

REGULIERUNG DER ZULÄSSIGEN WERBUNG ALS MITTEL DES SCHUTZES VON VERBRAUCHERN UND WETTBEWERBERN IM EUROPÄISCHEN UND DEUTSCHEN RECHT

REGULAÇÃO DA PROPAGANDA AUTORIZADA COMO FORMA DE PROTEÇÃO AO CONSUMIDOR E À COMPETIÇÃO NO DIREITO EUROPEU E ALEMÃO

Simon Alexander Cisneros *

RESUMO

Este artigo trabalha com as condições base para a regulação da propaganda no direito alemão e europeu. Além do percurso histórico que levou à situação atual do direito da concorrência, é dada atenção especial ao grau de proteção que é fornecido em regulações como a UWG ou a diretiva UGP, e o motivo pelo qual uma apreensão compreensiva dos parâmetros relevantes é de suma importância. Em termos de sua ênfase, este é um artigo contemplativo, e não julgador.

PALAVRAS-CHAVE

Proteção ao Consumidor. Direito Concorrencial. Direito Europeu. Propaganda. História do Direito.

KURZFASSUNG

Dieser Artikel beschäftigt sich mit den Rahmenbedingungen für Werbung im deutschen und europäischen Recht. Dabei wird neben der historischen Herleitung des heutigen Wettbewerbsrechts insbesondere erforscht, inwiefern sich der Verbraucherschutz in Vorschriften wie dem UWG oder der UGP-Richtlinie etabliert hat und warum eine umfassende Betrachtung der einschlägigen Normen von höchster Bedeutung ist. Es handelt sich dem Schwerpunkt nach um einen betrachtenden und nicht wertenden Artikel.

KEYWORDS

Verbraucherschutz; Wettbewerbsrecht; Europarecht; Werbung; Rechtsgeschichte.

SUMÁRIO

1. Enleitung. 2. Regulierung der zulässigen Werbung: Grundlagen. 2.1 Rechtliche Rahmenbedingungen. 2.2 Entwicklung und Schutzzweck. 3. Verbraucherschutz im Wettbewerbsrecht. 3.1 Das Verbraucherleitbild im wettbewerbsrechtlichen Lichte. 3.2 Spezielle Werberegulierung. 4. Durchsetzung von Klagen. 4.1 Rechtsweg. 4.2 Anwendbares Recht. 4.3 Rechtsfolgen. 4.4 Aktivlegitimation. 5. Fazit und Ausblick. Verweise.

REFERÊNCIA: CISNEROS, Simon Alexander. Regulierung der zulässigen Werbung als

*Acadêmico da Justus-Liebig-Universität Giessen/Alemanha.

Recebido em: 19/09/2019

Aceito em: 30/06/2020

Mittel des Schutzes von Verbrauchern und Wettbewerbern im europäischen und deutschen Recht. *Res Severa Verum Gaudium*, v. 5, n. 1, Porto Alegre, p. 101-123, out. 2020.

1 EINLEITUNG

„Wettbewerbsrecht ist der Oberbegriff für das im UWG und einigen anderen Gesetzen (RabattG, ZugabeVO) geregelte Recht gegen den unlauteren Wettbewerb [...] und das im GWB normierte Recht gegen Wettbewerbsbeschränkungen.“¹

Dieses im Jahr 1992 von Henning Piper (ehem. vorsitzender Richter am BGH) niedergeschriebene Zitat über das deutsche Wettbewerbsrecht fasst dieses umfangreiche Rechtsgebiet in nur wenigen Worten treffend zusammen – jedoch bezieht es sich auf eine andere Zeit. Denn seit 1992 hat es im deutschen Wettbewerbsrecht eine immense Anzahl an Änderungen gegeben. In der folgenden Arbeit sollen eben diese gefestigten Änderungen in Hinblick auf einen dadurch entstandenen Schutz der Verbraucher beleuchtet werden. Vorab ist zu bemerken: Das „eine“ Wettbewerbsrecht im Rahmen des UWG, RabattG, GWB und der ZugabeVO gibt es nicht (mehr). Im Zuge des europäischen Einflusses hat sich ein europäisiertes Wettbewerbsrecht entwickelt, welches von richtlinienkonformer Auslegung und modernem Verbraucher- und Wettbewerberschutz lebt.

