

Oliver Marc Hartwich

Wettbewerb, Werbung und Recht

Eine Kritik des Rechts
des unlauteren Wettbewerbs
aus historischer, rechtsvergleichender
und ökonomischer Sicht
– zusammengeführt am Beispiel der
vergleichenden Werbung



Herbert Utz Verlag · München

Rechtswissenschaftliche Forschung und Entwicklung

Herausgegeben von

Prof. Dr. jur. Michael Lehmann, Dipl.-Kfm.
Universität München

Band 717

Zugl.: Bochum, Univ., Diss., 2003

Bibliografische Information Der Deutschen Bibliothek:
Die Deutsche Bibliothek verzeichnet diese Publikation
in der Deutschen Nationalbibliografie;
detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über
<http://dnb.ddb.de> abrufbar.

Dieses Werk ist urheberrechtlich geschützt.
Die dadurch begründeten Rechte, insbesondere die
der Übersetzung, des Nachdrucks, der Entnahme von
Abbildungen, der Wiedergabe auf photomechani-
schem oder ähnlichem Wege und der Speicherung in
Datenverarbeitungsanlagen bleiben – auch bei nur
auszugsweiser Verwendung – vorbehalten.

Copyright © Herbert Utz Verlag GmbH · 2004

ISBN 3-8316-0343-X

Printed in Germany

Herbert Utz Verlag GmbH, München
089-277791-00 · www.utzverlag.de

*You may even feel that
most of what I have said has been commonplace.*

*But from time to time it is probably necessary
to detach one's self from the technicalities of the argument
and to ask quite naively what it is all about.*

Friedrich August von Hayek

(Economics and Knowledge, in: *Economica* 4/1937, S. 33-54, hier: S. 54)

Inhaltsverzeichnis

| | Seite |
|---|--------------|
| Vorwort und Danksagung | I |
| Inhaltsverzeichnis..... | V |
| Abkürzungsverzeichnis..... | XVII |
| Abbildungsverzeichnis..... | XXIII |
| A. Einleitung _____ | 1 |
| B. Die Entwicklung des Rechts gegen den unlauteren Wettbewerb in Deutschland __ | 7 |
| I. Vorbemerkungen..... | 7 |
| 1. Zur Notwendigkeit der Kenntnis des historischen Kontexts..... | 7 |
| 2. Der Begriff des Wettbewerbs | 9 |
| a) Sprachliche Herkunft des Begriffs | 9 |
| b) Ansätze in der wettbewerbsrechtlichen Literatur | 10 |
| c) Ökonomische Begriffsbestimmung | 12 |
| 3. Wettbewerb als notwendige Voraussetzung unlauteren Wettbewerbs?..... | 15 |
| 4. Zur Bezeichnung des Rechtsgebiets..... | 17 |
| II. Der Weg zum UWG von 1909..... | 17 |
| 1. Wirtschaftliches und politisch-rechtliches Umfeld vor Gründung des Deutschen Reiches 1871 | 17 |
| 2. Wirtschaftsentwicklung nach der Reichsgründung..... | 21 |
| 3. Erste gesetzliche Initiativen zum gewerblichen Rechtsschutz..... | 27 |
| 4. Das Gesetz zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs von 1896..... | 32 |
| 5. Die Anwendung des Gesetzes zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs unter dem Einfluß der Einführung des Bürgerlichen Gesetzbuches..... | 37 |

| | |
|--|----|
| 6. Neufassung des UWG von 1909 | 41 |
| 7. Zusammenfassung der Rechtsentwicklung bis 1909 | 44 |
| III. Entwicklungsabschnitte des Rechts des unlauteren Wettbewerbs seit Inkrafttreten des UWG von 1909 | 45 |
| 1. Anfängliche Rechtsanwendung des UWG | 45 |
| a) Das UWG bis zum Ende des Kaiserreiches | 45 |
| b) Die verstärkte Hinwendung zur Generalklausel nach dem Ersten Weltkrieg | 46 |
| 2. Unlauterkeitsrecht und Nationalsozialismus | 49 |
| a) Ökonomischer Hintergrund: Weltwirtschaftskrise | 49 |
| b) Nationalsozialistisches Wirtschaftsverständnis | 51 |
| c) Auswirkungen auf das Unlauterkeitsrecht | 52 |
| d) Langzeiteffekte nationalsozialistischen Unlauterkeitsrechts | 57 |
| 3. Weiterentwicklung in der Nachkriegszeit | 58 |
| a) Wirtschaftliche und politische Situation bis zur Gründung der Bundesrepublik Deutschland | 58 |
| b) Wettbewerb und Werbung in der jungen Bundesrepublik | 60 |
| c) Einführung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen | 62 |
| d) Novellierungen des UWG in den sechziger Jahren | 64 |
| e) Zwischen „leistungsgerechtem Wettbewerb“ und (vorgeblichem) Verbraucherschutz | 66 |
| f) Deregulierungsimpulse | 68 |
| g) UWG-Reform 2004 | 70 |
| IV. Alternative Ansätze zur Konkretisierung des Begriffs der guten Sitten i. S. v. § 1 UWG | 75 |
| 1. Vorbemerkungen | 75 |
| 2. Anstandsformel | 75 |
| 3. Rückgriff auf ethische Überlegungen | 77 |
| 4. Konventionalnormen | 78 |
| 5. Rechtsfortbildungsauftrag und <i>ordre public</i> | 79 |
| 6. Leistungswettbewerb | 80 |
| 7. Funktionales Verständnis | 82 |

