

Title	NEUERE ENTWICKLUNGEN IM RECHT DES UNLAUTEREN WETTBEWERBS IN EUROPA
Author(s)	Schricker, Gerhard
Citation	Osaka University Law Review. 1993, 40, p. 45-72
Version Type	VoR
URL	<a href="https://hdl.handle.net/11094/6909">https://hdl.handle.net/11094/6909</a>
rights	
Note	

*Osaka University Knowledge Archive : OUKA*

<https://ir.library.osaka-u.ac.jp/>

Osaka University

# NEUERE ENTWICKLUNGEN IM RECHT DES UNLAUTEREN WETTBEWERBS IN EUROPA

von

*Professor Dr. Dr.h.c.mult. Gerhard Schricker, München*

## I. Einführung

Zum gewerblichen Rechtsschutz gehört neben dem Schutz der Patente, Marken, Muster und Modelle auch der Schutz gegen den unlauteren Wettbewerb. So lesen wir es in Art. 1 der Pariser Verbandsübereinkunft zum Schutz des gewerblichen Eigentums, in dem weltumspannenden internationalen Vertrag, zu dessen rund 100 Mitgliedstaaten auch Japan und Deutschland gehören<sup>1)</sup>. In Art. 10<sup>bis</sup> enthält die Pariser Verbandsübereinkunft eine Definition des unlauteren Wettbewerbs und die Verpflichtung der Verbandsländer, einen "wirksamen Schutz gegen unlauteren Wettbewerb zu sichern".

Die Verbandsländer sind dieser Verpflichtung in sehr unterschiedlichem Maße nachgekommen. In keinem Gebiet des gewerblichen Rechtsschutzes sind die Rechtsverschiedenheiten so groß wie im Recht des unlauteren Wettbewerbs; nirgends stellen sich der Rechtsharmonisierung so große Hindernisse entgegen. Vergleichen wir nur das deutsche und das englische Recht: In Deutschland gibt es seit rund 100 Jahren eine mit einer Generalklausel des unlauteren Wettbewerbs und einer Reihe von Sondervorschriften ausgestattete gesetzliche Regelung; sie wird heute in jährlich 20.000 bis 30.000 Gerichtsverfahren zur Anwendung gebracht. Dagegen fehlt es im Vereinigten Königreich bis heute an einem Recht des unlauteren Wettbewerbs; es scheint noch immer der resignative Satz eines hohen Richters aus dem Jahr 1889<sup>2)</sup> zu gelten, der den Rechtsbegriff des unlauteren Wettbewerbs mit den Worten ablehnte:

"To draw a line between fair and unfair competition, between what is reasonable and unreasonable, passes the power of the Courts."

---

1) Pariser Verbandsübereinkunft zum Schutz des gewerblichen Eigentums von 1883. Japan und Deutschland gehören der Stockholmer Fassung an, s. zum Mitgliederstand GRUR Int. 1992, 374.

2) Fry L.J. im Mogul Case (1889) 23 Ch.D. 598 (625-626); s. dazu Cornish, Intellectual Property 1981, S. 10 ff.

In England haben sich allerdings freiwillige Selbstkontrollsysteme der Wirtschaft entwickelt, die sich bemühen, die Lücke auszufüllen, die das staatliche Recht offengelassen hat<sup>3)</sup>.

Wenn wir uns heute mit dem Recht des unlauteren Wettbewerbs beschäftigen wollen, so haben wir es mit einer ziemlich aktuellen Rechtsdisziplin zu tun. Die Rechtspolitik hat ja ihre eigenen Konjunkturzyklen; Rechtsprobleme und ganze Rechtsgebiete sind bald wichtiger, bald weniger wichtig. Das Recht des unlauteren Wettbewerbs mag eine Zeit lang als zweitrangig gegolten haben; gegenwärtig zieht es jedoch wachsende Aufmerksamkeit auf sich. Die Gesetzgebung ist in vielen Ländern in Bewegung geraten; neue Fragen und Lösungen zeichnen sich ab; für die Rechtslehre gewinnt das Recht des unlauteren Wettbewerbs an Anziehungskraft.

Am augenfälligsten ist dieser Konjunkturaufschwung des Wettbewerbsrechts in den ehemals sozialistischen Ländern Osteuropas. Die Planwirtschaft mochte ohne ein solches Regelungsinstrument auskommen; der freie Wettbewerb in einer Marktwirtschaft bedarf aber notwendig einer Mißbrauchskontrolle; das Recht des unlauteren Wettbewerbs ist hierzu das geeignete Mittel. So sind in den Jahren 1990 und 1991 neue Gesetze gegen den unlauteren Wettbewerb in Bulgarien<sup>4)</sup>, der Tschechoslowakei<sup>5)</sup>, in Rumänien<sup>6)</sup>, in Rußland<sup>7)</sup> und in Ungarn<sup>8)</sup> erlassen worden; auch aus Polen ist ein Gesetzesentwurf bekannt geworden, der bald verabschiedet werden soll. In diesen neuen Gesetzen begegnet uns die vertraute Begriffswelt des Rechts des unlauteren Wettbewerbs wieder, wie wir sie aus den ehemals als kapitalistisch beschimpften Ländern kennen. Zum Teil sind aber auch neuartige Vorschriften hinzugefügt worden. Die Regelung des unlauteren Wettbewerbs wird nicht selten mit derjenigen der Kartelle und Monopole verbunden.

Aber auch wo man noch an den marxistischen Dogmen festhält, wird der Bedarf nach einem Wettbewerbsrecht unabweisbar, sobald man auch nur ein kleines Fenster

---

3) S. dazu Ulmer/Graf v.Westerholt, Das Recht des unlauteren Wettbewerbs in den Mitgliedstaaten der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, Bd. VI, Vereinigtes Königreich, Rdnr. 113 ff.

4) Gesetz zum Schutz des Wettbewerbs vom 2.5.1991, abgedruckt in Beier/Bastian/Kur (Hrsg.), Wettbewerbsrecht und Verbraucherschutz in Mittel- und Osteuropa, 1992, S. 203 ff.

5) Kapitel 5 des Handelsgesetzbuches der CSFR vom 5.11.1991, Gesetz Nr. 63 vom 30.1.1991 über den Schutz des Wirtschaftswettbewerbs, abgedruckt bei Beier/Bastian/Kur, S. 213 ff.

6) Gesetz Nr. 11 vom 28.1.1991 über die Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs, abgedruckt bei Beier/Bastian/Kur, S. 261 ff.

7) Gesetz der RSFSR vom 22.3.1991 über Konkurrenz und Beschränkung der Monopoltätigkeit auf den Warenmärkten, abgedruckt bei Beier/Bastian/Kur, S. 290 ff.

8) Gesetz LXXXVI aus dem Jahr 1990 über das Verbot unlauteren Marktverhaltens, abgedruckt bei Beier/Bastian/Kur, S. 307 ff.

öffnet, um den frischen Wind des Wettbewerbs einzulassen: So besitzt die Volksrepublik China bereits seit geraumer Zeit Regelungen zur Bekämpfung unlauterer Wettbewerbshandlungen, wenn sie auch mehr oder weniger fragmentarisch bleiben, zum Teil nur in einzelnen Städten und Provinzen gelten. Am Ausbau dieser Vorschriften wird jedoch, so hört man, gegenwärtig gearbeitet<sup>9)</sup>.

Für eine weitere Staatengruppe gibt weniger der politische, als vielmehr der wirtschaftliche Wandel den Anstoß zur Schaffung neuer Wettbewerbsgesetze. Die Entwicklungsländer, denen es gelingt, die Schwelle zur Industrialisierung zu überschreiten und am Welthandel teilzunehmen, müssen lernen, daß man einen gewissen Standard des Schutzes gewerblicher Rechte und Urheberrechte von ihnen erwartet; und hierzu gehören auch Minimalregeln des Schutzes gegen unlauteren Wettbewerb. Daß solche Rechtsgarantien geboten werden, ist vor allem ein Anliegen der Handelspolitik der Vereinigten Staaten von Amerika, das bilateral und im Rahmen der GATT-Verhandlungen nachdrücklich zur Geltung gebracht wird<sup>10)</sup>. Wenn man zum Beispiel in Taiwan im Jahre 1991 ein neues Fair Trade Law<sup>11)</sup> erlassen hat, das auch den unlauteren Wettbewerb zu regulieren sucht, dürfte dies nicht zuletzt eine Frucht der Erkenntnis sein, daß ein adäquater gesetzlicher Schutz eine Art von Eintrittskarte für die Teilnahme am Welthandel bildet.

Aber lassen Sie mich nach Europa zurückkehren. Die wichtigste Quelle von Reformen im Recht des unlauteren Wettbewerbs bilden hier die Arbeiten zur Harmonisierung im Rahmen der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft. Daß ein integrierter Binnenmarkt einheitliche rechtliche Rahmenbedingungen braucht und daß das Recht des unlauteren Wettbewerbs notwendig dazugehört, hat man schon früh erkannt. Aber andere Harmonisierungsprojekte haben sich zunächst in den Vordergrund geschoben, so namentlich das Patent- und Markenrecht; gegenwärtig scheint sogar die Urheberrechtsharmonisierung diejenige des Wettbewerbsrechts überholen zu wollen. Dabei machen sich wiederum die besonderen Schwierigkeiten und Diskrepanzen in der Entwicklung des Rechts des unlauteren Wettbewerbs geltend; hinderlich sind besonders die Rechtsunterschiede zwischen der Rechtsauffassung Kontinentaleuropas und derjenigen der angelsächsischen Länder.

Blicken wir zurück, so können wir sagen, daß man seit mehr als 30 Jahren an der

---

9) S. dazu Wen Xikaj, Zur Entwicklung des Rechts gegen unlauteren Wettbewerb in der Volksrepublik China, GRUR Int. 1991, 265.

10) Die GATT-Verhandlungen haben das Recht des unlauteren Wettbewerbs allerdings bisher nur partiell berührt, s. Beier/Schricker (Hrsg.), GATT or WIPO? 1989, S. 345 f.

11) Fair Trade Law promulgated on February 4, 1991, enforced on February 4, 1992, Englische Ausgabe, herausgegeben von der Fair Trade Commission Executive Juan, Taipei.

