet wurde.

2. Materielle Rechtmäßigkeit von § 1 UWG a.F.

Hier ist die Vereinbarkeit von § 1 UWG a.F. mit Art. 5 GG zu prüfen.

a) Prüfungsschema

Eine Grundrechtsprüfung – RER-Prüfung in der FÖR-Terminologie - erfolgt grundsätzlich nach folgendem Prüfungsschema:



Zu III 1.: "**Spezielle Schranken**" sind diejenigen Schranken, die unmittelbar in einem Grundrecht (oder im Grundgesetz) genannt sind. Beispiel:

Art. 5 Abs. 2 GG

Diese Rechte finden ihre Schranken in den Vorschriften der allgemeinen Gesetze, den gesetzlichen Bestimmungen zum Schutze der Jugend und in dem Recht der persönlichen Ehre.

Zu III 2.: Unter dem Prüfungspunkt „**Allgemeine Schranken**“ ist im Detail folgendes zu prüfen:

Geeignetheit	Eingriff muss geeignet sein um den Schutz des Rechtsguts, das die Eingriffsrechtfertigung bildet (Rechtfertigungsrechtsgut), zu bewirken – Tauglichkeit des Mittels für den Zweck.
Erforderlichkeit	Es darf keine Maßnahme geben, die für den Schutz des Rechtfertigungsrechtsguts genauso geeignet und weniger eingreifend ist.
Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne	Eingriff in das Eingriffsrechtsgut darf in seiner Schwere nicht außer Verhältnis zur Qualität der Förderung des Rechtfertigungsrechtsguts stehen – Grundrechtseingriff darf in seiner Intensität nicht außer Verhältnis zum angestrebten Ziel stehen.

Die Verhältnismäßigkeitsprüfung ist (meist) der zentrale Punkt am Ende einer rechtlichen Fallbearbeitung. Hier zeigt sich regelmäßig die Qualität einer Klausurbearbeitung.

b) RER-Prüfung für Szenario „Ölverschmierte Ente“⁶

(I). Recht

Bei der Benetton-Werbung müsste es sich um eine Meinung (Art. 5 Abs. 1 S. 1 1. Alt. GG) handeln. Von der **grammatischen** Bedeutung erschließt sich der Begriff durch das Possessivpronomen „mein“. An einer solchen Beziehung zwischen Äußerndem und Meinungsinhalt könnte es bei der Werbung, die regelmäßig von „Kreativkollektiven“ erstellt wird, fehlen (Werbeagentur, Auftraggeber ...). Nach neuerer Rechtsprechung ist auch die kommerzielle Äußerung – wie im Szenario 1 – vom Schutz der Meinungsfreiheit umfasst. In der Vergangenheit war dies sowohl in der deutschen wie auch der amerikanischen Literatur umstritten, weil „bloß kommerzielle Äußerungen“ keinen „Auseinandersetzungswert“ hätten. Kommerzielle Äußerungen wie die Werbung seien deshalb in ihrer Wertigkeit für die demokratische

⁶ Vorbemerkung: Die Prüfungsreihenfolge wird gliederungsmäßig analog zur oben (H. II. 2. a) vorgestellten Prüfungsreihenfolge durchgeführt.

Verfasstheit der Bundesrepublik Deutschland anders zu beurteilen als etwa ideelle Äußerungen (Beispiel: „Soldaten sind Mörder. Kurt Tucholsky“; [BVerfGE 93, 266](#)).

Im Interesse einer möglichst großen Vielfalt des Meinungsangebots werden indes nach der neueren Rechtsprechung auch Werbungen meinungsfreiheitlich geschützt.

(II). Eingriff

C beantragt, dass B durch ein Gericht aufgegeben werde, diese Werbung zu unterlassen. Weil der BGH diesem Antrag gefolgt ist, konnte B diese Werbung nicht mehr schalten. Ein Eingriff in die Meinungsfreiheit von B liegt vor.