| | | |
|-----------|---|-----------|
| V. | Die Entwicklung des Unlauterkeitsrechts in Deutschland – Versuch einer kritischen Würdigung..... | 84 |
| C. | Das Recht des unlauteren Wettbewerbs in Common Law-Systemen am Beispiel Australiens | 87 |
| I. | Vorbemerkungen..... | 87 |
| | 1. Zweck des Vergleichs mit dem australischen Wettbewerbsrecht | 87 |
| | 2. Der Begriff des Common Law | 89 |
| II. | Alternative Regelungsmöglichkeiten für das Recht des unlauteren Wettbewerbs | 91 |
| | 1. Länder des Civil Law | 91 |
| | a) Ableitung aus zivilrechtlichen Generalklauseln | 91 |
| | b) Der Lex-Specialis-Ansatz..... | 92 |
| | 2. Länder des Common Law | 93 |
| | a) Mittel des Common Law und der Equity | 93 |
| | b) Ergänzung durch Gesetzesrecht..... | 97 |
| | 3. Zusammenfassung der unterschiedlichen Ansätze..... | 98 |
| III. | Die Rechtsinstitute des Common Law auf dem Gebiet des unlauteren Wettbewerbs | 99 |
| | 1. Unerlaubte Handlungen (<i>torts</i>)..... | 99 |
| | a) Definition des Begriffs <i>tort</i> | 99 |
| | b) Herausbildung der <i>torts</i> im englischen Recht | 101 |
| | 2. <i>Economic torts</i> als Abwehrmaßnahmen gegen unlauteren Wettbewerb – eine Gegenüberstellung mit den Bestimmungen des deutschen Rechts | 104 |
| | a) Vorbemerkungen | 104 |
| | b) Üble Nachrede, Kreditgefährdung, Anschwärzung (<i>defamation</i>)..... | 105 |
| | α) Erfasste Sachverhalte | 105 |
| | β) Verteidigungsmöglichkeiten (<i>defences</i>) | 109 |
| | γ) Rechtsfolgen (<i>remedies</i>) | 112 |
| | aa) Unterschiedliche Ausdrucksweisen | 112 |
| | bb) Die <i>remedies</i> im Falle einer <i>defamation</i> | 113 |
| | δ) Zusammenfassung | 116 |
| | c) Rufschädigung (<i>injurious falsehood</i>) | 117 |

| | |
|---|-----|
| α) Erfasste Sachverhalte | 117 |
| β) Verteidigungsmöglichkeiten (<i>defences</i>) | 119 |
| γ) Rechtsfolgen (<i>remedies</i>) | 121 |
| δ) Zusammenfassung | 122 |
| d) Täuschung (<i>deceit</i>) | 123 |
| α) Erfasste Sachverhalte | 123 |
| β) Verteidigungsmöglichkeiten (<i>defences</i>) | 127 |
| γ) Rechtsfolgen (<i>remedies</i>) | 129 |
| δ) Zusammenfassung | 131 |
| e) Herbeiführung eines Vertragsbruchs (<i>procuring a breach of contract</i>).. | 132 |
| α) Erfasste Sachverhalte | 132 |
| β) Verteidigungsmöglichkeiten (<i>defences</i>) | 136 |
| γ) Rechtsfolgen (<i>remedies</i>) | 139 |
| δ) Zusammenfassung | 140 |
| f) Einschüchterung (<i>intimidation</i>) | 141 |
| α) Erfasste Sachverhalte | 141 |
| β) Verteidigungsmöglichkeiten (<i>defences</i>) | 148 |
| γ) Rechtsfolgen (<i>remedies</i>) | 149 |
| δ) Zusammenfassung | 149 |
| g) Kollusives Zusammenwirken (<i>civil conspiracy</i>) | 150 |
| α) Erfasste Sachverhalte | 150 |
| β) Verteidigungsmöglichkeiten (<i>defences</i>) | 156 |
| γ) Rechtsfolgen (<i>remedies</i>) | 157 |
| δ) Zusammenfassung | 158 |
| h) Täuschende Anlehnung (<i>passing off</i>) | 159 |
| α) Erfasste Sachverhalte | 159 |
| β) Verteidigungsmöglichkeiten (<i>defences</i>) | 172 |
| γ) Rechtsfolgen (<i>remedies</i>) | 173 |
| δ) Zusammenfassung | 175 |
| i) Unlauterer Wettbewerb als <i>tort</i> ? (<i>unfair competition</i>) | 176 |
| 3. Bewertung | 178 |