Harmonisierung des Rechts des unlauteren Wettbewerbs in der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft arbeitet; die Ausbeute ist aber immer noch relativ bescheiden<sup>12)</sup>. Die Vorarbeiten begannen damit, daß die Kommission der Europäischen Gemeinschaften das Münchener Max-Planck-Institut, das damals unter der Leitung Eugen Ulmers stand, mit einem Gutachten über das nationale Recht und die Erfordernisse und Möglichkeiten der Harmonisierung beauftragte. Das Gutachten wurde in den sechziger Jahren fertiggestellt. Das Thema ist dem Max-Planck-Institut aber freilich erhalten geblieben; wir sind seitdem mit ergänzenden Darstellungen des Rechts der neu beigetretenen Mitgliedstaaten beschäftigt und stellen für die Kommission neue Überlegungen zur Harmonisierung an.

Das erste Ergebnis der Bemühungen um die Rechtsangleichung des Rechts des unlauteren Wettbewerbs in der EWG ist die Richtlinie über irreführende Werbung von 1984<sup>13)</sup>. Diese Richtlinie kam erst zustande, als zur integrationspolitischen Zielsetzung – der Sicherung des freien Waren- und Dienstleistungsverkehrs und der Schaffung gleicher Wettbewerbsbedingungen – ein weiteres rechtspolitisches Motiv hinzutrat: der Verbraucherschutz. Im EWG-Vertrag von 1957, der Basis der Europäischen Gemeinschaft, war der Verbraucherschutz ursprünglich nicht erwähnt; er wurde jedoch wie der Umweltschutz im Laufe der Jahre in die Politik der Gemeinschaft aufgenommen. Durch die einheitliche Europäische Akte von 1986, eine Ergänzung des EWG-Vertrags, wurde nunmehr ausdrücklich in den EWG-Vertrag das Gebot eingefügt, daß bei der Harmonisierung im Bereich des Verbraucherschutzes ein hohes Schutzniveau angestrebt werden soll<sup>14)</sup>. Heute kann die Angleichung des Rechts des unlauteren Wettbewerbs in der Gemeinschaft nicht nur als ein Anliegen des gewerblichen Rechtsschutzes, sondern es muß zugleich als ein Anliegen des Verbraucherschutzes betrachtet werden.

In der Tat bildet die Bekämpfung der irreführenden Werbung ein Paradebeispiel dafür, wie sich die Interessen der seriösen Unternehmen und der Verbraucher verbinden; die Addition beider rechtspolitischer Motive war für den Erlass der ersten EG-Richtlinie zum unlauteren Wettbewerb, der Richtlinie über irreführende Werbung von 1984, entscheidend.

Derartige Richtlinien werden vom Rat der Gemeinschaft, das heißt der Versamm-

---

12) Zur Entwicklung s. Schricker, GRUR Int. 1990, 771 m.w. Nachweisen.

13) Richtlinie des Rates vom 10. September 1984 zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über irreführende Werbung (84/450/EWG), GRUR Int. 1984, 688.

14) Art. 100a Abs. 3 EWGV in der Fassung der Einheitlichen Europäischen Akte vom 17./28.2.1986, ABl. 1987 Nr. L 169/1. Der Vertrag über die Europäische Union (Akte von Maastricht) sieht einen eigenen Titel über Verbraucherschutz vor (Art. 129a, s. ABl. 31.8.1992 C 114/48).

lung der Vertreter der Regierungen der Mitgliedstaaten, auf Vorschlag der Kommission und unter Beteiligung des Europäischen Parlaments erlassen<sup>15)</sup>. Früher war dazu Einstimmigkeit erforderlich; heute genügt eine qualifizierte Mehrheit im Rat. Die Richtlinien wenden sich an die Mitgliedstaaten und verpflichten sie als supranationales Recht mit Vorrang gegenüber dem nationalen Recht, das nationale Recht an die Richtlinie anzupassen<sup>16)</sup>. So sind zur Umsetzung der Richtlinie über irreführende Werbung neue Gesetze in Belgien<sup>17)</sup>, Griechenland<sup>18)</sup>, Italien<sup>19)</sup>, Spanien<sup>20)</sup> und im Vereinigten Königreich<sup>21)</sup> erlassen worden. Andere Länder vertreten den Standpunkt, daß schon ihre bestehende Gesetzgebung der Richtlinie genügt: Dies war beispielsweise die Reaktion des deutschen Bundesjustizministers<sup>22)</sup>. Trifft die Behauptung zu, worüber man streiten kann, dann ist Deutschland zu einer Gesetzesänderung nicht verpflichtet. Im übrigen geschieht die Anpassung des nationalen Rechts nicht immer ganz freiwillig; so ist in Belgien und Griechenland die Richtlinie über irreführende Werbung erst umgesetzt worden, nachdem der Europäische Gerichtshof auf eine Klage der Kommission hin festgestellt hatte, daß diese Staaten durch das Unterlassen der Anpassung ihrer Gesetzgebung ihre Verpflichtungen gegenüber der Gemeinschaft verletzen<sup>23)</sup>.

Neben der Richtlinie über irreführende Werbung ist für den unlauteren Wettbewerb die Fernsehrichtlinie von 1989<sup>24)</sup> bedeutsam. Sie verfolgt das Ziel, rechtliche Hindernisse für grenzüberschreitende Fernsehsendungen in der Gemeinschaft abzubauen; zu diesem Zweck wird das Recht der Fernsehwerbung partiell harmonisiert. Im Vergleich zur Richtlinie über irreführende Werbung zeigt die Fernsehrichtlinie einen interessanten Fortschritt in der Regelungstechnik. Während die Richtlinie über irreführende Werbung davon ausgeht, daß jeder Staat nach wie vor in seinem Staatsgebiet sein

---

15) Art. 100, 100a EWGV.

16) Zum Verhältnis von Gemeinschaftsrecht und nationalem Recht s. die Angaben bei Schricker, *Recht der Werbung in Europa*, Bd. I, Einführung, Rdnr. 118.

17) Gesetz über die Handelspraktiken und die Information und den Schutz des Verbrauchers vom 14. Juli 1991, GRUR Int. 1992, 623.

18) Gesetz vom 3. September 1991 Nr. 1961 über Verbraucherschutz und sonstige Vorschriften, GRUR Int. 1992, 124.

19) Gesetzesverordnung Nr. 74 vom 25. Januar 1992, GRUR Int. 1992, 825.

20) Gesetz 3/1991 vom 10. Januar 1991 über unlauteren Wettbewerb, GRUR Int. 1991, 551.

21) *The Control of Misleading Advertisements Regulations 1988*, Statutory Instruments 1988 no. 915 Consumer Protection, s. dazu Schricker, GRUR Int. 1990, 112, 118.

22) S. den Nachweis bei Schricker, GRUR Int. 1990, 112, 120.

23) S. den Bericht in GRUR Int. 1990, 401 f.

24) Richtlinie des Rates vom 3. Oktober 1989 zur Koordinierung bestimmter Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Ausübung der Fernsehaktivität, GRUR Int. 1990, 134.

eigenes Recht anwendet, wobei die nationalen Rechtsordnungen durch die Richtlinie angeglichen werden, begnügt sich die Fernsehrichtlinie nicht mit der Angleichung der nationalen Rechte, sondern bestimmt zusätzlich, daß grenzüberschreitende Fernsehsendungen in der Gemeinschaft nur einmal, und zwar im Ursprungsland, nach dessen Recht kontrolliert werden dürfen; in anderen Mitgliedstaaten müssen sie so hingenommen werden, wie sie sind. Wenn man dagegen Beschwerden hat, kann man sich grundsätzlich allenfalls an die Kontrollinstitution des Ursprungslandes wenden und um bessere Kontrollen bitten<sup>25)</sup>. Während die Richtlinie über irreführende Werbung somit das Kollisionsrecht, das heißt die Bestimmung des anwendbaren nationalen Rechts unangetastet läßt, greift die Fernsehrichtlinie mit dem Ursprungslandprinzip auch in das Kollisionsrecht und in die Bestimmung der internationalen Behörden- und Gerichtszuständigkeit ein. Leitend ist dabei die Vorstellung, daß die Behörden und Gerichte in allen Mitgliedstaaten gleichwertig sind und daß das materielle Recht harmonisiert ist; deshalb soll, was eine nationale Behörde entscheidet, für die ganze Gemeinschaft maßgeblich sein.

Mit der Richtlinie über die irreführende Werbung und den Werberegungen der Fernsehrichtlinie ist bisher freilich nur ein kleiner Teil des Rechtes des unlauteren Wettbewerbs harmonisiert worden. Weitere Maßnahmen der Rechtsangleichung sind geplant<sup>26)</sup>. In der Präambel der Richtlinie über irreführende Werbung wird gesagt, daß diese Richtlinie nur die erste Phase der Angleichung bilde; in einer zweiten Phase wolle man sich der unlauteren Werbung zuwenden und, soweit erforderlich, auch der vergleichenden Werbung. In der Tat ist 1991 der Vorschlag einer Richtlinie über die vergleichende Werbung vorgelegt worden; wir werden auf seinen Inhalt noch zurückkommen.

Darüber hinaus prüft die Kommission, ob nicht eine organische Gesamtharmonisierung des Rechtes des unlauteren Wettbewerbs ins Auge gefaßt werden sollte. Das Max-Planck-Institut hat hierzu vor kurzem eine gutachtliche Stellungnahme abgegeben. Wir befürworten die Pläne einer umfassenden Harmonisierung; das ist kein Geheimnis. Die Harmonisierungsaufgabe stellt sich heute freilich anders dar als in den sechziger Jahren; das Recht des unlauteren Wettbewerbs hat seit dieser Zeit tiefgreifende Veränderungen erfahren. Das geht so weit, daß man sich fragen muß, ob es heute überhaupt noch richtig ist, von einem Recht des unlauteren Wettbewerbs zu sprechen, ob nicht der Funktionswandel eine neue systematische Einordnung verlangt. Hiervon soll im folgenden die Rede sein.

---

25) S. Art. 2 Abs. 2. S. dazu im einzelnen Schricker, GRUR Int. 1990, 771, 774 f.

26) S. zu den Perspektiven der weiteren Harmonisierung Schricker, GRUR Int. 1990, 771 ff.