Die Harmonisierung des Unionsrecht birgt allerdings auch Problematiken und Klärungsbedarf auf Ebene des Verbraucherbegriffs, der speziellen Werbeformate und den formalen Anforderungen an Wettbewerbsklagen. Jene Kategorien werden im Folgenden besonders behandelt. Es ist jedoch zu betonen, dass die Regulierung zulässiger Werbung noch darüberhinausgehende Facetten aufwirft, die aber im Rahmen dieser Arbeit nicht ausführlich bearbeitet werden können.

2 REGULIERUNG DER ZULÄSSIGEN WERBUNG: GRUNDLAGEN

2.1 RECHTLICHE RAHMENBEDINGUNGEN

Dem Vorbehalt des Gesetzes entsprechend gibt es einige Rechtsquellen, welche die Zulässigkeit von Werbung kodifizieren. Diese verfolgen verschiedene Zwecke und wurden in

¹ PIPER, Henning. *Aktuelle BGH Rechtsprechung*, Rn. 1.

Porto Alegre, v. 5, n. 1, p. 101-123, out. 2020

Hinblick auf den gesellschaftlichen Wandel und die Entwicklung der Europäischen Union (EU) stets verändert und angepasst. Im Folgenden werden die wichtigsten Normierungen kurz angerissen, um einen einleitenden Überblick der nationalen und europäischen Regelungen zu erhalten.

2.1.1 UWG

Das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) beinhaltet vor allem Regelungen, die Mitbewerber, Verbraucher und sonstige Marktteilnehmer schützen sollen (§ 1 S. 1 UWG). Ziel des Gesetzes ist es, einen unverfälschten Wettbewerb auf nationaler Ebene zu schaffen. Es enthält zu Beginn allgemeine Bestimmungen, darunter auch eine Aufzählung von unlauteren geschäftlichen Handlungen (Näheres im Anhang des UWG). Weiterhin werden insbesondere ab § 8 UWG Tatbestände mit Rechtsfolgen wie Unterlassung oder Schadensersatz normiert, welche im späteren Verlauf dieser Arbeit an Relevanz gewinnen werden.

Das UWG in seiner heutigen Fassung wurde als Reaktion des deutschen Gesetzgebers auf die europäische Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken (UGP-Richtlinie) verabschiedet und ersetzte das UWG von 2004.²

2.1.2 UGP-RICHTLINIE 2005/29/EG

Die 2005 erlassene UGP-Richtlinie soll die Rechts- und Verwaltungsvorschriften über unlautere Geschäftspraktiken der europäischen Mitgliedsstaaten dahingehend beeinflussen, dass eine reibungslose Funktion des Binnenmarktes der EU gewährt wird, ohne dass der Verbraucherschutz an Niveau verliert. Es soll daher insbesondere der Verbraucherschutz an erster Stelle stehen; von diesem Standpunkt aus soll der Binnenmarkt reguliert werden. Was die Ausgangslage angeht, unterscheidet sich die UGP-Richtlinie somit grundlegend von der folgenden Irreführungsrichtlinie.

2.1.3 UGP-RICHTLINIE 2005/29/EG

² SOSNITZA, Olaf, in: Heermann/Schlingloff, *MüKommUWG*, Teil V Rn. 29.

Die Richtlinie 2006/114/EG über irreführende und vergleichende Werbung (Irreführungs-RL) wurde im Dezember 2006 vom Europäischen Parlament erlassen und findet aufgrund ihrer Natur als Richtlinie nur begrenzt Anwendung (vgl. Art. 288 III AEUV). Inhaltlich behandelt sie insbesondere den Schutz von Gewerbetreibenden vor irreführender Werbung, als auch die Zulässigkeitsgrenzen von vergleichender Werbung.³ Sie regelt insofern die §§ 5 ff. UWG auf europäischer Ebene. Eine verbraucherschützende Funktion ist ihr allerdings nicht zu entnehmen; geschützte Parteien sind vor allem Gewerbetreibende.