(III). Rechtfertigung

Art. 5 Abs. 2 GG

Diese Rechte finden ihre Schranken in den Vorschriften der allgemeinen Gesetze, den gesetzlichen Bestimmungen zum Schutze der Jugend und in dem Recht der persönlichen Ehre.

➤ **Spezielle Schranke**

Eine Rechtfertigung der Untersagung der Werbung durch Ehr- und Jugendschutzaspekte kommt offensichtlich nicht in Betracht.

Zu prüfen ist, ob es sich bei § 1 UWG a.F. um ein „allgemeines Gesetz“ handelt. Auch beim allgemeinen Gesetz führt die **grammatische** Auslegung zu keinem Ergebnis. Gesetze als Normen sind per definitionem „allgemein“, das heißt sie sollen für eine unbestimmte Vielzahl von Sachverhalten und Personen (abstrakt-generell) gelten.

Die **historische** Auslegung ergibt, dass es sich bei den „allgemeinen“ Gesetzen um einen Verfassungsrechtsbegriff handelt, der aus der Weimarer Reichsverfassung von 1919 stammt. „Allgemeine Gesetze“ werden negativ von nicht-allgemeinen Gesetzen abgegrenzt; und nicht-allgemeine Gesetze sind solche, die sich gegen eine bestimmte Meinung wenden. Ein Beispiel für ein nicht-allgemeines Gesetz ist etwa ein Zensur-Gesetz, das zur Vorlage von Druckerzeugnissen vor ihrer Veröffentlichung verpflichten würde. Hier wäre offensichtlich, dass Zweck eines solchen Gesetzes die Unterdrückung von Meinungen wäre.

In einer **teleologischen** Auslegung besteht der Zweck des UWG darin, Verbraucher zu schützen und Mitbewerber vor einer Verfälschung des Wettbewerbs zu bewahren. Das UWG könnte damit ein „allgemeines Gesetz“ im Sinne von Art. 5 Abs. 2 GG sein, weil es ein der Meinungsfreiheit zumindest gleichwertiges Rechtsgut – Schutz des lautereren Wettbewerbs als

Voraussetzung der wirtschaftlichen Betätigungsfreiheit aller Mitbewerber – zu schützen beabsichtigt.

➤ **Allgemeine Schranke**

Als allgemeine Schranke für Eingriffe in das (Grund)Recht ist immer der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu prüfen:

- **Geeignetheit:** Die Untersagung von Schockwerbung müsste geeignet sein, den Verbraucherschutz zu fördern und einer Verfälschung des Wettbewerbs vorzubeugen. Der BGH bejaht dies, weil er B nicht das Recht zugesteht, unter Appell an die ökologische Empfindsamkeit und den Tierschutz Bekleidung zu verkaufen.

Der BGH-Entscheidung liegt eine Wettbewerbskonzeption zugrunde, die eine möglichst sachliche, produkt- und qualitätsorientierte Marktteilnahme fördern will. Ein möglichst informierter Verbraucher soll kompetent sein, Nachfrageverhalten steuern und so zu optimierenden Allokationsentscheidungen auf einem von Angebot und Nachfrage bestimmten Markt beitragen. Emotionale Schockwerbung birgt die Gefahr einer suboptimalen Beeinflussung des Nachfrageverhaltens. Nach Auffassung des BGH ist der Eingriff in das Eingriffsrechtsgut (Untersagung der Meinung) geeignet, um den Schutz der Verbraucher und der Mitbewerber vor einem verfälschten Wettbewerb zu bewirken (Rechtfertigungsrechtsgüter).

Gegenüber dieser Wettbewerbskonzeption des BGH ist von weiten Teilen der Literatur der Einwand erhoben worden, dass dann „positive“ emotionale Werbung ebenfalls nicht mehr zulässig sein dürfte.