## II. Zu den neuen Entwicklungen im Recht des unlauteren Wettbewerbs im einzelnen

### 1. Funktion und Schutzzweck

Das Recht des unlauteren Wettbewerbs hat sich aus den allgemeinen Vorschriften über unerlaubte Handlungen entwickelt<sup>27)</sup>. Um die Mitte des 19. Jahrhunderts findet sich in der Rechtsprechung der französischen Gerichte zur Deliktshaftung nach Maßgabe der Generalklausel des Zivilgesetzbuches eine neue Art von unerlaubter Handlung: die "concurrency déloyale". Der neue Rechtsbegriff verbreitete sich rasch in den Ländern des französischen Rechtskreises und wurde auch im deutschen Rechtskreis aufgegriffen. In Deutschland wurde die richterrechtliche Rechtsbildung allerdings nicht akzeptiert; man rief nach dem Gesetzgeber. Ein erstes Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb wurde 1896 erlassen; auf ihm fußt das Gesetz von 1909, das mit einigen Änderungen in Deutschland bis heute fortgilt<sup>28)</sup>. Das Gesetz von 1909 führte die wettbewerbsrechtliche Generalklausel ein, die sich auch in Art. 10<sup>bis</sup> der Pariser Verbandsübereinkunft findet und die regelmäßiges Kernstück aller modernen Gesetze gegen den unlauteren Wettbewerb bildet.

In Einklang mit seiner deliktsrechtlichen Herkunft wurde der unlautere Wettbewerb zunächst als eine Schädigung individueller Interessen verstanden: Ein Wettbewerber schädigt einen anderen etwa durch Anschwärzung, Hervorrufen von Verwechslungsgefahr oder Verletzung von Geschäftsgeheimnissen; der Geschädigte kann von dem Schädiger Schadensersatz und Unterlassung weiterer Schädigungen verlangen. Die Entwicklung des Wettbewerbsrechtes blieb bei diesem individualrechtlichen Modell freilich nicht stehen. Es gibt Formen unlauteren Wettbewerbs, deren Rechtswidrigkeit auf der Hand liegt, bei denen aber doch schwierig festzustellen ist, wer von mehreren in Frage kommenden Wettbewerbern geschädigt ist und welche Höhe sein Schaden erreicht. Typisches Beispiel bildet die irreführende Werbung. Wer mit irreführenden Behauptungen wirbt, zieht Kunden durch unlautere Mittel an und nimmt sie der Konkurrenz weg; wem sich die Kunden ohne die Irreführung zugewandt hätten, ist aber schwer feststellbar. Im Blick auf solche Fälle hat das deutsche Gesetz das Klagerecht nicht nur demjenigen gegeben, der einen eigenen Schaden beweisen kann. Auf Unterlassung soll vielmehr jeder klagen können, der in der betreffenden Branche tätig ist; das Klagerecht wird darüber hinaus auch den gewerblichen

---

27) S. zur Entwicklung im Überblick Schrickler, GRUR Int. 1970, 32 ff.

28) Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb vom 7. Juni 1909, RGBl., S. 499.



Verbänden verliehen<sup>29)</sup>. Die Rechtswahrnehmung erhält hierdurch eine überindividuelle, kollektive Note.

Bei der Frage nach den Voraussetzungen und der Reichweite der Verbandsklage haben die deutschen Gerichte Ende der zwanziger Jahre begonnen, nicht nur private, sondern auch öffentliche Interessen im Wettbewerbsrecht zu berücksichtigen. Die Gerichte haben der Verbandsklage einen weiten Anwendungsbereich gegeben, weil die Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs auch im öffentlichen Interesse liegt, im Interesse des Publikums und der Allgemeinheit<sup>30)</sup>.

Die Begriffe waren zunächst wenig klar. Allgemeinheit und Verbraucher wurden vielfach gleichgesetzt; erst im Laufe der Zeit wurde eine Differenzierung erreicht. Nach der heute in Deutschland herrschenden Meinung hat das Recht des unlauteren Wettbewerbs eine dreifache Schutzrichtung: Es dient in gleicher Weise

- dem Schutz der konkurrierenden Unternehmen als einzelner und gegebenenfalls auch als Gruppen,
- darüber hinaus aber auch dem Schutz der Abnehmer, insbesondere der privaten Letztverbraucher,
- und schließlich dem Schutz der Allgemeinheit, verstanden als das Ganze von Volk und Staat.

Bei den Konkurrenten und den Abnehmern handelt es sich um private Interessen, wie sie der Interessenjurisprudenz vertraut sind; das Allgemeininteresse bezeichnet dagegen genau genommen kein Interesse, sondern einen übergeordneten Wertungsfaktor. Das Allgemeininteresse richtet sich vornehmlich auf Bestand und Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs als Institution, aber es kann auch andere spezifische Belange erfassen, etwa solche des Umweltschutzes.

Das Recht des unlauteren Wettbewerbs bildet in Deutschland somit ein integriertes System des Schutzes von Unternehmer-, Verbraucher- und Allgemeininteressen; die Unlauterkeit ist im Einzelfall durch eine Abwägung und Wertung der betroffenen Belange zu bestimmen. Das Sanktionssystem stimmt allerdings mit diesem dreifachen Schutzzweck nicht ganz überein. Nur die Wettbewerberseite ist voll mit den erforderlichen Rechtsbehelfen ausgestattet: Die individuellen Konkurrenten können auf Unterlassung und Schadensersatz klagen; der Unterlassungsanspruch steht auch den gewerblichen Verbänden zu. Auf der Verbraucherseite finden wir dagegen nur eine

---

29) S. § 13 Abs. 1-3.

30) S. die Nachweise bei Schricker, GRUR Int. 1970, 32, 33 f.

Verbandsklage; der einzelne Verbraucher kann weder Unterlassungs- noch Schadensersatzansprüche geltend machen<sup>31)</sup>. Nach langem Hin und Her hat man dem Verbraucher 1986 zusätzlich noch ein Rücktrittsrecht bei Verträgen gegeben, die durch qualifizierte irreführende Werbung angebahnt wurden<sup>32)</sup>; das Rücktrittsrecht wird aber nur sehr selten geltend gemacht. Das öffentliche Interesse schließlich kommt bei den Sanktionen allenfalls in den wenigen Strafvorschriften zum Ausdruck; in der Praxis besitzen sie aber kaum Bedeutung. Die Unvollkommenheit des Sanktionsinstrumentariums wird meist damit entschuldigt, daß der wichtigste Rechtsbehelf, die Unterlassungsklage, praktisch zugunsten aller Interessierten wirkt, so daß es genügt, wenn man den prozeßfreudigeren Mitbewerbern das Klagerecht gibt; seine Ausübung wirkt auch zugunsten der Verbraucher, die oft Hemmungen haben, selbst zu Gericht zu gehen und ein eigenes Unterlassungsklagerecht wohl gar nicht in erheblichem Umfang ausüben würden.

Die Verbindung von Wettbewerberschutz, Verbraucherschutz und Schutz der Allgemeinheit bildet eine Konsequenz der Erkenntnis, daß diese Interessen ineinandergreifen und daß es deshalb wenig sinnvoll ist, sie zu trennen und unterschiedlichen Gesetzen zuzuweisen. Eine zufriedenstellende Regelung der Vorgänge auf einem Markt läßt sich vielmehr nur erreichen, wenn man die Interessen aller Marktbeteiligten in Rechnung stellt. Diese Auffassung hat sich auch in anderen Ländern durchgesetzt; integrierte Systeme des Wettbewerber- und Verbraucherschutzes finden wir beispielsweise in Belgien, Dänemark und Spanien. Moderne Gesetze scheuen sich dabei nicht, ihre Schutzzwecke ausdrücklich zu benennen. So lesen wir zum Beispiel in Art. 1 des neuen spanischen Gesetzes gegen unlauteren Wettbewerb von 1991:

“Das vorliegende Gesetz hat im Interesse aller Marktteilnehmer den Schutz des Wettbewerbs zum Ziel und statuiert zu diesem Zweck des Verbot unlauterer Wettbewerbshandlungen.”

Diese Schutzzweckdeklaration findet ihr Vorbild in Art. 1 der EWG-Richtlinie über irreführende Werbung. Die Richtlinie legt darin ein klares Bekenntnis zur integrierten Konzeption ab. Art. 1 lautet:

---

31) Die Frage ist freilich strittig, vgl. zuletzt Scherer, WRP 1992, 607 ff. Mit der Ablehnung eines Verbraucherschadensersatzanspruchs durch den BGH (s. BGH, NJW 1974, 1503 – Prüfzeichen) und der Weigerung des Gesetzgebers, einen solchen Anspruch einzuführen, sind die Chancen allerdings gering, daß sich die Praxis doch verbraucherfreundlicher einstellen könnte.

32) § 13a UWG.

“Zweck dieser Richtlinie ist der Schutz der Verbraucher, der 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.”

Daneben gibt es freilich immer noch Länder, die Wettbewerberschutz und Verbraucherschutz auseinanderhalten und in getrennten Gesetzen regeln. So existiert in Griechenland seit langem ein Gesetz gegen unlauteren Wettbewerb, das zwar nach dem Modell des deutschen Gesetzes erlassen wurde, eine Verbraucherklage jedoch nicht enthält<sup>33)</sup>. Zur Umsetzung der EG-Richtlinie über irreführende Werbung wurde 1991 ein Verbraucherschutzgesetz<sup>34)</sup> erlassen, das nach seinem Art. 1 allein dem Verbraucherschutz dienen soll. Das alte Gesetz gegen unlauteren Wettbewerb besteht daneben aber weiter. Die Konsequenz dieser nicht-integrierten Regelungstechnik besteht darin, daß es nunmehr zweierlei Vorschriften zum Beispiel gegen irreführende Werbung, Anschwärzung und Hervorrufen von Verwechslungsgefahr gibt, nämlich sowohl im Gesetz gegen unlauteren Wettbewerb als auch im Verbraucherschutzgesetz. Auslegung und Koordination beider Regelungen dürften zu schwierigen Problemen führen.

Die integrierte Konzeption eines Schutzes der Wettbewerber, Verbraucher und der Allgemeinheit scheint mir deshalb den Vorzug zu verdienen; international dürfte sie im Vordringen begriffen sein. Sie hat freilich Folgen für die Definition des Anwendungsbereichs und allgemein für die Funktion der einschlägigen Regelungen. Die Gesetze gegen unlauteren Wettbewerb pflegen auf Wettbewerbshandlungen anwendbar zu sein; Täter und Opfer müssen durch ein Wettbewerbsverhältnis verbunden sein; die angegriffene Handlung muß der Förderung des Wettbewerbs dienen. Dieser Bezug auf den Wettbewerb mag sinnvoll sein, soweit es um den Schutz der Wettbewerber geht. Für den Schutz der Verbraucher und der Allgemeinheit erscheint die Begrenzung des Anwendungsbereiches auf Wettbewerbshandlungen dagegen nicht sachgerecht. Wird ein Verbraucher durch eine Geschäftspraktik geschädigt oder greift sie in Belange der Allgemeinheit ein, so ist es unerheblich, ob es sich dabei um einen wettbewerbliehen Vorgang handelt und wem gegenüber ein Wettbewerbsverhältnis besteht. Auch sprechen die zunehmende Diversifizierung und branchenübergreifenden Aktivitäten in den heutigen Unternehmensstrategien gegen eine

---

33) Gesetz 146/1914 gegen den unlauteren Wettbewerb; englischer Text bei Rokas/Perakis, in v.Kalinowski (Hrsg.), *World Law of Competition, Greece*, Appendix II, 1983.