2.1.4 SONSTIGE EU-VORSCHRIFTEN

Ein europäisches Pendant zum UWG gibt es nicht. Das Gemeinschaftsrecht enthält jedoch eine Vielzahl von Maßstäben, Vorschriften und Wertungen, die für die Mitgliedsstaaten bindend sind (darunter auch die UGP- und Irreführungs-RL) und somit die einzelnen nationalen Wettbewerbsrechte beeinflussen. Es existiert daher ein „europäisiertes Wettbewerbsrecht“.⁴

Der Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) enthält als europäisches Primärrecht einen Abschnitt zum Wettbewerbsrecht (Art. 101 ff. AEUV). Dieser regelt jedoch ausnahmslos das Kartellrecht und äußert sich in keiner Weise zu Regulierungen von Werbung. Der AEUV findet somit nur begrenzt Anwendung.

Der Vertrag von Lissabon enthält das Ziel eines Systems „unverfälschten Wettbewerbs“ und gibt dahingehend zumindest die Richtung für weitere Verordnungen, Richtlinien und nationale Gesetze vor, die im Rahmen des unverfälschten Wettbewerbs zulässige Werbung regulieren sollen.

Zu erwähnen sind der Vollständigkeit halber noch die Richtlinien über den elektronischen Geschäftsverkehr, die Rechte der Verbraucher, die audiovisuellen Mediendienste, Unterlassungsklagen und die Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation.

Nachstehend wird auf nationaler Ebene primär auf die Regelungen des UWG verwiesen, auf europäischer Ebene wird die UGP-Richtlinie im Fokus stehen.

2.2 ENTWICKLUNG UND SCHUTZZWECK

2.2.1 HISTORISCHER ÜBERBLICK

³ vgl. auch Art. 1 Irreführungs-RL.

⁴ BEATER, Unlauterer Wettbewerb, § 5 Rn. 381.

Das UWG wurde nach dem ersten deutschen Gesetz zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs vom 27.5.1896 erstmalig am 7. Juni 1909 verabschiedet. Es fiel vor allem durch seine unkonkreten Normen auf, welche von der Generalklausel des § 1 UWG a.F. angeführt wurden. Hierin wurde ein Verbot der sittenwidrigen Handlungen im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs normiert. Außerdem fehlten die wesentlichen Fallgruppen des Mitbewerber- und Abnehmerschutzes mit Ausnahme des Verbots irreführender Werbung (§ 3 UWG a.F.) gänzlich. Sie wurden in ständiger Rechtsprechung über das 20. Jahrhundert hinweg entwickelt und konkretisiert.⁵

Fast 100 Jahre später, im Jahr 2004, wurde das UWG im großen Umfang novelliert. Zweck der Novellierung war neben der Modernisierung des Sprachgebrauchs auch die Liberalisierung des Lauterkeitsrechts. Von großer Bedeutung dieser Änderung ist bis heute die Bagatellklausel des § 3 UWG 2004 („nicht nur unerhebliche Beeinträchtigung“).⁶

Als Reaktion auf die 2005 erlassene UGP-Richtlinie wurde das UWG im Jahre 2008 wieder umgewälzt. Zweck der Änderung war die Intention des Gesetzgebers, dass das UWG von 2004 nicht richterlich in europarichtlinienkonformer Auslegung bestimmt werden sollte.⁷ Außerdem musste, auch wenn das UWG im Ursprung ein wettbewerbsschützendes Gesetz ist, die B2C („Business to consumer“ – Unternehmer/Verbraucher) fokussierte UGP-Richtlinie umgesetzt werden. Bedeutung hat dies bspw. bei den Informationspflichten gegenüber Verbrauchern gem. § 5a ff. UWG.⁸ Insbesondere die Generalklausel des § 3 UWG erhielt aufgrund der Vermischung von B2C und B2B („Business to business“) eine einprägsame Überholung. Sie wurde fortan in eine „allgemeine“ Generalklausel (Abs. 1) und eine Verbrauchergeneralklausel (Abs. 2) aufgespalten.