- **Erforderlichkeit:** Entweder wird die Werbung untersagt oder zugelassen. Eine Maßnahme, die einen qualitativ gleichwertigen Schutz des Rechtfertigungsrechtsguts erzielt und weniger das Eingriffsrechtsgut beschränkt, ist nicht ersichtlich. Eine Erforderlichkeit des Eingriffs wäre demgemäß zu bejahen.

- **Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne:** Die Schwere des Eingriffs in das Eingriffsrechtsgut - die Meinungsfreiheit - darf nicht außer Verhältnis zur Qualität der Förderung des Rechtfertigungsrechtsguts – Schutz der Verbraucher und Schutz der Mitbewerber vor verfälschtem Wettbewerb - stehen.

Der BGH billigte der Werbung des B keinen „Auseinandersetzungswert“ zu. Des Weiteren sah er in der Werbung des B eine Bedrohung des „unverfälschten Wettbewerbs“⁷. Der BGH nahm also eine geringe Schwere des Eingriffs in die Meinungsfreiheit und einen wichtigen Beitrag zum Schutz des Wettbewerbs an.

⁷ FEX (für Experten): für diese Grundzüge-Vorlesung soll der Unterschied zwischen einem „unverfälschten“ und der Schutz vor einem „verfälschten“ Wettbewerb nicht erörtert werden.

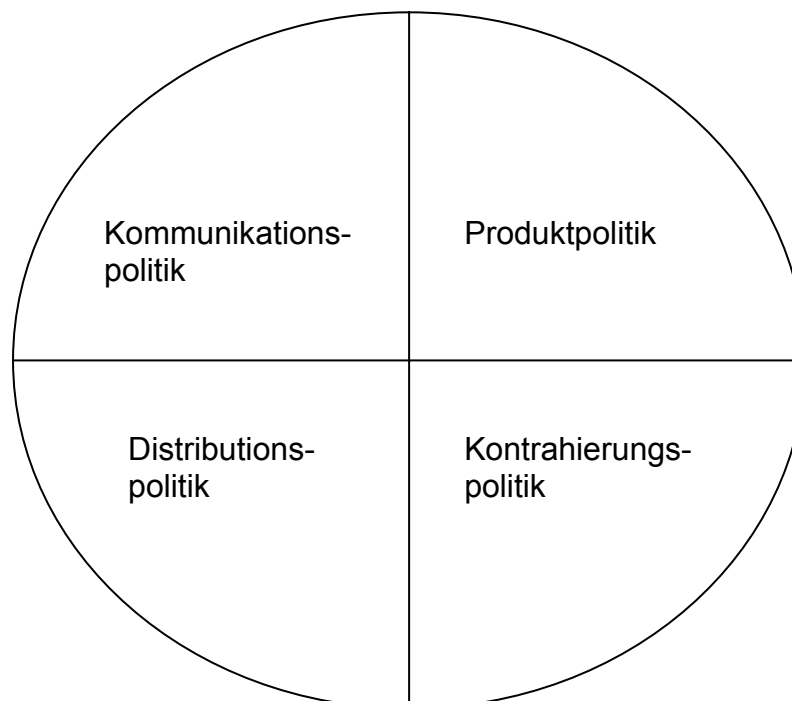
Das BVerfG ist der Argumentation des BGH nicht gefolgt und hat die Entscheidung des BGH als verfassungswidrig verworfen.

Das BVerfG geht von einem schweren Eingriff in die Meinungsfreiheit aus. Grundsätzlich stünde es einem Gericht nicht zu, den Auseinandersetzungswert einer Meinung zu beurteilen. Die Tatsache, dass B Bekleidung verkaufe, nehme dieser Werbung nicht die Beschaffenheit eines Beitrags zur Bildung der öffentlichen Meinung. Des Weiteren werde auch das Rechtfertigungsrechtsgut durch die Untersagung nicht effektiv geschützt. Ein aufgeklärter Verbraucher könne sehr wohl zwischen Bekleidungsangebot und Werbebotschaft unterscheiden. Die Schwere des Eingriffs in die Meinungsfreiheit stünde außer Verhältnis zur bestenfalls minimalen Förderung des Rechtfertigungsrechtsguts – Förderung des laueren Wettbewerbs.