34) S. oben Fußn. 18.

Beibehaltung der Anknüpfung an den Wettbewerb<sup>35)</sup>.

In neueren Gesetzen wird deshalb konsequent auf das Element der Wettbewerbshandlung verzichtet. So ist man in Belgien schon 1971 dazu übergegangen, das Wettbewerbsrecht durch ein Gesetz über Handelspraktiken zu ersetzen<sup>36)</sup>. In den nordischen Ländern, in denen man besondere Sorge auf den Verbraucherschutz verwendet, wurden die Gesetze gegen unlauteren Wettbewerb durch Gesetze über das Marktverhalten abgelöst<sup>37)</sup>. Auch die EWG-Richtlinie über irreführende Werbung hat sich von der Voraussetzung des Wettbewerbsverhältnisses gelöst. Ihr Anwendungsbereich ist derjenige der Werbung; "Werbung" wird in Art. 2 Nr. 1 definiert 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 ... zu fördern."

In Weiterführung dieser Definition könnte man sagen, daß Anwendungsbereich des Marktverhaltensrechts im modernen Sinne die gesamte dem Absatz in Handel, Gewerbe, Handwerk und freien Berufen dienende Tätigkeit bildet. Das Recht des unlauteren Wettbewerbs würde sich so zum Recht einer umfassenden Marktverhaltenskontrolle umwandeln. Für manche Unlauterkeitstatbestände würde der Wettbewerbsbezug noch seine Bedeutung behalten, etwa wenn es darauf ankommt, ob ein spezifischer Angriff auf einen bestimmten Konkurrenten vorliegt. Allgemein gesehen würde ein Wettbewerbsverhältnis aber nicht mehr vorausgesetzt werden.

Die Abgrenzung zum Kartellrecht würde bei dieser Erweiterung des Lauterkeitsrechtes allerdings schwieriger werden; eine Zusammenfassung beider Rechtsgebiete könnte nahegelegt werden. Bestehen bleiben sollte jedoch der unterschiedliche Akzent bei der Sanktionierung: Bei der Bekämpfung des unlauteren Marktverhaltens erscheint die private Initiative der betroffenen Marktteilnehmer unentbehrlich, die über Klagen vor den Zivilgerichten wirksam wird. Im Kartellrecht kann man dagegen auf Behörden nicht verzichten, die überindividuelle Belange zum Tragen bringen. In beiden Bereichen könnten jedoch die Sanktionsmittel des jeweils anderen Bereiches ergänzend eingesetzt werden. In den modernen Marktgesetzen ist

---

35) Die Kritik am Merkmal des Wettbewerbsverhältnisses ist in Deutschland verbreitet, s. die Nachweise bei Baumbach/Hefermehl, Wettbewerbsrecht, 16. Aufl., Einl. UWG, Rdnr. 247.

36) S. dazu Schricker, GRUR Int. 1972, 184 ff. Inzwischen gilt das Gesetz über Handelspraktiken und die Information und den Schutz des Verbrauchers von 1991, s. Fußn. 17.

37) S. z.B. zur schwedischen Entwicklung umfassend — und kritisch — Treis, Recht des unlauteren Wettbewerbs und Marktvertriebsrecht in Schweden, 1991.

dies schon weitgehend verwirklicht, wenn etwa im belgischen Gesetz über Handelspraktiken eine Klage des zuständigen Ministers vorgesehen ist<sup>38)</sup> oder wenn nach den nordischen Gesetzen ein besonderer Amtsträger, der Konsumentombudsmann, bestellt ist, die Interessen der Verbraucher wahrzunehmen<sup>39)</sup>. Die Entwicklung berührt sich hier mit dem vom Antitrustrecht ausgehenden Modell einer Trade Commission, die sowohl gegen Kartellverstöße als auch gegen unlauteren Wettbewerb vorzugehen berufen ist. Dieses aus den USA stammende Modell ist unlängst im Vereinigten Königreich<sup>40)</sup> und in Italien<sup>41)</sup> eingeführt worden, man kennt es ja auch in Japan<sup>42)</sup>. In Italien — wie auch in Japan — tritt es allerdings zusätzlich zum traditionellen System der Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs durch Klagen vor den Zivilgerichten; ihre Zuständigkeit soll nach der italienischen Gesetzesverordnung von 1992 ausdrücklich unberührt bleiben. In dieser Regelung spiegelt sich wohl eine gewisse Skepsis gegenüber dem Behördenmodell wieder: Nach europäischen Erfahrungen dürfte eine zentrale Behörde allein nicht in der Lage sein, für eine ausreichende Bekämpfung unlauterer Marktpraktiken zu sorgen; die private Initiative der zivilgerichtlichen Rechtsverfolgung kann hierdurch nicht ersetzt werden.

## 2. Einzelne Tatbestände unlauteren Marktverhaltens

### a) Allgemeines

Nach diesen Bemerkungen zu einigen grundsätzlichen Fragen im Recht des unlauteren Wettbewerbs wollen wir uns nun den einzelnen Fallgruppen zuwenden. Das Wirtschaftsleben ist kreativ und phantasievoll; das gilt-leider-auch für den unlauteren Wettbewerb. Wer sich theoretisch damit befaßt, sieht sich einer großen Fülle verschiedenartiger Wettbewerbshandlungen gegenüber, und es werden immer neue Praktiken erfunden, bei denen sich dem Juristen die Frage stellt, ob sie noch hinzunehmen sind oder ob sie schon als unlauter bekämpft werden müssen. Im folgenden seien einige wichtige Fallgruppen ausgewählt, bei denen es Neues von der europäischen Rechtsentwicklung zu berichten gibt. Im einzelnen geht es um folgende Fallgruppen:

– die irreführende Werbung;

---

38) Art. 98 Nr. 2.

39) S. zum schwedischen Recht Treis (Fußn. 37) S. 33 ff.

40) S. oben Fußn. 21.

41) S. oben Fußn. 19.

42) Gesetz Nr. 54 über das Verbot privater Monopolisierung und die Sicherung des lautereren Handels vom 14. April 1947, zuletzt geändert durch Gesetz Nr. 42 (1991). Vgl. auch Rahn, Das Japanische am japanischen UWG, GRUR Int. 1992, 362.

- die vergleichende Werbung;
- die getarnte Werbung;
- die sklavische Nachahmung;
- die Preisunterbietung.

#### b) Irreführende Werbung

Von irreführender Werbung spricht man, wenn ein Anbieter über seine Waren oder Dienstleistungen, sein Unternehmen, seine Preise oder sonstige Faktoren seiner geschäftlichen Sphäre Angaben macht, die bei den Abnehmern Vorstellungen erwecken, die mit der Realität nicht in Einklang stehen und geeignet sind, die Abnehmer für den betreffenden Anbieter günstig zu stimmen. Die irreführende Werbung bringt die Abnehmer, insbesondere die privaten Letztverbraucher, in Gefahr, ungünstige Geschäfte abzuschließen. Die Mitbewerber müssen befürchten, Kunden zu verlieren. Das Funktionieren des Wettbewerbs wird zum Nachteil der Allgemeinheit gestört, wenn sich nicht der beste Anbieter durchsetzt, sondern derjenige, der am besten lügen kann.

Die irreführende Werbung gilt deshalb allgemein als unlauterer Wettbewerb<sup>43)</sup>. Gleichwohl ist ein entsprechender Tatbestand in das internationale Recht, das heißt in Art. 10<sup>bis</sup> der Pariser Verbandsübereinkunft erst relativ spät, nämlich auf der Lisaboner Revisionskonferenz von 1958, eingeführt worden. Diese Verzögerung ist symptomatisch: Trotz der generellen Mißbilligung der irreführenden Werbung gehen die Vorstellungen darüber, wieviel an Unwahrheit in der Werbung zu tolerieren ist und unter welchen Voraussetzungen von einer rechtserheblichen Irreführung gesprochen werden kann, in den Verbandsländern stark auseinander. Denn die Werbung neigt zur Übertreibung. Um Aufmerksamkeit zu finden, muß sie das Publikum mit kräftigen Farben, attraktiven Slogans und effektvollen Bildern ansprechen. Die Verständnismöglichkeiten der Abnehmer sind unterschiedlich; auch wahre Angaben werden oft mißverstanden.

Eine extreme Strenge in der Wertung ist für die deutsche Rechtsprechung<sup>44)</sup> charakteristisch: Schon die Möglichkeit irriger Eindrücke bei kleinen Teilen des Abnehmerpublikums genügt für eine Verurteilung; auch unvollständige Angaben, ja sogar die Vorenthaltung von Informationen können als Irreführung verfolgt werden. In Deutschland bildet die irreführende Werbung den häufigsten Fall unlauteren Wettbewerbs; rund ein Drittel aller Verfahren betrifft diese Fallgruppe. Extrem tolerant ist

---

43) S. zum rechtsvergleichenden Überblick Schrickler, GRUR Int. 1990, 112, 115 ff.

44) S. für eine kurze Charakteristik dieser Haltung und zu ihren Gründen Schrickler, GRUR Int. 1990, 112, 115 f.

dagegen die italienische<sup>45)</sup> und englische<sup>46)</sup> Praxis; dort werden unrichtige Angaben in großem Umfang als unschädliche Übertreibung oder Marktschreierei — in England “puffing” genannt — ohne weiteres zugelassen.

Bei näherer Betrachtung zeigt sich, daß zwei Faktoren für diese Unterschiede in der Praxis von Bedeutung sind, die eng miteinander zusammenhängen: ein materiellrechtliches Kriterium und ein Element des Beweisrechtes. In Deutschland wird der Beweis der Verkehrsauffassung durch demoskopische Umfragen zugelassen, das heißt man arbeitet mit Mitteln der empirischen Soziologie<sup>47)</sup>. Es werden im konkreten Fall etwa 1000 repräsentativ ausgewählte Verbraucher durch ein Umfrageinstitut in Interviews befragt, wie sie die Werbung verstehen; danach läßt sich ein bestimmter Prozentsatz der Irreführung errechnen. Das Ergebnis der Umfrage wird als Sachverständigenbeweis in den Prozeß eingeführt. Eine materiellrechtliche Frage ist dann, von welchem Prozentsatz an die Irreführung rechtserheblich sein soll. Die deutsche Praxis geht davon aus, daß die Eingriffsschwelle regelmäßig bei etwa 10% liegt. Das bedeutet, daß man nicht auf den Durchschnittsverbraucher abstellt, sondern auch unterdurchschnittlich begabte und erfahrene Verbraucher schützt, die den Versprechungen der Werbung leicht Glauben schenken. Das Ergebnis ist eine realistische, aber auch strenge Praxis.