Nach vielfach kritisierten Ungenauigkeiten in der Umsetzung der UGP-Richtlinie und Bemängelung dieser durch die Europäische Kommission, wurde das UWG 2015 ein letztes Mal novelliert und an einigen Ansätzen, darunter auch § 3 UWG, verbessert. Welche detailreichen inhaltlichen Regelungen daraus entstanden sind, soll an dieser Stelle zunächst unkommentiert bleiben.

Dieser Überblick verdeutlicht, wie weit sich das UWG über die Jahre entwickelt hat. Unumgänglich ist die Erkenntnis, dass es stark vom Einfluss der EU geprägt ist und den Weg von einer B2B-Regelung zu einem auch Verbraucherschützenden Gesetz gegangen ist. Ob der

⁵ OHLY, Ansgar, in: Ohly/Sosnitza, *UWG Kommentar*, UWG Kapitel D Rn. 2.

⁶ SOSNITZA, Olaf, in: Heermann/Schlingloff, *MünchKommUWG*, Band 1 UWG § 1 Rn. 2.

⁷ BOESCHE, *Wettbewerbsrecht*, Vorwort S. V.

⁸ DREYER, Gunda, in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, *UWG Kommentar*, Kapitel 1 Rn. 21.

Schutz der Wettbewerber oder jener der Verbraucher im Vordergrund steht und welcher Schutz primär verfolgt wird, soll im Folgenden besprochen werden.

2.2.2 SCHUTZ DER WETTBEWERBER ODER VERBRAUCHER?

Wie bereits erwähnt, liegt der ursprüngliche Fokus des UWG auf dem Schutz der Wettbewerber, bzw. des Wettbewerbs. Verbraucherschützende Normen wurden erst im Verlauf der europäischen Anpassung hinzugefügt. Jedoch lässt sich aus dem Regierungsentwurf des UWG von 1896 entnehmen, dass neben dem Fokus auf den Wettbewerb auch das „Publikum“ – gemeint waren wohl die Verbraucher – geschützt werden solle. Dies könne am effektivsten durchgesetzt werden, indem man sich auf den Wettbewerbssektor beschränke und den nur mittelbaren Verbraucherschutz dadurch fördere.⁹ Das generalklauselartige UWG des 20. Jahrhunderts entsprach zwar eben jener Fokussierung auf den Wettbewerbssektor. Der mittelbare Verbraucherschutz blieb jedoch zunächst größtenteils unbemerkt.

In den Dreißigerjahren wandelte sich das UWG a.F. durch den Einfluss von Eugen Ulmer („Sinnzusammenhänge im modernen Wettbewerbsrecht“, 1932) zu einem Institutionenschutz, und zwar der Institution des Wettbewerbs als selbstständige, schützenswerte Einheit.¹⁰ Diese Entwicklung dauerte noch bis zur Novellierung des UWG 2004 fort, in welcher § 1 UWG a.F. schließlich die sogenannte Schutzzwecktrias normierte. Sie besteht aus dem Schutz der Anbieter, Abnehmer (insb. der privaten Letztverbraucher) und der Allgemeinheit.¹¹ Diese wurde etwas abgeändert in das aktuelle UWG übernommen. Der Schutz der Verbraucher zielt vor allem darauf ab, die Vorteile und Möglichkeiten zu sichern, die der Wettbewerb für sie bringt.¹²