Nach hier vertretener Ansicht ist dem BVerfG zu folgen, wenn man seine Grundannahme teilt: Nämlich den meinungsfreiheitlichen Schutz von Werbung. In einem von der Meinungsfreiheit konstituierten Rechtssystem, das Aussagen wie „Soldaten sind Mörder...“ zulässt, ist es nur schwer einsehbar wieso die Abbildung einer ölbedeckten Ente rechtswidrig sein soll. Grundsätzlich gehört es zum Kernbereich der Meinungsfreiheit, die Adressaten zu emotionalisieren und damit für den Meinungsinhalt rezeptions-, memorierungs- und multiplikationsfähig zu machen.

Etwas anderes könnte dann gelten, wenn man die Werbung wie die anderen drei Segmente des Marketing-Mix berufsfreiheitlich schützt.

Marketing-Mix



Werbung ist Teil der Kommunikationspolitik und aus der Sicht des Marketing-Mix gibt es äquivalente Strategien, die in Art. 12 GG geschützt sind. Zu diesen äquivalenten Strategien gehört etwa die Festsetzung des Preises (Preispolitik), des Designs des Produkts (Produktpolitik) oder der Wahl der Absatzwege (Distributionspolitik).

Subsumtion: Auch die Werbung könnte *conditio sine qua non* des Absatzes von Bekleidung und damit Voraussetzung der Berufsausübung sein. Wie bei den übrigen durch Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG geschützten Marketingstrategien, kann der Gesetzgeber im Rahmen von Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG („Gesetz“) durchaus ein eigenes Wettbewerbs-„Ideal“ zugrunde legen (Gesetzgeber und Rechtsprechung). Insoweit ist vertretbar, dass der Gesetzgeber Werbung, die das eigene Produkt positiv emotionalisiert, zulässt, aber die Einbeziehung von gesellschaftlichen und ökologischen Missständen – Schockwerbung – ablehnt.

Art. 12 GG

- (1) Alle Deutschen haben das Recht, Beruf, Arbeitsplatz und Ausbildungsstätte frei zu wählen. Die Berufsausübung kann durch Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes geregelt werden.
- (2) Niemand darf zu einer bestimmten Arbeit gezwungen werden, außer im Rahmen einer herkömmlichen allgemeinen, für alle gleichen öffentlichen Dienstleistungspflicht.
- (3) Zwangsarbeit ist nur bei einer gerichtlich angeordneten Freiheitsentziehung zulässig.

Art. 12 GG liegt eben nicht die Freiheit des Meinens, sondern die Freiheit der wirtschaftlichen Betätigung zugrunde. Dieser wirtschaftlichen Betätigungsfreiheit können staatliche Ideale wirtschaftlicher Betätigung anders entgegengesetzt werden als einer Meinungsfreiheit, die den Staat wesenskonform zu möglichst weitgehender Abstinenz (Erfordernis des allgemeinen Gesetzes) und im Übrigen zu Neutralität verpflichtet.

Zusammenfassend ist festzuhalten: Wenn man – anders als das BVerfG und der BGH – Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG zugrunde legte, wäre die Darlegung einer Verhältnismäßigkeit im weiteren Sinne bei der Untersagung der Werbung vertretbar.

I. Relevanz und Ausblick

I. Relevanz

Sogenannte **Generalklauseln** (also ausfüllungsbedürftige Rechtsbegriffe) wie „gute Sitten“ finden sich auch in anderen Normen. Dort ist zu klären, was unter „guten Sitten“, „Treu und

Glauben“, „Unzuverlässigkeit“ ... zu verstehen ist. Die Relevanz des Umgangs mit solcher Terminologie kann an den folgenden Beispielen aufgezeigt werden:

1. Zivilrechtliche Relevanz

§ 138 Bürgerliches Gesetzbuch (BGB): Sittenwidriges Rechtsgeschäft; Wucher

(1) Ein Rechtsgeschäft, das gegen die **guten Sitten** verstößt, ist nichtig
(...).