In anderen europäischen Ländern, insbesondere in Italien und im Vereinigten Königreich wird das Beweismittel der demoskopischen Umfragegutachten dagegen nicht verwendet. Nach dem angelsächsischen Beweisrecht wäre es wohl allenfalls zulässig, die 1000 Testpersonen als Zeugen zu hören; das Gutachten des Umfrageinstituts dürfte als unzulässiges “Zeugnis vom Hörensagen” behandelt werden. In der Praxis beurteilen die Richter die irreführende Werbung nach ihrer eigenen Lebenserfahrung<sup>48)</sup>. Sie gehen dabei von der Reaktion der fiktiven Figur eines “Durchschnittsverbrauchers” aus oder eines “vernünftigen Verbrauchers” oder — wie im französischen Recht — des “guten Familienvaters”, der nicht leicht bereit ist, Geld auszugeben. Im Ergebnis identifiziert sich die Perspektive des “Durchschnittsverbrauchers” mit dem eigenen Vorstellungsbild des Richters, der ein “aufgeklärter”,

---

45) Vgl. Schricker, GRUR Int. 1990, 112, 116 f.

46) Vgl. Schricker, GRUR Int. 1990, 112, 118 f.

47) Die juristische Literatur zum Beweismittel der Demoskopie ist umfangreich, s. nur die Monographien von Böhm, Demoskopische Gutachten als Beweismittel in Wettbewerbsprozessen, 1985; Knaak, Demoskopische Umfragen in der Praxis des Wettbewerbs- und Warenzeichenrechts, 1986; Th.W. Müller, Die demoskopische Ermittlung der Verkehrsauffassung im Rahmen von § 3 UWG, 1987.

48) S. dazu Schricker, GRUR Int. 1990, 112, 116 (für Italien), 118 (für England), 120 (für Frankreich), jeweils mit weiteren Nachweisen.

das heißt gebildeter und erfahrener Konsument ist und nicht leicht getäuscht wird. Hieraus erklärt sich die Toleranz gegenüber der übertriebenen Werbung. In Italien zum Beispiel gehen die Gerichte in ständiger Rechtsprechung davon aus, daß der Verbraucher skeptisch und vorsichtig und damit gegenüber den Versprechungen der Werbung resistent sei. In der Rechtslehre hat man dazu kritisch bemerkt, daß diese Annahme zwar dem Nationalstolz schmeichle, aber vielleicht doch auf schwachen Füßen stehe. Wenn die Verbraucher der Werbung generell nicht glaubten, sei doch verwunderlich, daß die Wirtschaft nach wie vor riesige Summen für die Werbung ausbe.

Die geschilderten Unterschiede in der Praxis haben dazu geführt, daß man versucht hat, das Recht zur Bekämpfung der irreführenden Werbung in der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft zu harmonisieren: Die Richtlinie über irreführende Werbung von 1984 hat sich diese Aufgabe gestellt. Was hat diese Richtlinie erreicht? Die Bilanz ist mager. Die Richtlinie begnügt sich mit einem Minimalstandard; sie erlaubt es den Mitgliedstaaten, ihr strengeres nationales Recht beizubehalten. Eine Reihe von Mitgliedstaaten wie Dänemark, Deutschland, Frankreich und die Niederlande gehen davon aus, daß ihr Recht der Richtlinie entspricht oder strenger ist, so daß es einer Gesetzesänderung nicht bedarf<sup>49)</sup>. In Belgien, Griechenland, Italien, Spanien und im Vereinigten Königreich hat man dagegen, wie bereits erwähnt, Gesetze zur Umsetzung der Richtlinie erlassen. Sie haben im allgemeinen die Definition der irreführenden Werbung aus der Richtlinie übernommen. Danach ist irreführende Werbung

“jede Werbung, die 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”<sup>50)</sup>.

Der eigentliche Kern dieser Definition ist der Satz, daß irreführende Werbung diejenige Werbung ist, die geeignet ist, irrezuführen; im Ergebnis kommt die Definition einem Zirkelschluß zumindest nahe. Die beiden kritischen Punkte, aus denen sich die Rechtsverschiedenheiten im wesentlichen erklären — das heißt der für die Relevanz der Irreführung entscheidende Prozentsatz irreführender Abnehmer und die

---

49) S. für Frankreich und für Deutschland Schrickler, GRUR Int. 1990, 112, 120 f., s. ferner für Dänemark und die Niederlande Schrickler, GRUR Int. 1990, 771, 772, FN 11.

50) Art. 2 Nr. 2 der Richtlinie.



Art des Beweises der Verkehrsvorstellungen — werden in der Richtlinie nicht geregelt. Die deutsche Rechtsprechung kann deshalb weiter aufgrund demoskopischer Gutachten Verbote aussprechen, wenn auch nur 10% der Abnehmer täuschungsgefährdet sind; die italienische und englische Praxis kann bei der stereotypen Feststellung stehenbleiben, daß der Durchschnittsverbraucher nicht leicht getäuscht werde, die Werbung deshalb toleriert werden könne, auch wenn sie sich nicht an die Wahrheit hält.

Man kann hier nur darauf hoffen, daß mit der Zeit sich das Rechtsprechungsklima ändert; daß die Gerichte zunehmend auch über ausländische Urteile informiert werden und daß sie langsam zu einer gemeinsamen europäischen Linie finden. Auch mag der Europäische Gerichtshof von Fall zu Fall die Gelegenheit haben, sich zum Irreführungsstandard zu äußern, wobei wohl zu erwarten ist, daß er eher der toleranteren Auffassung folgen wird<sup>51)</sup>.

Insgesamt bildet die Richtlinie über die irreführende Werbung ein gutes Beispiel für die Grenzen der Rechtsangleichung: Die Art, wie die nationalen Gerichte ihre Überzeugung bilden, läßt sich durch Richtlinien schwer harmonisieren; für die Rechtsverschiedenheiten ist sie aber oft die wesentliche Ursache.

### c) Vergleichende Werbung

Wenn jemand in der Werbung behauptet, seine Waren seien besser als diejenigen eines Konkurrenten, seine Preise lägen niedriger oder sein Unternehmen sei größer, so liegt sicher unlauterer Wettbewerb vor, wenn der Vergleich unrichtig oder irreführend ist. Unterschiedlich wird in den Ländern Europas dagegen die Frage beurteilt, ob auch die der Wahrheit entsprechende vergleichende Werbung als unlauter zu beurteilen ist, der Fall also, daß die Ware des Werbenden wirklich besser, sein Preis niedriger oder sein Unternehmen größer ist. Die Palette reicht hier vom generellen Verbotsgrundsatz — etwa in Belgien und Italien — über mancherlei vermittelnde Lösungen (Deutschland, Niederlande, Schweiz) bis hin zum Grundsatz der Erlaubtheit

---

51) S. allgemein zur Praxis des Gerichtshofs in Auslegung vor allem des den freien Warenverkehr schützenden Art. 30 EWGV gegenüber Beschränkungen durch die staatliche Gesetzgebung Schrickler, GRUR Int. 1992, 347, 354 ff. Die jüngste einschlägige Entscheidung des EuGH (vom 16.1.1992, RS C 373/90 – Nissan, Auszug in EWIR 1992, 719) will es zwar im Einzelfall der Rechtsprechung überlassen zu prüfen, ob eine Werbung gemäß § 3 UWG irreführend ist; ein Verbot sei jedoch nur gerechtfertigt, wenn die Werbung geeignet sei, die Kaufentscheidung eines nicht unerheblichen Teiles der Verbraucher nachweislich zu beeinflussen (Es ging um eine Werbung in Frankreich für aus Belgien parallel importierte Kraftfahrzeuge, die als "billigere Neuwagen" angepriesen wurden, wobei verschwiegen wurde, daß sie in Belgien - ohne in Betrieb genommen worden zu sein - bereits zugelassen waren, und daß ihre Ausstattung geringwertiger war, als bei den von Nissan für den französischen Markt bestimmten Modellen).

(Dänemark, Frankreich, Österreich, Schweden, Vereinigtes Königreich)<sup>52)</sup>.

Zugunsten des Verbots wird argumentiert, daß Ruf und Ansehen des betroffenen Mitbewerbers geschädigt würden; daß er es nicht hinzunehmen brauche, als Sprungbrett für die Werbung eines anderen zu dienen; und daß allgemein die Aggression in der Werbung zu vermeiden sei. Für die Zulässigkeit sprechen das Interesse der Abnehmer an wahrheitsgemäßer Information, das Interesse der Allgemeinheit an Markttransparenz und am freien und intensiven Wettbewerb, sowie das Grund- und Menschenrecht der Meinungsäußerungsfreiheit, das heute auch zugunsten der Werbung ins Feld geführt wird. Während bei der irreführenden Werbung Anbieter- und Abnehmerinteressen parallel laufen und beide für ein Verbot sprechen, ergibt sich bei der wahrheitsgemäßen vergleichenden Werbung die Besonderheit, daß die Abnehmerinteressen sich auf die Zulässigkeit richten, während im Sinne der Anbieterinteressen eher ein Verbot liegt. Hier muß man die gegenläufigen Interessen abwägen und werten, um zu einem Ergebnis zu gelangen<sup>53)</sup>.

Wegen der interessanten Problematik, die sich mit ihr verbindet, ist die vergleichende Werbung zu einem der meistdiskutierten Probleme im Recht des unlauteren Wettbewerbs geworden. Allein in Deutschland sind seit 1950 rund 30 Dissertationen und Monographien zum Thema erschienen und eine große Fülle von Aufsätzen; etwa 100 Entscheidungen des Bundesgerichtshofs beschäftigen sich damit<sup>54)</sup>. Mehrfach wurden Gesetzesvorschläge gemacht; seit Jahrzehnten ist die Zulassung der wahrheitsgemäßen vergleichenden Werbung ein wichtiges Postulat der Verbraucherpolitik.