| | | |
|-----|---|-----|
| a) | Zusammenfassung der Gegenüberstellung von Common Law-Regelungen mit den deutschen Vorschriften zum unlauteren Wettbewerb..... | 178 |
| b) | Versuch einer historischen Erklärung der Position des anglo-australischen Common Law gegenüber Handlungen im Wettbewerb | 179 |
| α) | Quellen des australischen Marktverhaltensrechts nach Common Law | 179 |
| β) | Der ökonomische Hintergrund der Entwicklung der <i>economic torts</i> im England des 19. Jahrhunderts..... | 181 |
| IV. | Die Reaktion des australischen Gesetzgebers auf die Begrenztheit des Common Law bei der Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs | 186 |
| 1. | Grundzüge der australischen Rechtsgeschichte | 186 |
| 2. | Australian Industries Preservation Act 1906..... | 192 |
| 3. | Trade Practices Act 1965 und Restrictive Trade Practices Act 1971 | 193 |
| 4. | Trade Practices Act 1974 | 194 |
| V. | Die Anwendung der Generalklausel in Sec. 52 des Trade Practices Act 1974 | 198 |
| 1. | Systematische Einordnung | 198 |
| 2. | Die Tatbestandsmerkmale | 199 |
| a) | Juristische Person (<i>corporation</i>)..... | 199 |
| b) | Im geschäftlichen Verkehr (<i>in trade or commerce</i>) | 202 |
| c) | Verhalten (<i>engage in conduct</i>) | 205 |
| d) | Irreführung oder Täuschung (<i>misleading or deceptive or likely to mislead or deceive</i>)..... | 207 |
| 3. | Beispiele für Irreführung und Täuschung nach Sec. 52 TPA | 212 |
| a) | Irreführung über die betriebliche Herkunft | 212 |
| b) | Schweigen..... | 214 |
| c) | Vorhersagen, Versprechen und Meinungsäußerungen | 216 |
| d) | Werbeanpreisungen | 219 |
| e) | Merchandising | 221 |
| 4. | Rechtsfolgen bzw. <i>remedies</i> bei Verstößen gegen Sec. 52 TPA | 226 |
| a) | Schadensersatz (Sec. 82 TPA)..... | 226 |
| b) | Verfügungen (Sec. 80 TPA) | 230 |

| | | |
|-----|---|-----|
| c) | Berichtigende Werbung und sonstige Verfügungen (Sec. 86A, 87 und 86C TPA)..... | 234 |
| 5. | Sec. 52 TPA im Vergleich mit §§ 1 und 3 UWG..... | 237 |
| a) | Vergleich des materiellen Rechts | 237 |
| b) | Vergleich der Rechtsfolgen | 242 |
| VI. | Ergänzung der Generalklausel durch Spezialtatbestände | 245 |
| 1. | Vorbemerkungen..... | 245 |
| 2. | Besondere Formen der Irreführung (Sec. 53 ff. TPA) | 247 |
| a) | Sec. 53 (a) und (aa) TPA: Angaben zu Standards, Qualität, Wert, Handelsklasse, Beschaffenheit, Stil, Modell, Vorgeschichte oder vorheriger Verwendung | 247 |
| b) | Sec. 53 (b) TPA: Angaben zur Neuwertigkeit von Gütern | 249 |
| c) | Sec. 53 (bb) TPA: Angaben zur Auftragserteilung | 250 |
| d) | Sec. 53 (c) und (d) TPA: Angaben zu bestimmten Eigenschaften von Gütern, Dienstleistungen oder juristischen Personen | 250 |
| e) | Sec. 53 (e) TPA: Preisangaben | 252 |
| f) | Sec. 53 (ea) TPA: Verfügbarkeitsangaben | 253 |
| g) | Sec. 53 (eb) TPA: Herkunftsangaben | 253 |
| h) | Sec. 53 (f) TPA: Erforderlichkeitsangaben | 255 |
| i) | Sec. 53 (g) TPA: Garantie-, Bedingungs- und Vertragsangaben | 255 |
| j) | Sec. 53A TPA: Angaben zu Grundstücken | 256 |
| k) | Sec. 53B TPA: Angaben zu Arbeitsverhältnissen | 257 |
| l) | Sec. 53C TPA: Angaben bei Gewährung von Ratenzahlung | 257 |
| m) | Sec. 55 TPA: Übernahme von Art. 10 ^{bis} (3) PVÜ | 258 |
| n) | Sec. 55A TPA: Besondere irreführende Angaben zu Dienstleistungen .. | 259 |
| o) | Vergleich mit strafbewehrten Irreführungsverboten des deutschen Rechts | 260 |
| α) | Irreführungsverbote nach UWG | 260 |
| β) | Irreführungsverbote übriger Gesetze | 262 |
| γ) | Zusammenfassung | 264 |
| 3. | Besondere Formen strafbarer unlauterer Wettbewerbshandlungen im Vergleich mit strafbewehrten Bestimmungen des deutschen Rechts..... | 265 |
| a) | Sec. 54 TPA: Zugaben..... | 265 |