§ 242 Bürgerliches Gesetzbuch (BGB): Leistung nach Treu und Glauben

Der Schuldner ist verpflichtet, die Leistung so zu bewirken, wie **Treu und Glauben** mit Rücksicht auf die **Verkehrssitte** es erfordern.

2. Öffentlich-rechtliche Relevanz

§ 35 Gewerbeordnung (GewO):

(1) Die Ausübung eines Gewerbes ist von der zuständigen Behörde ganz oder teilweise zu untersagen, wenn Tatsachen vorliegen, welche die **Unzuverlässigkeit** des Gewerbetreibenden oder einer mit der Leitung des Gewerbebetriebes beauftragten Person in bezug auf dieses Gewerbe dartun, sofern die Untersagung zum Schutze der Allgemeinheit oder der im Betrieb Beschäftigten erforderlich ist. (...)

3. Bildung von Fallgruppen

§ 35 enthält keine Definition des Begriffs der Unzuverlässigkeit. Rechtsprechung und Literatur sehen jemanden allgemein als gewerberechtlich unzuverlässig an, „*wer keine Gewähr dafür bietet, dass er sein Gewerbe in Zukunft ordnungsgemäß ausüben wird.*“⁸ Aber auch hier wird der unbestimmte Rechtsbegriff der „Unzuverlässigkeit“ nur durch andere unbestimmte Begriffe wie „Gewähr“, „in Zukunft“ bzw. „ordnungsgemäß ausüben“ ersetzt.

Zur Anwendung dieser Begriffe auf tatsächliche Sachverhalte (Subsumtion) hat die Rechtsprechung Fallgruppen gebildet. So sind etwa Straftaten Anhaltspunkte für die Unzuverlässigkeit im Gewerberecht.

Andere Beispiele der Rechtsprechung sind bereits früher ausgesprochene Untersagung(en) dieses oder anderer Gewerbe, Ordnungswidrigkeiten, mangelnde wirtschaftliche Leistungsfähigkeit, Steuerschulden, Verletzung sozialversicherungsrechtlicher Verpflichtungen, man-

⁸ P. Marcks in: Landmann/Rohmer, Gewerbeordnung, Bd. I, Erg.-Lieferg. Stand; 10/2004, § 35, Rn. 29.

gelnde Sachkunde, aber auch Trunksucht, schwere Lärmbelästigung oder Verstöße gegen wettbewerbsrechtliche Verpflichtungen⁹.

II. Ausblick

Die Beispiele und das Szenario machen die Herausforderung der Anwendung des traditionellen Rechtsbegriffs „gute Sitten“ deutlich – und die Schwierigkeiten, denen sich die Rechtsanwender bei einem solchen Rechtsbegriff (als „unbestimmter Rechtsbegriff“ oder „General Klausel“ bezeichnet) gegenüber sahen.¹⁰ Diese Herausforderung ist eine Motivation für den Gesetzgeber, bei neuen Gesetzen solche ausfüllungsbedürftigen Begriffe schon im Gesetz anhand von Fallbeispielen (rechtsbegrifflich: „Regelbeispielen“) zu konkretisieren. Mit dieser Methodik hat der Gesetzgeber auch das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) novelliert. Das seit 8.07.2004 geltende UWG¹¹ kennt den Begriff der „guten Sitten“ nicht mehr – er ersetzt ihn durch den „unlauteren Wettbewerb“.

§ 1 UWG Zweck des Gesetzes

Dieses Gesetz dient dem Schutz der Mitbewerber, der Verbraucherinnen und der Verbraucher sowie der sonstigen Marktteilnehmer vor **unlauterem Wettbewerb**. Es schützt zugleich das Interesse der Allgemeinheit an einem unverfälschten Wettbewerb.