Rechtsvergleichend betrachtet läßt sich eine deutliche Bewegung vom Verbotsgrundsatz hin zur Zulässigkeit beobachten. So wurden in Österreich Preisvergleiche durch Gesetz für zulässig erklärt; der oberste Gerichtshof hat daraufhin entschieden, daß auch die sonstige vergleichende Werbung erlaubt sein müsse<sup>55)</sup>. In Frankreich ist das Zusammenspiel von Gericht und Gesetzgeber in umgekehrter Richtung gelaufen: zunächst hat der Kassationshof die Preisvergleiche als tolerabel beurteilt; durch ein Gesetz zur Verstärkung des Verbraucherschutzes von 1992 wurde die vergleichende Werbung dann allgemein erlaubt<sup>56)</sup>.

---

52) S. aus der neueren rechtsvergleichenden Literatur Hudelmaier, Die neuere Praxis zur vergleichenden Werbung in Deutschland, Belgien, Frankreich, Großbritannien und USA, 1990; Meyer, Die kritisierende vergleichende Werbung, 1991, S. 284 ff.

53) S. im einzelnen Schrickler, AcP 170 (1970) 203 ff.

54) S. nur die Literaturverzeichnisse und die zitierte Judikatur in den in Fußn. 52 angeführten Werken.

55) So die UWG-Novelle von 1988, s. dazu Meyer (Fußn. 52), S. 309 f.; OGH, GRUR Int. 1991, 225.

56) Cass. GRUR Int. 1987, 598; Art. 10 des Gesetzes Nr. 92-60 vom 18.1.1992 zur Verstärkung des Verbraucherschutzes, GRUR Int. 1992, 451.

Im Sommer 1991 hat die EG-Kommission den Vorschlag einer Richtlinie über vergleichende Werbung vorgelegt<sup>57)</sup>. Das Ziel der Regelung ist die Liberalisierung im Interesse der Verbraucher. Demgemäß beginnt der Regelungsvorschlag mit dem für ein Gesetz über unlauteren Wettbewerb unüblichen Satz:

“Vergleichende Werbung ist zulässig”.

Es folgt ein Katalog von Kriterien und Ausnahmen, der — etwas vereinfacht — folgende Schranken zieht:

- der Vergleich muß sich auf wesentliche, sachliche, nachprüfbare und loyal ausgewählte Eigenschaften von Erzeugnissen oder Dienstleistungen eines Mitbewerbers beziehen;
- der Vergleich darf nicht irreführend sein;
- er darf nicht Verwechslungen hervorrufen;
- er darf den Mitbewerber nicht herabsetzen, verunglimpfen oder verächtlich machen;
- er darf nicht hauptsächlich darauf abzielen, den Ruf eines Mitbewerbers auszubeuten.

Der Richtlinienvorschlag ist verbreitet auf Kritik gestoßen<sup>58)</sup>; entschieden abgelehnt wird er zum Beispiel von den Verbänden der deutschen Wirtschaft. Im Schrifttum halten manche den Entwurf für zu eng; so erfaßt der Vorschlag nur den Vergleich von Waren und Dienstleistungen, nicht auch den für die Praxis besonders wichtigen Vergleich der Preise. Für andere geht der Vorschlag viel zu weit. In der Tat ist die vergleichende Werbung extensiv als “jede Werbung” definiert, “die unmittelbar oder mittelbar einen Mitbewerber ... erkennbar macht”. Damit wird nicht nur der kritisierende Vergleich erfaßt, das heißt die Behauptung “meine Ware ist besser als die Ware der Konkurrenten”, sondern auch die sogenannte anlehrende Bezugnahme, das heißt zum Beispiel die Behauptung, “meine Ware ist ebenso gut wie die bekannte Ware des Konkurrenten”. Nach seiner Begründung will der Richtlinienvorschlag in der Tat neu auf den Markt tretenden oder sonst noch nicht bekannten Unternehmen die Chance geben, “die großen Marken herauszufordern”, das heißt sich durch vergleichende

---

57) Vorschlag für eine Richtlinie des Rates über vergleichende Werbung und zur Änderung der Richtlinie 84/450/EWG über irreführende Werbung, GRUR Int. 1991, 635.

58) S. im einzelnen Schrickler, GRUR Int. 1992, 347, 352 ff.

Bezugnahmen an deren guten Ruf anzuhängen; dies gefällt der Markenartikelindustrie natürlich wenig. Allgemein krankt der Richtlinienvorschlag daran, daß er nur einen Teilaspekt aus dem Bereich der unlauteren Werbung herausgreift. Die Abgrenzung der vergleichenden Werbung von der Anschwärzung, dem Hervorrufen von Verwechslungsgefahr und der Rufausbeutung bleibt unklar, solange diese Tatbestände unlauteren Wettbewerbs nicht im Gemeinschaftsrecht behandelt werden. Man kann schwer für eine Ausnahme Gesetzesvorschriften erlassen, solange die Regel nicht Gegenstand der Gesetzgebung ist. Dieser Kritik entsprechend scheint man die geplante Regelung der vergleichenden Werbung nunmehr aufschieben zu wollen, um sich zuvor über eine Gesamtregelung des unlauteren Wettbewerbs Gedanken zu machen. Im Ergebnis ist eine Liberalisierung der vergleichenden Werbung aber zu befürworten.

#### d) Getarnte Werbung

Es ist eine allgemein anerkannte Grundregel des Wettbewerbsrechtes, daß Werbung als solche erkennbar sein muß: Der Abnehmer muß die Möglichkeit haben, die Werbung von der neutralen Information zu unterscheiden, um sie als eine einseitige Anpreisung mit Vorsicht aufzunehmen und das Für und Wider zu erwägen. Im Bereich der Zeitungen und Zeitschriften hat sich deshalb der Grundsatz herausgebildet, daß Werbung und redaktioneller Teil getrennt werden müssen und daß die Werbung als solche kenntlich gemacht werden muß. Dieses Prinzip der Trennung und Erkennbarkeit der Werbung ist Gegenstand selbstdisziplinärer Regelungen; es wird aber auch von den Gerichten in Anwendung der Generalklausel unlauteren Wettbewerbs als rechtliches Gebot den Werbenden und ihren Medien auferlegt<sup>59)</sup>.

Neue Aktualität hat das Problem der getarnten Werbung bei den Rundfunkmedien gewonnen, und insbesondere im Bereich der Fernsehwerbung. Die Zuschauer sind der Fernsehwerbung müde geworden; stehen Werbesendungen auf dem Programm, so schalten sie ihr Fernsehgerät aus oder gehen zu einem anderen Sender über. Wie kann man, so fragen sich die Sendeunternehmen, die Zuschauer zwingen, auch die Werbung anzusehen, mit der man so viel Geld verdienen kann? Die Antwort lautet, daß man Werbung und sonstiges Programm vermischen muß; am besten versteckt man die Werbung, so daß die Zuschauer sie gar nicht als solche erkennen und ihr somit auch nicht ausweichen können.

---

59) S. zum deutschen Recht ausführlich Baumbach/Hefermehl, Wettbewerbsrecht, 16. Aufl., § 1 UWG, Rdnr. 27 ff.

Man bezeichnet diese Praxis als "Product placement"<sup>60)</sup>. In Fernsehspielen, Kriminalserien und anderen Unterhaltungssendungen werden bestimmte Markenartikel so in Szene gesetzt, daß sich die Aufmerksamkeit auf sie richtet und daß die Zuschauer für sie möglichst positiv motiviert werden. Der Held oder die Heldin der Handlung, der allseits verehrte Star, mit dem sich die Zuschauer unbewußt identifizieren, raucht in der Sendung ostentativ eine bestimmte Zigarettenmarke, genießt einen bestimmten Whisky und fährt ein Auto bestimmten Fabrikats. Das Image des Stars überträgt sich so auf die Markenartikel, die er konsumiert. Daß dies bezahlte Werbung ist, erkennt der Zuschauer nicht; die Werbung ist perfekt getarnt.

Gegen den Vorwurf unlauteren Wettbewerbs, der diesen Praktiken zu machen ist, wird eingewendet, daß in einem Film, der die Welt ja zeigen soll wie sie ist, die Stars doch irgendwelche Markenartikel konsumieren müssen, wie dies im Leben auch geschieht. Dann sei es aber nicht unzulässig, diejenigen Markenartikel als Requisiten zu wählen, für deren Einsatz etwas bezahlt wird oder die man zu Werbezwecken kostenlos zur Verfügung gestellt bekommt. Der Einwand überzeugt nicht. Wenn man wirklich die Realität zeigen wollte, dürfte man nicht einseitig die Markenartikel auswählen, die Geld für Product Placement-Werbung bezahlen; die Markenartikel dürften auch nicht in ein lediglich vorteilhaftes Licht gestellt werden; es müßten auch Pannen und Nachteile, Konsumkritik und -überdruß zum Ausdruck kommen, wie sie in unserer Gesellschaft verbreitet sind. Product Placement korrumpiert und verführt dazu, daß der Werbezweck das Dargestellte beeinflusst.

Im Ergebnis erscheint es deshalb richtig, auch bei der Fernsehwerbung am Prinzip der Trennung und Erkennbarkeit der Werbung festzuhalten. Dies ist auch der Standpunkt der Fernsehrichtlinie der EWG von 1989. In Deutschland, wo zeitweilig sogar öffentlich-rechtliche Rundfunkanstalten dem Product Placement Raum gegeben hatten, hat man entsprechende Vorschriften eingeführt; der Grundsatz, daß Werbung nicht in getarnter Form veranstaltet werden darf, ist auch für die Rundfunkmedien bekräftigt werden<sup>61)</sup>.

Das Product Placement scheint allerdings dennoch nicht ganz tot zu sein; es tritt nunmehr in Kinofilmen in Erscheinung<sup>62)</sup>. Es ist der Nachteil einer medienspezifischen Regelung, wie der Fernsehrichtlinie, daß die durch sie verbotenen Mißbräuche in andere Bereiche abwandern. Die EWG sollte deshalb ein allgemeines Verbot der getarnten Werbung einführen, wie es etwa im griechischen Verbraucherschutzgesetz

---

60) S. zu Erscheinungsformen und Beurteilung Henning-Bodewig, GRUR 1988, 867 ff.; Rüggeberg, GRUR 1988, 873 ff.

61) Baumbach/Hefermehl, § 1, Rdnr. 40, 43.