Den Schutzzweck zu bestimmen hat unter anderem Bedeutung für das materielle Recht. Hierdurch kann Aufschluss darüber gegeben werden, ob unternehmerische Handlungsfreiheiten sinnvoll eingeschränkt werden. Werden bestimmte Handlungen untersagt, so muss zwischen dem zu schützenden Gut – beispielsweise die eigenständige und ungestörte Kaufentscheidung eines Verbrauchers – und der Gewerbe- / Handlungsfreiheit des Betroffenen abgewogen werden. Aber auch auf Rechtsfolgende findet der Schutzzweck Anklang. Auf Ebene der Klagerrechte stellt sich häufig die Frage, ob unmittelbar Verletzte ihre Ansprüche selbst durchsetzen

⁹ PASTOR, Wilhelm: „Verbraucherverbände im Sinne des § 13 Abs. 1a UWG“, *GRUR* 1969, S. 571 (574).

¹⁰ BOESCHE, *Wettbewerbsrecht*, § 1 Rn. 1.

¹¹ OSTERRIETH, Christian/SCHÖNIG, Wolfgang, in: Fezer/Büscher/Obergfell, *UWG Kommentar*, Band 1 § 1 Rn. 41.

¹² BEATER, *Unlauterer Wettbewerb*, § 15 Rn. 1132.

können oder ein Verein für sie eintreten muss.¹³ Konkrete Punkte zu Zuständigkeiten und Klagebefugnis werden allerdings im späteren Verlauf dieser Arbeit noch näher beleuchtet.

Das Gesetz zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs hatte und hat damit vielschichtige Möglichkeiten, verschiedene Gruppen zu adressieren.

In der EU lassen sich hier jedoch neben ähnlichen Regelungen auch teilweise gänzlich andere feststellen: In Frankreich beispielsweise wird der Wettbewerb durch Zivilklagen der Konkurrenten durchgesetzt, während der Verbraucherschutz auf strafrechtlicher Basis gewahrt wird.¹⁴ Das österreichische und polnische UWG ähneln dem deutschen sehr, während sich das tschechische in seiner Generalklausel noch wie das deutsche UWG von 1909 auf die guten Sitten bezieht.¹⁵

3 VERBRAUCHERSCHUTZ IM WETTBEWERBSRECHT

3.1 DAS VERBRAUCHERLEITBILD IM WETTBEWERBSRECHTLICHEN LICHT

3.1.1 ANFORDERUNGEN AN DEN VERBRAUCHERBEGRIFF

Verbraucherschützende Normen betreffen den Verbraucher. Was generell unter einem Verbraucher verstanden werden kann, ist § 13 BGB zu entnehmen („Jede natürliche Person, die ein Rechtsgeschäft zu Zwecken abschließt, die überwiegend weder ihrer gewerblichen noch ihrer selbstständigen beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden kann.“). Das deutsche Wettbewerbsrecht bezieht sich in § 2 II UWG auf diesen. Nun stellt sich jedoch die Frage, an welche Grenzen der bürgerliche Verbraucherbegriff im Wettbewerbsrecht stößt und welche er eventuell sogar durchbricht.

Die Grundlage dieser Überlegung findet sich im Spannungsverhältnis zwischen der Verantwortlichkeit des Werbenden, sowie der Selbstverantwortlichkeit des Verbrauchers. Hierbei ist zu beachten, welcher Selbstaufwand zum Schutz des Verbrauchers angemessen ist und welche Anforderungen an die Ausgestaltung der Werbung dem Werbenden noch zumutbar sind.¹⁶ Dabei ist zwar grundsätzlich zwischen normativen und empirischen Verbraucherleitbildern zu

¹³ BEATER, *Unlauterer Wettbewerb*, § 11 Rn. 808 f.

¹⁴ OHLY, Ansgar, in: Ohly/Sosnitza, *UWG Kommentar*, UWG Kapitel C Rn. 1.

¹⁵ GÖTTING, Horst-Peter, in: Götting/Nordemann, *HandKomm UWG*, Einleitung Kapitel C Rn. 72.