| | |
|---|------------|
| b) Sec. 56 TPA: Lockvogelwerbung..... | 267 |
| c) Sec. 58 TPA: Täuschung über Leistungswillen | 270 |
| d) Sec. 59 TPA: Angaben über Geschäftstätigkeit | 271 |
| e) Sec. 57 und 61 TPA: Progressive Kundenwerbung | 272 |
| f) Sec. 60 und 53A (2) TPA: Belästigung, Nötigung und Zwang..... | 274 |
| g) Sec. 63A ff. TPA: Zusendung unbestellter Waren | 275 |
| 4. Verteidigungsmöglichkeiten gegen Klagen nach den strafbewehrten Vorschriften des Abschnitts VC TPA | 280 |
| 5. Strafrechtliche Konsequenzen von Verstößen gegen Abschnitt V TPA..... | 283 |
| 6. Sec. 51AA, 51AB und 51AC TPA: Sittenwidriges Verhalten..... | 286 |
| VII. Bewertung des australischen Ansatzes zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs | 289 |
| D. Die Ökonomie der Marketingregulierung | 295 |
| I. Die Bedeutung des ökonomischen Vorverständnisses für die praktische Ausgestaltung des Rechts des unlauteren Wettbewerbs | 295 |
| II. Überblick über die traditionelle Theorie der Werbung..... | 298 |
| 1. Werbung im neoklassischen Modell der vollständigen Konkurrenz | 298 |
| a) Prämissen des Modells vollständiger Konkurrenz | 298 |
| b) Ermittlung von Preisen und Mengen im Modell | 300 |
| c) Die Unvereinbarkeit von Werbung und Neoklassik..... | 302 |
| 2. Werbung und monopolistische Konkurrenz..... | 304 |
| a) Gründe für die Abweichung vom Modell der vollständigen Konkurrenz | 304 |
| b) Der Preismechanismus im Modell <i>Chamberlins</i> | 305 |
| c) Funktionen der Werbung bei monopolistischer Konkurrenz | 306 |
| 3. Kritik am Postulat der Dichotomie der Werbewirkungen..... | 308 |
| a) Rationalitätsvermutung..... | 308 |
| α) Die Prämisse des „homo oeconomicus“ | 308 |
| β) Soziale Restriktionen | 309 |
| γ) Informationsrestriktionen..... | 310 |
| δ) Zwischenfazit..... | 313 |
| b) Gütereigenschaften und Informationsverhalten..... | 313 |

| | | |
|------|---|-----|
| | c) Zusammenfassung | 315 |
| III. | Alternative Ansätze zur Bewertung der Wettbewerbswirkung von Werbung.. | 317 |
| | 1. Wurzeln der modernen Informationsökonomie | 317 |
| | 2. Werbung als Mittel zur Verminderung der Suchkosten..... | 320 |
| | a) <i>Stiglitz</i> „Economics of Information“ | 320 |
| | b) <i>Telser</i> „Advertising and competition“ | 324 |
| | 3. Werbung als Qualitätssignal..... | 329 |
| | 4. Werbung als Reputationsmechanismus..... | 334 |
| IV. | Gegenüberstellung der traditionellen und der modernen Theorie der Werbung..... | 337 |
| | 1. Unterschiedliches Wettbewerbsverständnis | 337 |
| | 2. Unterschiedliche Funktionen der Werbung..... | 344 |
| | 3. Zusammenfassung..... | 347 |
| V. | Eine alternative Sicht von Werbung und Wettbewerb: der Ansatz der Modern Austrian Economics | 349 |
| | 1. Die Rolle der Österreichischen Schule in der wirtschaftswissenschaftlichen Dogmengeschichte | 349 |
| | 2. Ausgangspunkte: Unvollständiges Wissen, Ungleichgewichte und Unternehmertum..... | 352 |
| | a) Unvollständiges Wissen und Ungleichgewichte | 352 |
| | b) Unternehmertum..... | 353 |
| | α) <i>Schumpeters</i> schöpferische Zerstörung | 353 |
| | β) <i>Von Mises' homo agens</i> | 354 |
| | γ) <i>Kirzners Arbitrageur</i> | 356 |
| | 3. Die evolutorische Funktion der Werbung in der Sicht der Modern Austrian Economics | 357 |
| | a) <i>Von Mises</i> über <i>business propaganda</i> | 357 |
| | α) <i>Von Mises' Vorwegnahme</i> der modernen Werbetheorie | 357 |
| | β) Information und Persuasion | 358 |
| | γ) Werbung und Bedürfnisweckung | 359 |
| | δ) Ablehnung paternalistischer Regulierung..... | 360 |
| | ε) Kritik..... | 362 |