62) Henning-Bodewig, ZUM 1988, 263 ff.

von 1991<sup>63)</sup> und in der italienischen Gesetzesverordnung von 1992<sup>64)</sup> enthalten ist.

e) Sklavische Nachahmung

Zu den alten, stets aufs Neue diskutierten Streitfragen des Rechts des unlauteren Wettbewerbs gehört die sogenannte sklavische Nachahmung<sup>65)</sup>. Bei der Beurteilung geht man im allgemeinen vom Grundsatz der freien Nachahmbarkeit aus: Was nicht durch Sonderschutzrechte, wie Patent-, Muster- und Urheberrecht, geschützt ist, soll im Interesse der Wettbewerbsfreiheit für eine Übernahme durch die Konkurrenz zur Verfügung stehen, selbst wenn die Nachbildung durch Abformen oder maßstabsgetreuen Nachbau erfolgt. Als unlauterer Wettbewerb soll die Nachahmung erst bei Vorliegen besonderer Umstände gewertet werden, so insbesondere bei Erschleichung des Vorbildes oder Vertrauensbruch oder bei vermeidbarer Herkunftstäuschung. Diesem toleranten Standpunkt tritt jedoch eine schutzfreundlichere Haltung gegenüber, die insbesondere bei besonders intensiven und direkten Nachahmungshandlungen qualifizierter Erzeugnisse eine Unlauterkeit annimmt und den Gedanken des Investitionsschutzes betont<sup>66)</sup>. Während bis in die siebziger Jahre der Grundsatz der freien Nachahmbarkeit herrschte, wird in neuerer Zeit vielfach eine Stärkung des wettbewerbsrechtlichen Nachahmungsschutzes gefordert. Man verweist vor allem auf die Pirateriebewegung und die Bedeutung des Investitionsschutzes in der Weltwirtschaft. Im Sinne dieses neuen rechtspolitischen Denkens liegt nicht nur die Stärkung der gewerblichen Schutzrechte und des Urheberrechts sowie die Schaffung neuer Leistungsschutzrechte, sondern auch die Verbesserung des wettbewerbsrechtlichen Schutzes gegen Produktimitationen.

Im nationalen Recht sind ausdrückliche Vorschriften über die sklavische Nachahmung selten; meist wird die Generalklausel des unlauteren Wettbewerbs zur Beurteilung herangezogen. Ein Beispiel für den Versuch einer Reduktion der unlauteren sklavischen Nachahmung auf einen Fall des Hervorrufens von Verwechslungen liefert Art. 2598 Nr. 1 des italienischen Codice Civile. Die Praxis hat jedoch gezeigt, daß eine Bekämpfung lediglich der zu Verwechslungen führenden Nachahmungen dem Schutzbedürfnis nicht genügt; die italienische Rechtsprechung hat daraufhin auch sonstige Fälle wegen besonderer Intensität der Nachahmung als "concorrenza paras-

---

63) Art. 19b, 20a des Verbraucherschutzgesetzes von 1991.

64) Art. 4 der GesetzesVO Nr. 74 vom 25.1.1992.

65) S. zum deutschen Recht ausführlich Baumbach/Hefermehl, § 1, Rdnr. 438 ff.

66) S. z.B. Krüger, GRUR 1986, 115 ff.; Quiring, WRP 1985, 684 ff.; Wey, GRUR 1980, 501 ff.; Hubmann, GRUR 1975, 230 ff. Vgl. auch Art. 5 des Schweizerischen Bundesgesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb vom 19.12.1986, GRUR Int. 1987, 159.

sitaria" (schmarotzerischer Wettbewerb) für unlauter erklärt<sup>67)</sup>.

Neuerdings hat das spanische Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb von 1991<sup>68)</sup> in Art. 11 eine umfassende Regelung gebracht, die freilich noch den Grundsatz der freien Nachahmbarkeit in den Vordergrund stellt. Art. 11 besagt unter der Überschrift "Nachahmungshandlungen":

"1. Die Nachahmung von fremden Leistungen und fremden unternehmerischen Initiativen ist frei, es sei denn, diese sind durch ein vom Gesetz anerkanntes Ausschließlichkeitsrecht geschützt.

2. Dessen ungeachtet gilt die Nachahmung von Leistungen eines Dritten als unlauter, wenn sie geeignet ist, in bezug auf die Leistung seitens der Verbraucher eine Assoziation zu erzeugen oder wenn sie eine ungerechtfertigte Ausnutzung des fremden Rufs oder der fremden Mühe mit sich bringt.

Die Unvermeidbarkeit der genannten Risiken einer Assoziation oder der Ausnutzung des fremden Rufs schließt die Unlauterkeit der Praktik aus.

3. Ebenso gilt die systematische Nachahmung von Leistungen und unternehmerischen Initiativen eines Mitbewerbers als unlauter, wenn diese Strategie direkt darauf abzielt, die Behauptung des Mitbewerbers am Markt zu ver- oder behindern oder über das hinausgeht, was nach den Umständen als natürliche Antwort des Marktes angesehen werden kann."

In der neueren deutschen Praxis wird — auf der Basis der wettbewerbsrechtlichen Generalklausel in § 1 UWG und ohne ausdrückliche gesetzliche Regelung — zunehmend der Gedanke des Investitionsschutzes betont. So wird etwa bei Modeschöpfungen, deren Kosten in kurzer Zeit amortisiert werden müssen, eine Nachahmung vor Ablauf der Saison verboten<sup>69)</sup>. Ebenso wird dem Verleger eines gemeinfreien Werkes eine gewisse Zeit lang die Möglichkeit der Amortisation durch Reprints gegeben, bevor Konkurrenten ein photomechanischer Nachdruck erlaubt wird<sup>70)</sup>. Die größere Strenge gegenüber der Produktnachahmung erklärt sich auch aus der zunehmenden Leichtigkeit der Kopie durch moderne technische Mittel. Man spricht hier vielfach von "unmittelbarer Leistungsübernahme"; sie wird von einer verbreiteten Meinung per se

---

67) S. dazu Ulmer/Schricker, Das Recht des unlauteren Wettbewerbs in den Mitgliedstaaten der EWG, Bd. V, Italien, Rdnr. 105 ff., 128f.

68) GRUR Int. 1991, 551.

69) Baumbach/Hefermehl, § 1, Rdnr. 512 ff.

70) BGHZ 51, 41 - Reprint.

für unlauter gehalten<sup>71)</sup>.

Insgesamt läßt sich feststellen, daß der Problemkomplex der sklavischen Nachahmung durch die aktuelle technisch-wirtschaftliche Entwicklung ein neues Gesicht erhält. Wenn die europäische Wirtschaftsgemeinschaft von Imitationen aus Drittländern, namentlich aus Schwellenländern, überschwemmt wird, die ohne eigene Aufwendungen von den Investitionen der Unternehmen der Gemeinschaft profitieren und deren Amortisation verhindern, wird für die EWG die Schaffung eines wettbewerbsrechtlichen Nachahmungsschutzes nahegelegt, der zwar am Prinzip der freien Nachahmbarkeit festhält, aber doch dafür sorgt, daß Investitionen in hochentwickelte Technologie oder ästhetisch ansprechende Gestaltungen amortisiert werden können. Ich könnte mir vorstellen, daß ein ähnliches Problem heute für das Hochtechnologie-land Japan besteht.

#### f) Preisunterbietung

Das wohl wichtigste Wettbewerbsmittel ist der Preis. Im Interesse der Abnehmer und der Allgemeinheit ist es erwünscht, daß die Wettbewerber gegenseitig ihre Preise unterbieten. Die Preisbildung ist deshalb grundsätzlich frei. Dafür sorgt auch das Kartellrecht: Es verbietet die horizontale Preisbindung durch Preiskartelle und grundsätzlich auch die vertikale Preisbindung durch Verträge, die der Hersteller mit dem Handel schließt.

Starke Preisunterbietungen werden gleichwohl von den betroffenen Konkurrenten nicht selten als unzulässige Mittel des Wettbewerbskampfes empfunden. Typisch ist etwa die Reaktion des traditionellen mittelständischen Einzelhandels, insbesondere des Lebensmitteleinzelhandels auf die niedrigen Preise moderner Formen von Großbetrieben, wie Filialgeschäften, Discountern und Supermärkten, die in Deutschland, Frankreich und anderen europäischen Ländern seit Jahrzehnten zu beobachten ist. Die Großbetriebe kaufen die riesigen Mengen, die sie absetzen, wesentlich billiger ein; ihre Läden arbeiten nach dem Prinzip der Selbstbedienung und sind rationell und kostengünstig organisiert. Der traditionelle kleine Familienbetrieb mit seiner mittelalterlich anmutenden Organisationsstruktur ist dieser Konkurrenz nicht gewachsen; die Großbetriebe sind oft in der Lage, billiger zu verkaufen als der Kleinbetrieb einkaufen kann. Die Folge ist, daß jedes Jahr viele Tausende von Kleinbetrieben ihr Geschäft aufgeben müssen, eine konsequente Folge des freien Wettbewerbs.

Die Betroffenen suchen Schutz beim Gesetzgeber; sie verlangen Schutzgesetze, das

---

71) S. dazu Baumbach/Hefermehl, § 1, Rdnr. 495 ff.



heißt rechtliche Subventionen, die dem Wettbewerbsdruck der Großen entgegenwirken sollen. Da der Mittelstand ein wichtiges Wählerpotential bildet, haben solche strukturellen Forderungen nicht selten Erfolg gehabt.

Das Recht des unlauteren Wettbewerbs hilft hier freilich kaum weiter. Der strukturell als unerwünscht empfundene Wettbewerb ist deshalb noch nicht unlauter<sup>72)</sup>. Die Preisunterbietung wird grundsätzlich als zulässig betrachtet, selbst wenn der Kaufmann die Ware unter Selbstkosten, das heißt mit Verlust abgibt. Unlauterer Wettbewerb ist erst dann anzunehmen, wenn ein Wettbewerber die Preise eines anderen Wettbewerbers planmäßig und gezielt unterbietet, um ihn aus dem Markt zu drängen und zu vernichten. Am Beispiel dieser sogenannten Vernichtungsunterbietung hat man in den dreißiger Jahren die grundlegenden Begriffe des zulässigen Leistungswettbewerbs und des unzulässigen Vernichtungswettbewerbs entwickelt. In der Praxis gibt es aber so gut wie keine Verurteilungen wegen gezielter Vernichtungsunterbietung, denn die Vernichtungsabsicht läßt sich kaum je nachweisen.