Zentrale Verbotsnorm für den „unlauteren Wettbewerb“ ist nun § 3 UWG.

§ 3 UWG Verbot unlauteren Wettbewerbs

Unlautere Wettbewerbshandlungen, die geeignet sind, den Wettbewerb zum Nachteil der Mitbewerber, der Verbraucher oder der sonstigen Marktteilnehmer nicht nur unerheblich zu beeinträchtigen, **sind unzulässig**.

Was unter „unlauteren Wettbewerb“ beispielsweise zu verstehen sein kann, ist in § 4 UWG aufgeführt.

⁹ P. Marcks in: Landmann/Rohmer, Gewerbeordnung, Bd. I, Erg.-Lieferg. Stand; 10/2004, § 35, Rn. 35 ff.

¹⁰ B. Rütters, Die unbegrenzte Auslegung, 4. Auflage, 1991, S. 216 ff zu der „Funktion“ von § 1 UWG in der NS-(Gerichts-)Praxis.

¹¹ Bundesgesetzblatt 2004, Teil I Nr. 32 vom 7.06.2004, S. 6-13, siehe

http://www.parlamentsspiegel.de/WWW/Webmaster/GB_I/I.4/Dokumentenarchiv/dokument.php?gl=BC&gbl=BGI&gjahr=04&gnr=&seiteNr=1414&quelle=gbl. (Stand: 28.09.2005)

§ 4 - Beispiele unlauteren Wettbewerbs

Unlauter im Sinne von § 3 handelt **insbesondere**, wer

1. Wettbewerbshandlungen vornimmt, die geeignet sind, die Entscheidungsfreiheit der Verbraucher oder sonstiger Marktteilnehmer durch Ausübung von Druck, **in menschenverachtender Weise** oder **durch sonstigen unangemessenen unsachlichen Einfluss** zu beeinträchtigen;
2. Wettbewerbshandlungen vornimmt, die geeignet sind, die geschäftliche Unerfahrenheit insbesondere von Kindern oder Jugendlichen, die Leichtgläubigkeit, die Angst oder die Zwangslage von Verbrauchern auszunutzen;
3. den Werbecharakter von Wettbewerbshandlungen verschleiert;
4. bei Verkaufsförderungsmaßnahmen wie Preisnachlässen, Zugaben oder Geschenken die Bedingungen für ihre Inanspruchnahme nicht klar und eindeutig angibt;
5. bei Preisausschreiben oder Gewinnspielen mit Werbecharakter die Teilnahmebedingungen nicht klar und eindeutig angibt; (...)
11. einer gesetzlichen Vorschrift zuwiderhandelt, die auch dazu bestimmt ist, im Interesse der Marktteilnehmer das Marktverhalten zu regeln.

Anhand von insgesamt elf Fallgruppen soll also die Subsumtion des Begriffs „unlauter“ vereinfacht werden. Hinsichtlich des Beispielszenarios HIV-Positiv gilt § 4 Nr. 1 UWG („in menschenverachtender Weise“): Eine Darstellung von Menschen in der Werbung, welche die Menschenwürde grob herabsetzt, könnte deshalb auch in Zukunft unlauter und deswegen zu untersagen sein (§ 3 i.V.m. § 8 Abs. 1 UWG).

§ 8 Abs. 1 UWG Beseitigung und Unterlassung

(1) Wer dem § 3 zuwiderhandelt, kann auf Beseitigung und bei Wiederholungsgefahr auf Unterlassung in Anspruch genommen werden. Der Anspruch auf Unterlassung besteht bereits dann, wenn eine Zuwiderhandlung droht.

Der Gesetzgeber hat sich insoweit vielleicht gegen das Bundesverfassungsgericht (BVerfG) positioniert. Ähnliches könnte für die „Ölverschmierte Ente“ gelten, die dann nach § 4 Nr. 1 („durch sonstigen unangemessenen Einfluss“) UWG als unlauter qualifiziert werden könnte.