| | |
|--|------------|
| b) Kirzners Sicht der Werbung als <i>alerting the consumer</i> | 364 |
| α) Untrennbarkeit von Produkt und Information | 364 |
| β) Information und Persuasion | 366 |
| γ) Zur Fragwürdigkeit des Konzepts der Konsumentensouveränität..... | 368 |
| δ) Irreführung und Regulierung | 370 |
| ε) Kritik..... | 372 |
| 4. Zusammenfassung und Kritik | 373 |
| VI. Lauterkeitsrecht als Teil der Marktordnung..... | 377 |
| 1. Anarchie oder Ordnung..... | 377 |
| 2. Von Hayek und <i>the rule of law</i> | 378 |
| 3. Anforderungen an freiheitssichernde Regeln | 381 |
| 4. Die Generalklauseln des UWG als freiheitssichernde Regeln? | 383 |
| 5. Alternativen zu den bestehenden Generalklauseln?..... | 387 |
| VII. Fallbeispiele für den Zusammenhang von Werberegulierung und Wettbewerb | 389 |
| 1. Regulierung der Preiswerbung | 389 |
| 2. Regulierung der Werbung mit Selbstverständlichkeiten..... | 394 |
| 3. Unvollständige Werbung: Ein Fall von Irreführung? | 396 |
| VIII. Zusammenfassung..... | 401 |
| E. Recht und Ökonomie am Beispiel der Entwicklung der Rechtsprechung zur vergleichenden Werbung in Deutschland und Australien _____ | 405 |
| I. Vorbemerkungen..... | 405 |
| II. Die Entwicklung der deutschen Rechtsprechung | 406 |
| 1. Vergleichende Werbung vor dem UWG von 1909 | 406 |
| a) Vor dem UWG von 1896 | 406 |
| b) Nach Inkrafttreten des UWG von 1896 und des BGB | 409 |
| 2. Werbevergleiche nach dem UWG von 1909 unter der Rechtsprechung des Reichsgerichts | 411 |
| a) Anfängliche Bewertung..... | 411 |
| b) Entwicklung bis zum grundsätzlichen Verbot vergleichender Werbung | 415 |
| α) Die Aufsätze <i>Lobes</i> und <i>Kohlers</i> | 415 |

| | |
|---|-----|
| β) Schrittweise Verschärfung der Rechtsprechung | 419 |
| γ) Das Verbot vergleichender Werbung in der Hellegold- Entscheidung | 422 |
| c) Ausnahmen vom Verbotsgrundsatz | 424 |
| α) Abwehrvergleich | 424 |
| β) Systemvergleich | 425 |
| γ) Fortschrittsvergleich | 431 |
| δ) Auskunftvergleich | 432 |
| ε) Zusammenfassung | 433 |
| 3. Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur vergleichenden Werbung bis 1998 | 433 |
| a) Fortführung der reichsgerichtlichen Rechtsprechung | 433 |
| b) Die Debatte der sechziger Jahre und ihre Folgen | 435 |
| α) Prioritäre Anwendung des § 14 I UWG | 435 |
| β) Auslegung des § 1 UWG | 435 |
| γ) Einfluß der Debatte auf die Rechtsprechung des BGH | 436 |
| 4. Umsetzung des europäischen Rechts durch den Bundesgerichtshof | 440 |
| a) Europarechtliches Wettbewerbsverständnis | 440 |
| b) ‚Transformation‘ der Richtlinie 97/55/EG durch den BGH | 441 |
| c) Reaktionen der Werbebranche | 442 |
| 5. Gesetzliche Neuregelung der vergleichenden Werbung | 445 |
| a) Überblick | 445 |
| b) Definition der vergleichenden Werbung | 445 |
| c) Kriterien zur Feststellung der Sittenwidrigkeit | 449 |
| α) Der Katalog des § 2 II, III UWG | 449 |
| β) Erforderlichkeit gleichen Bedarfs oder derselben Zweckbestimmung | 449 |
| γ) Wesentliche Eigenschaften | 452 |
| δ) Verwechslungsgefahr | 456 |
| ε) Ausnutzung oder Beeinträchtigung fremder Wertschätzung | 458 |
| ζ) Herabsetzung oder Verunglimpfung | 460 |
| η) Schutz vor Imitation | 462 |
| θ) Angebote mit besonderen Preisen oder Bedingungen | 463 |

| | | |
|------|--|-----|
| | d) Vergleichende Werbung und Irreführung..... | 464 |
| | 6. Abschließende Bewertung der deutschen Rechtsentwicklung zur vergleichenden Werbung..... | 465 |
| III. | Die Entwicklung der australischen Rechtsprechung..... | 466 |
| | 1. Problemstellung..... | 466 |
| | 2. Die Rechtslage nach den <i>economic torts</i> des Common Law | 466 |
| | a) <i>Defamation</i> | 466 |
| | b) <i>Injurious Falsehood</i> | 469 |
| | c) <i>Passing Off</i> | 474 |
| | d) Zusammenfassung | 475 |
| | 3. Der Werbevergleich nach Trade Practices Act 1974 | 476 |
| | a) Relevante Normen | 476 |
| | b) Die Tatbestandsmerkmale von Sec. 52 TPA und die vergleichende Werbung | 476 |
| | c) Kriterien zur Feststellung der Irreführungsgefahr vergleichender Werbung nach Sec. 52 TPA | 478 |
| | α) Keine unterschiedlichen Standards für vergleichende Werbung..... | 478 |
| | β) Genauigkeit der Angaben und <i>puffing</i> | 479 |
| | γ) Direkte Gegenüberstellung von Produkteigenschaften und Preisen..... | 481 |
| | δ) Produktdemonstrationen | 483 |
| | ε) Überprüfbarkeit wissenschaftlicher Angaben..... | 484 |
| | ζ) Aufforderung zum Vergleich..... | 487 |
| | η) Irreführung durch Verschweigen | 488 |
| | d) Persönlich vergleichende Werbung unter dem TPA | 490 |
| IV. | Ökonomische Überlegungen zur vergleichenden Werbung | 501 |
| | 1. Besonderheiten der vergleichenden Werbung aus Sicht des Lauterkeitsrechts?..... | 501 |
| | 2. Informationsgehalt vergleichender Werbung – Ergebnisse empirischer Studien..... | 502 |
| | a) Schwierigkeiten empirischer Untersuchungen bei der Eingrenzung des Forschungsgegenstands „vergleichende Werbung“ | 502 |
| | b) Ausgewählte empirische Ergebnisse | 503 |