Die jüngere deutsche Rechtsprechung hat deshalb einen neuen, zusätzlichen Tatbestand der unlauteren Preisunterbietung oder Gratisabgabe von Waren herausgebildet: die sogenannte gemeinschaftsschädliche Wettbewerbsstörung<sup>73)</sup>. Bei diesem Tatbestand kommt es auf die subjektive Absicht nicht an; entscheidend ist ein objektives, quantitatives Element. Wenn eine Preisunterbietung so erheblich ist und in so großem Umfang praktiziert wird, daß der Bestand des Wettbewerbs auf dem betreffenden Markt bedroht ist und die Gefahr der Monopolisierung besteht oder wenn das Funktionieren des Wettbewerbs erheblich gestört wird, kann die Preisunterbietung als unlauterer Wettbewerb nach der Generalklausel des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb verboten werden. Entscheidend ist hier der Schutz des Interesses der Allgemeinheit an Bestand und Funktionieren des Wettbewerbs.

Praktische Anwendungsfälle sind freilich selten. Es müssen schon besondere Umstände hinzukommen, um eine Verurteilung zu rechtfertigen. So hat es der Bundesgerichtshof zum Beispiel auf Klage des Berufsverbandes der Augenoptiker den gesetzlichen Krankenversicherungen verboten, selbst Brillen an ihre Versicherten abzugeben<sup>74)</sup>. Die Krankenkassen wollten durch solche billigen Brillen der Kostensteigerung im Gesundheitssektor entgegenwirken; die Optiker machten dagegen mit Erfolg geltend, daß ihr Berufsstand hierdurch vernichtet würde. In einem anderen

---

72) S. hierzu und zum folgenden Baumbach/Hefermehl, § 1, Rdnr. 251 ff.; s. rechtsvergleichend Lehmann, GRUR Int. 1977, 135 ff.

73) BGH, GRUR 1979, 321, 323 – Verkauf unter Einstandspreis I; BGH, GRUR 1984, 204, 206 – Verkauf unter Einstandspreis II; BGH, GRUR 1990, 371 – Preiskampf.

74) BGH, GRUR 1982, 425 – Brillen-Selbstabgabestellen.

aufsehenerregenden Verfahren klagten die größten deutschen Rechtsschutzversicherungen gegen eine Gewerkschaft und ein gewerkschaftseigenes Versicherungsunternehmen, weil diese allen Gewerkschaftsmitgliedern automatisch Versicherungsschutz gewährten, wobei die Prämie in den Gewerkschaftsbeitrag eingerechnet war. Auch hier gelangte der Bundesgerichtshof zu einer Verurteilung; wesentlich war dabei allerdings, daß den Verbrauchern durch dieses Verfahren die Möglichkeit einer freien Auswahl und Entscheidung praktisch genommen worden war<sup>75)</sup>.

In anderen Ländern versucht man durch Sondergesetze, die Preisunterbietungen einzudämmen oder zumindest den Verkauf unter Selbstkosten zu verbieten. So wurde ein gesetzliches Verbot des Verkaufs unter Selbstkosten in Belgien, Frankreich und Österreich zum Schutz des Mittelstandes erlassen<sup>76)</sup>. Auch in Deutschland haben die interessierten Kreise ein solches Gesetz verlangt; jedoch hat man bis jetzt vor allem wegen verfassungsrechtlicher Bedenken davon abgesehen. In Österreich wurde unlängst in der Tat das Verbot des Verkaufs unter Selbstkosten vom Verfassungsgerichtshof als unverhältnismäßiger und damit verfassungswidriger Eingriff in die freie unternehmerische Betätigung verurteilt<sup>77)</sup>. Das neue spanische Gesetz über den unlauteren Wettbewerb von 1991 enthält kein Verbot des Verkaufs unter Selbstkosten, sondern erklärt im Gegenteil den Verkauf mit Verlust ausdrücklich für zulässig, es sei denn, die Verbraucher werden über das Preisniveau des Geschäfts getäuscht oder das Ansehen eines fremden Produkts oder Geschäfts wird in Mißkredit gebracht oder die Preisunterbietung ist "Teil einer Strategie, die darauf abzielt, einen Mitbewerber oder eine Gruppe von Mitbewerbern vom Markt zu verdrängen"<sup>78)</sup>.

Wenn der mittelständische Einzelhandel in Deutschland auch kein gesetzliches Verbot des Verkaufs unter Selbstkosten erreicht hat, so hat er doch eine Reihe von gesetzgeberischen Maßnahmen bewirkt, die zwar als dem Verbraucherschutz dienend deklariert wurden, in Wirklichkeit aber dazu bestimmt sind, den Preiswettbewerb zugunsten der kleinen Anbieter zu dämpfen. So wurde der Direktverkauf der Produzenten und Großhändler an die Letztverbraucher sowie die Werbung mit Sonderangeboten und Preissenkungen wesentlich erschwert. Wer zum Beispiel seine Preise herabsetzt, darf seine niedrigeren neuen Preise grundsätzlich nicht mit seinen höheren alten Preisen vergleichen, ein gesetzliches Verbot, das den Postulaten von

---

75) BGH, GRUR 1990, 522 – HBV-Familien- und Wohnungsschutz.

76) S. dazu Lehmann, GRUR Int. 1977, 135 ff.

77) Verfassungsgerichtshof vom 15.6.1990, GRUR Int. 1991, 156. Die Frage der Vereinbarkeit des französischen Verbots des Verlustverkaufs mit dem EWGV wurde kürzlich dem EuGH zur Vorabentscheidung vorgelegt, s. ABL vom 13.11.1991, Nr. C 294/13.

78) Art. 17 des Gesetzes vom 10.1.1991 über unlauteren Wettbewerb, GRUR Int. 1991, 551, 554.

Markttransparenz und Förderung des Preiswettbewerbs eklatant zuwiderläuft<sup>79)</sup>.

Solch wirtschaftspolitisch wenig sinnvollem Tun der nationalen Gesetzgeber tritt freilich mitunter das höherrangige Recht der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft entgegen. Es verbietet alle Maßnahmen der Mitgliedstaaten, die geeignet sind, den freien Warenverkehr unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potentiell zu behindern<sup>80)</sup>. Hierunter kann auch die Anwendung des nationalen Rechts des unlauteren Wettbewerbs durch die Gerichte der Mitgliedstaaten fallen. Der Europäische Gerichtshof macht jedoch eine Ausnahme für solche Beschränkungen des Binnenhandels der Gemeinschaft, die notwendig sind, "um zwingenden Erfordernissen gerecht zu werden, insbesondere den Erfordernissen ... der Lauterkeit des Handelsverkehrs und des Verbraucherschutzes"<sup>81)</sup>. Das nationale Recht des unlauteren Wettbewerbs ist im Einzelfall zu überprüfen, ob es diesen strengen Kriterien entspricht und damit gegenüber dem Grundsatz des freien Warenverkehrs Bestand hat. Zuständig für diese Entscheidung ist der Europäische Gerichtshof.

Für das grundsätzliche Verbot des Vergleichs alter und neuer Preise hat der Gerichtshof kürzlich entschieden, daß es europarechtlich nicht haltbar ist<sup>82)</sup>. Ein Kaufhaus in Belgien hatte in Belgien und auch im nahegelegenen Luxemburg mit einer Preisherabsetzung geworben. In Belgien war diese Werbung zulässig; in Luxemburg bestand — wie in Deutschland — ein Verbot der Preisgegenüberstellung. Das luxemburgische Gericht hatte Zweifel wegen der Vereinbarkeit mit dem Grundsatz des freien Warenverkehrs — der auch berührt wird, wenn Kunden aus Luxemburg zum Einkaufen nach Belgien gehen und die gekauften Waren nach Luxemburg zurückbringen — und legte den Fall dem Europäischen Gerichtshof vor. Er entschied, daß das luxemburgische Verbot der Preisgegenüberstellung dem Grundsatz des freien Warenverkehrs zuwiderlaufe. Ein Gesetz, das gebiete, dem Verbraucher wahrheitsgemäße Informationen vorzuenthalten, könne nicht mit dem Verbraucherschutz gerechtfertigt werden.

Gegenwärtig ist ein weiteres Verfahren beim Europäischen Gerichtshof anhängig, in dem es um die Anwendung des deutschen Verbots der Preisgegenüberstellung zu Lasten eines französischen Versandhauses geht. Es ist zu erwarten, daß auch das deutsche Gesetz für gemeinschaftswidrig und damit auf grenzüberschreitende

---

79) § 6e UWG. S. dazu die Kommentierung bei Baumbach/Hefermehl, Wettbewerbsrecht, 16. Aufl.

80) Art. 30 EWGV in der Auslegung durch die ständige Rechtsprechung des EuGH seit der Dassonville-Entscheidung, GRUR Int. 1974, 467, 468.

81) So die sog. Cassis-de-Dijon-Formel, EuGH, GRUR Int. 1979, 468, 471.

82) EuGH, GRUR Int. 1990, 995 - GB-INNO.

Geschäftsvorgänge unanwendbar erklärt wird<sup>83)</sup>.

Es zeigt sich hier — und in vielen anderen Fällen — daß das Gemeinschaftsrecht nicht nur im Wege der Harmonisierung durch Richtlinien auf das nationale Recht des unlauteren Wettbewerbs einwirkt, sondern daß auch die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs das nationale Recht kontrolliert. Während die Harmonisierung durch Richtlinie vielfach auf die Einführung strengerer Standards abzielt, verfolgt die Rechtsprechung des Gerichtshofs in der Tendenz das Ziel der Liberalisierung, einer der vielen Widersprüche, ohne die es bei der Schaffung eines europäischen Binnenmarktes nicht abzugehen scheint.

### III. Schlußbemerkung

Lassen Sie mich zum Schluß kommen.

Die Bedeutung des Rechts des unlauteren Wettbewerbs ist in den verschiedenen Rechtskreisen und Staaten der Welt von heute unterschiedlich. Planwirtschaften ordnen das Wirtschaftsleben durch Verwaltungseingriffe. In Entwicklungsländern hat man andere Sorgen als den Aufbau eines differenzierten Wettbewerbsrechtes. Auch gibt es Länder, in denen man es gewohnt ist, Konflikte im Wirtschaftsleben durch außerrechtliche Mittel beizulegen. Europa scheint sich dagegen mehr und mehr auf das Recht des unlauteren Wettbewerbs als Instrument der Marktordnung zu verlassen. Kartellrecht und Recht des unlauteren Wettbewerbs fungieren als Grundgesetze der Marktwirtschaft. Die wachsende Komplexität und Kompliziertheit führt zu immer stärkerer Verrechtlichung auch des Wirtschaftslebens und läßt das Wettbewerbsrecht an Bedeutung gewinnen. Die Mißbrauchskontrolle durch das Recht des unlauteren Wettbewerbs ist der Preis, den wir für den freien Wettbewerb zahlen.

---

83) S. den Vorlagebeschluß des BGH, GRUR Int. 1991, 556 – Ives Rocher.