¹⁶ KÖHLER, Helmut, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, *KurzKomm UWG*, UWG Kapitel 1 Rn. 31.

unterscheiden;¹⁷ das heißt, es sollte neben der Rechtstheorie über Verbraucher auch die Rechtspraxis betrachtet werden. Jedoch waren dem Gesetzgeber und der Rechtsprechung schon früh durch Vorgaben der EU die Hände gebunden.

3.1.2 EINFLUSS UND FESTIGUNG DURCH DIE UGP-RICHTLINIE

Mit Einführung der UGP-Richtlinie wurde auch auf europäischer Ebene versucht, einen einheitlichen Verbraucherbegriff zu etablieren. Im Zuge dieser Harmonisierung¹⁸ wurde in Art. 2a UGP-RL eine Definition kodifiziert. Hiernach sei ein Verbraucher jede natürliche Person, die im Geschäftsverkehr „im Sinne dieser Richtlinie“ zu Zwecken handelt, die nicht ihrer gewerblichen, handwerklichen oder beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden können. Insoweit unterscheidet sich der deutsche Begriff marginal von dem europäischen. Auf eine Ergänzung wurde bei der UWG-Novelle 2008 verzichtet, da der deutsche Verbraucherbegriff umfassender ist als der europäische.¹⁹

Das bedeutet in der Rechtspraxis: Es ist die Wirkung auf den „Durchschnittsverbraucher“ zu prüfen, welcher unter Berücksichtigung sozialer, kultureller und sprachlicher Faktoren angemessen gut unterrichtet, sowie aufmerksam und kritisch ist.²⁰ Insoweit ist das wettbewerbsrechtliche Verbraucherbild aus Sicht der Wettbewerber relativ formlos.

Konkretisiert wird es lediglich bei speziellen Fragestellungen, wie beispielsweise der einer irreführenden Werbung: Neben § 5 I Nr. 1 UWG besagt auch die spezielle Lebensmitteletikettierungsrichtlinie (RL 2000/13), dass die Werbung „geeignet“ sein muss, den Verbraucher zu täuschen. Welche Werbung konkret geeignet ist, einen bestimmten Verbraucher zu täuschen, muss im Einzelfall ausgelegt werden. Dies zeigt, dass die Erfassung eines vollumfänglichen und allgemeingültigen Verbraucherbegriffes im (europäischen) Wettbewerbsrecht kaum möglich ist und auch die Definition der UGP-Richtlinie nicht für eine unproblematische Rechtssicherheit sorgt. Die Aufmerksamkeit und kritische Betrachtungsweise des Verbrauchers müssen stets nach den jeweiligen Umständen ermittelt werden.²¹

3.1.3 RECHTSPRECHUNG

¹⁷ LEDERER, Beatrice: „Das Verbraucherleitbild im Internet“, *NJOZ* 2011, S. 1833 (1834).

¹⁸ MICKLITZ, Hans-Wolfgang, in: Heermann/Schlingloff, *MünchKommUWG*, Band 1 UGP-RL Art. 4 Rn. 12.

¹⁹ Begr. 2008, BT-Drs. 16/10145, S. 11.

²⁰ Erwägungsgrund 18 der UGP-Richtlinie.

²¹ PODSZUN, Rupprecht, in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, *UWG Kommentar*, Kapitel 1 Rn. 54.

Der Charakter des „durchschnittlich informierten, verständigen und in der Situation, in der er mit der Werbeaussage konfrontiert wird, aufmerksamen Verbrauchers“ wurde erstmals in der „Osthoek-Entscheidung“ vom Europäischen Gerichtshof (EuGH) geprägt und seitdem entsprechend genutzt.²²

Der BGH hält sich in seiner Rechtsprechung relativ gedeckt. Es wird der Anschein erweckt, dass der Verbraucherbegriff häufig dem Zivilrecht entnommen und unvoreingenommen genutzt wird.²³ Dies entspricht zwar dem Grundsatz nach der Regelung im UWG („entsprechend dem § 13 BGB“), lässt jedoch in der Begründung häufig zu wünschen übrig.