| | |
|---|------------|
| 3. Zusammenfassung..... | 504 |
| V. Fazit..... | 505 |
| F. Schlußfolgerungen für eine Modernisierung des deutschen Lauterkeitsrechts__ | 507 |
| Literaturverzeichnis..... | 511 |
| Fälle | 565 |
| Auszug aus dem Trade Practices Act 1974 | 585 |
| Lebenslauf des Verfassers | 633 |

*If we knew what it was we were doing,
it would not be called research, would it?*

Albert Einstein

*A lawyer who has not studied economics and
sociology is very apt to become a public enemy.*

Justice Louis Brandeis

A. Einleitung

In der „Berliner Zeitung“ erschien vor einiger Zeit ein Kommentar, der wie folgt begann:

„Das deutsche Wettbewerbsrecht ist typisch deutsch: Kleinkariert, eine üppige Bürokratie gebärend und ernährend, dazu durchsetzt mit verborgenen Partialinteressen. Kein Wunder, dass die Öffentlichkeit sich meist gelangweilt abwendet, sobald die Sprache auf das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), das Kartellrecht oder die Preisangabeverordnung kommt. Nur manchmal hallt ein Aufschrei der Empörung durchs Land, wenn allzu haarsträubende Wirkungen der komplizierten Regelungen sichtbar werden.“¹

Vorausgegangen waren zwei einstweilige Verfügungen gegen den Textil-Einzelhändler C&A, der seinen Kunden zur Einführung des Euro einen Nachlaß von 20 % bei Kartenzahlung gewähren wollte. Wegen der Schwierigkeiten mit der Währungsumrechnung, geringer Wechselgeldbestände und der kurz zuvor erfolgten Abschaffung des Rabattgesetzes glaubte C&A, damit eine pfiffige, legale und kundenfreundliche Maßnahme gefunden zu haben – und hatte dabei die Rechnung ohne die Wettbewerbshüter von der Zentrale zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs gemacht. Diese sahen darin nämlich eine unerlaubte Sonderveranstaltung, mit der die Kunden psychologisch dermaßen unter Druck gesetzt würden, daß sie quasi gar nicht anders könnten als zu kaufen. Das Landgericht Düsseldorf folgte dieser Argumentation und erließ eine einstweilige Verfügung.² Dies wiederum hatte den „Aufschrei der Empörung“ zur Folge, von dem die „Berliner Zeitung“ berichtete.

¹ Munsberg, Sonder-Rabatte, 2002, URL s. Literaturverzeichnis

² LG Düsseldorf Az. 12 O 2/02 (C&A). Es sei allerdings zugestanden, daß die Maßnahme von C&A recht klar unter § 7 UWG fiel, der zwar möglicherweise rechtspolitisch verfehlt, aber doch geltendes Recht war.

Der Kommentar der „Berliner Zeitung“ ist ein typisches Beispiel für die Reaktionen auf die Gerichtsentscheidung, die seitens der Politiker, Verbraucherschützer und Medien zu vernehmen waren. Das Recht des unlauteren Wettbewerbs in Deutschland: in ihren Augen ein nicht mehr zeitgemäßes, typisch deutsches und insgesamt ineffizientes Recht.³

Um zu untersuchen, ob es sich bei diesen Positionen lediglich um Vorurteile handelt, oder ob nicht die allgemeine, häufig auch plakative Kritik ihre Berechtigung hat, müßte das deutsche Recht des unlauteren Wettbewerbs aus drei verschiedenen Perspektiven betrachtet werden:

- Um zu untersuchen, wie zeitgemäß es noch ist, muß man wissen, aus welcher Zeit es kommt, welche äußeren Umstände es in seiner Entwicklung geprägt haben und inwiefern sich frühere Auffassung in die Gegenwart tradieren konnten; gefragt ist eine rechts- und wirtschaftshistorische Analyse.
- Um herauszufinden, ob und wie es „typisch deutsch“ ist, bietet sich ein Blick über den Tellerrand des nationalen Rechts an. Im Vergleich mit einer anderen Rechtsordnung treten die Besonderheiten des deutschen Rechts besonders hervor.
- Um die Frage zu beantworten, ob es zu wirtschaftlichen Ineffizienzen führt, muß die ökonomische Theorie bemüht werden. Sie kann zeigen, welche Folgen die Regulierung des Marktverhaltens für die Marktergebnisse hat.

Alle drei Perspektiven sollen in dieser Arbeit nacheinander eingenommen werden, um aus ihrem jeweiligen Blickwinkel das Recht des unlauteren Wettbewerbs in Deutschland zu untersuchen. Es soll sich dabei zunächst um eine „Makroanalyse“ handeln, bei der es weniger um die Erörterung von Detailfragen als vielmehr um die Darstellung und Bewertung allgemeiner Charakteristika. Dabei sollen mögliche Berührungspunkte zwischen den Perspektiven aufgezeigt werden. In einem letzten Schritt sollen dann die historische, die rechtsvergleichende und die ökonomische Betrachtungsweise an einem konkreten Einzelfall exemplarisch zusammengeführt werden.

Die Arbeit gliedert sich daher in vier Hauptteile (s. Abb. 1). Im ersten Teil sollen die wirtschafts- und rechtshistorischen Wurzeln des Rechts des unlauteren Wettbewerbs in Deutschland aufgezeigt und die bisher unternommenen Konkretisierungsansätze bezüglich des Begriffs der guten Sitten in § 1 UWG dargestellt werden. Dabei ist jeweils der Frage

³ Vgl. bspw. die Polemik bei *Ederer*, Sehnsucht, 2002, S. 225 ff.

nachzugehen, welche methodischen Begründungen in der Literatur hierzu entwickelt worden sind. Im zweiten Teil wird ein Rechtsvergleich mit dem australischen Wettbewerbsrecht angestellt. Dieser Rechtsvergleich gewinnt seinen besonderen Reiz aus der Tatsache, daß dem australischen Recht eine Generalklausel vergleichbar § 1 UWG zwar fremd ist, aber eine § 3 UWG entsprechende Generalklausel existiert. Australien steht hierbei auch für das Recht angelsächsischer Prägung, so daß dem Rechtsvergleich zudem Hinweise auf die Langzeiteffekte rechts- und wirtschaftshistorisch unterschiedlicher Entwicklungen in England, Australien und Deutschland entnommen werden können. Gleichzeitig soll nach Hinweisen für eine mögliche Konvergenz zwischen den Rechtsordnungen des Common Law und des Zivilrechts gesucht werden.

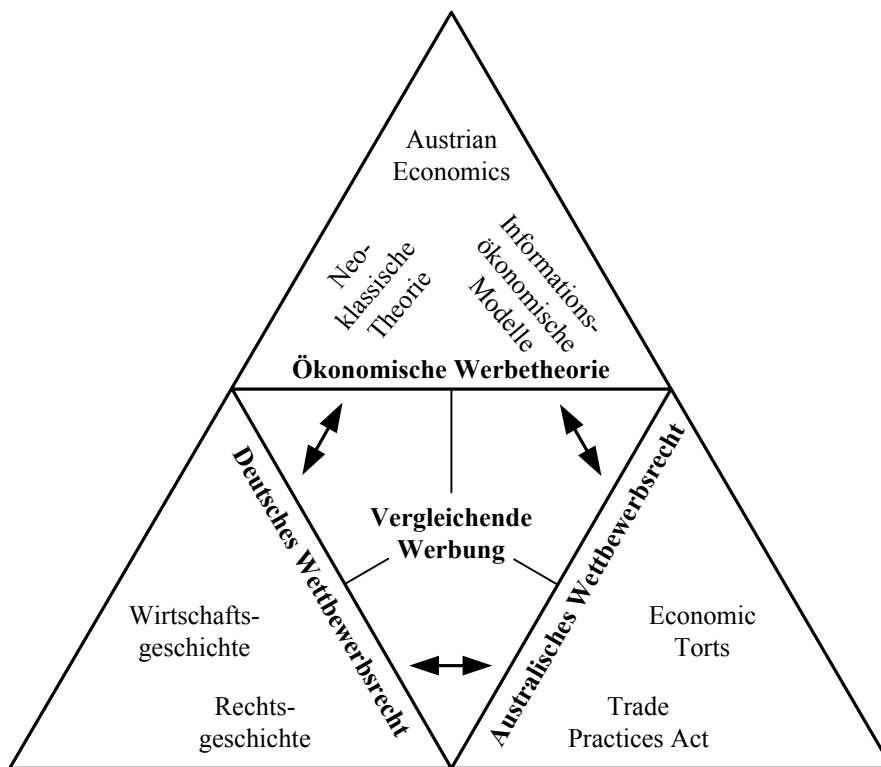


Abbildung 1: Aufbau der Arbeit

In einem weiteren Teil ist das Instrumentarium der ökonomischen Analyse des Rechts des unlauteren Wettbewerbs daraufhin zu untersuchen, ob es tauglich ist, den gewünschten Beurteilungsmaßstab zur Konkretisierung unbestimmter Rechtsbegriffe des Lauterkeitsrechts zu liefern.

Am konkreten Beispiel der vergleichenden Werbung sollen schließlich die vorangegangenen Überlegungen zusammengeführt werden, denn an der Regelung der vergleichenden Werbung

wird besonders deutlich, wer oder was durch das Wettbewerbsrecht wovon geschützt werden soll: Die Gewerbetreibenden vor Konkurrenz, die Verbraucher vor Täuschung oder der Wettbewerb vor einer wie auch immer definierten „Verunreinigung“ bzw. Unlauterkeit?

Die Arbeit soll insbesondere Möglichkeiten aufzeigen, den Begriff der guten Sitten in § 1 UWG zu konkretisieren. Bei den guten Sitten i. S. V. § 1 UWG handelt es sich um einen „wertausfüllungsbedürftigen Begriff“.⁴ Damit ist gemeint, daß sich nicht unmittelbar aus dem Wortlaut der Vorschrift ergibt, welche Sachverhalte dadurch erfaßt sein sollen. Einer weitverbreiteten Meinung zufolge sind sittenwidrig all jene Handlungen, die gegen das „Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden“⁵ verstoßen. An dieser sog. Anstandsformel ist häufig Kritik geübt worden⁶: sie sei in Wirklichkeit eine „Leerformel“⁷, da sie letztlich nur einen unbestimmten Rechtsbegriff durch eine selbst auslegungsbedürftige Formulierung ersetze. In der Literatur sind daher vielfältige Versuche unternommen worden, die „guten Sitten“ anderweitig zu konkretisieren.⁸ Einer dieser Versuche bedient sich der bereits erwähnten ökonomischen Analyse. Ausgehend von der Fragestellung, welche ökonomischen Konsequenzen Handlungen im Wettbewerb etwa im Hinblick auf die Markttransparenz haben, wird dabei versucht, einen Lauterkeitsmaßstab zu konstruieren, der im Einklang mit der Entscheidung des Gesetzgebers für eine bestimmte Wirtschaftsordnung steht.⁹ Es wird behauptet, daß es auf diese Weise möglich sei, zu „rationalen,

⁴ Brox, Allgemeiner Teil, 1998, Rn. 283.

⁵ Diese Formel findet sich im Zusammenhang mit der Auslegung der Vorschrift des § 826 BGB und unter Verweis auf § 138 BGB erstmals in RGZ 48, 124 (*Dampfschiffahrt*). Dort heißt es, der Richter habe den Maßstab für die guten Sitten aus dem „herrschenden Volksbewußtsein“ zu entnehmen, welches als synonym für das „Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden“ aufgefaßt wird. In folgenden Entscheidungen ist diese Formulierung häufig zitiert, abgewandelt und erweitert worden, vgl. z. B. „die Ansicht aller billig und gerecht Denkenden“ (*Arzt*, Ansicht, 1962), „das Anstandsgefühl der anständigen und verständigen Durchschnittsgewerbetreibenden“ (BGH NJW 1955, 377 (*Progressive Kundenwerbung*)), „das Anstandsgefühl aller billig und gerecht denkenden Bankleute“ (BGH NJW 1956, 706 (*Baufinanzierungskredit*)).

⁶ Häufig wird in diesem Zusammenhang die Bemerkung *Baumbachs* zitiert, daß die gute Sitten nach dem Anstandsgefühl älterer Richter in hoher Stellung ermittelt würden, welche das praktische Geschäftsleben ganz überwiegend nie kennengelernt hätten (vgl. *Baumbach*, Kommentar zum Wettbewerbsrecht, 1. Auflage, 1929, S. 174).

⁷ *Emmerich*, Recht, 1998, S. 38 (allerdings verwendet *Emmerich* den plakativen Begriff der Leerformel in der Folgeauflage nicht mehr und spricht nur noch allgemein von der Kritik an der Anstandsformel, vgl. *Emmerich*, Wettbewerb, 2002, S. 43 f.); vgl. auch *Schricker*, Möglichkeiten, 1975, S. 216.

⁸ Vgl. mit weiteren Nachweisen *Menke*, Werbung, 1994, S. 53 ff.

⁹ Die Einführung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen kann in diesem Zusammenhang als Entscheidung für eine marktwirtschaftliche Wettbewerbsordnung betrachtet werden, welche bei der Auslegung der Bestimmungen des UWG zu berücksichtigen ist, vgl. *Baudenbacher*, Wettbewerbsstörungen, 1981, S. 19 ff.

nachvollziehbaren und kalkulierbaren Entscheidungskriterien“¹⁰ zu gelangen. Ein solches Verständnis für die ökonomischen Konsequenzen der Regeln des Marktverhaltensrechts wäre sowohl auf gesetzgeberischer wie auch auf richterlicher Seite wünschenswert. Wie *Boddewyn* treffend formulierte:

„Citizens are supposed to know the law, but should not regulators be expected to understand what they regulate?“¹¹

In diesem Sinne soll die vorliegende Arbeit auch ein Beitrag zum funktionalen Verständnis des Rechts des unlauteren Wettbewerbs sein.

¹⁰ So geäußert von *Menke*, *Werbung*, 1994, S. 52 als Kritik an der seiner Meinung nach gegebenen Unberechenbarkeit der Rechtsprechung. Eine andere Auffassung hingegen vertreten *Baumbach/Hefermehl*, *Wettbewerbsrecht*, 2001, Einl. UWG Rn. 62, wenn sie behaupten, durch die langjährige höchstrichterliche Rechtsprechung sei dem Rechtsgehalt der Generalklausel bereits „das notwendige Maß an Rationalität und Berechenbarkeit“ gegeben, ebenso *Schricker*, *Gesetz*, 1996, S. 474.

¹¹ *Boddewyn*, *Advertising*, 1988, S. 190.