3.2 SPEZIELLE WERBEREGULIERUNG

Grundsätzlich gilt gem. § 3 UWG das Verbot unlauterer geschäftlicher Handlungen. Eine Anwendung dessen fällt jedoch im Rahmen der Generalklausel häufig schwer; eine Begründung muss in Anknüpfung an den Gesetzeswortlaut folgen. Daher ist es dienlich, spezielle Werbeformate einfachgesetzlich kontrollieren zu lassen, wie es die EU häufig demonstriert. Hinzu kommt noch der Anhang des UWG, welcher bestimmte geschäftliche Handlungen gegenüber Verbrauchern stets für unzulässig erklärt. Folgend werden die wichtigsten speziellen Werbeformate präsentiert, welche in der Rechtspraxis immer wieder auf Diskussion und Problematiken stoßen.

3.2.1 VERGLEICHENDE WERBUNG

Häufig sieht man Werbetafeln, auf welchen Unternehmen wie bspw. Aldi ihre Produkte mit jenen der Konkurrenz vergleichen und ihre Vorteile auflisten. Dabei ist die Frage, ob diese Art von Werbung denn überhaupt „lauter“ ist, nicht unberechtigt. Die einschlägigen Normen finden sich in § 6 UWG, aber auch der Irreführungs-RL.

§ 6 UWG bestimmt zunächst, was vergleichende Werbung bedeutet („Jede Werbung, die unmittelbar oder mittelbar einen Mitbewerber oder dessen angebotene Ware oder Dienstleistung erkennbar macht“). Weiterhin wird eine Reihe von Elementen vergleichender Werbung aufgezählt, die unlauter und daher rechtswidrig sind. Zusammengefasst kann gesagt werden: Vergleichende Werbung ist unlauter, wenn sie unterschiedliche Produkte oder unmaßgebliche

²² EuGH, Urt. v. 15.12.1982 (Az. 286/81), GRUR Int 1983, S. 648 ff.; vgl. auch BOESCHE, *Wettbewerbsrecht*, § 1 Rn. 2.

²³ so auch BGH, Beschl. v. 24.02.2011 (Az. 5 StR 514/09), NJW 2011, S. 1236 (1237 f.).

Eigenschaften miteinander vergleicht, oder der Vergleich nicht objektiv ist. Insoweit handelt es sich dabei um eine Ausformung des Irreführungsschutzes, der neben Verbrauchern auch die Mitbewerber (etwa Händler oder Verkaufsberater) betrifft.²⁴ Vergleichende Werbung ist daher aber auch nicht per se unzulässig.

Hieraus ergibt sich zwar grundsätzlich ein Regelungsgehalt. In Hinblick auf die Irreführungs-RL muss der § 6 UWG jedoch auch richtlinienkonform ausgelegt werden.²⁵ Der EU-Grundsatz der Vollharmonisierung des nationalen Rechts der vergleichenden Werbung (Erwägungsgrund 20 der Irreführungs-RL) bestimmt, dass vergleichende Werbung durch die Mitgliedsstaaten nicht umfassender oder strenger ausgeformt werden darf, als es die Irreführungs-RL bestimmt.²⁶ Bei Auslegungsfragen ist daher der EuGH zu konsultieren, welcher eine Vorabentscheidung nach Art. 267 AEUV trifft, die für die nationalen Gerichte bindend ist.²⁷

Der UWG-Systematik nach müsste die vergleichende Werbung im Übrigen auch geeignet sein, die Interessen von Mitbewerbern, Verbrauchern oder sonstigen Marktteilnehmern spürbar zu beeinträchtigen, um unlauter zu sein. Europarechtlich ist eine solche Spürbarkeitsschwelle jedoch problematisch, denn Art. 4 Irreführungs-RL kennt diese im Gegensatz zur UGP-RL nicht. Der Vorrang des Unionrechts gebietet es daher, den Grundsatz der Spürbarkeit nicht auf vergleichende Werbung zu übertragen. Die Spürbarkeitsschwelle ist jedoch als ein von der Rechtsprechung konkretisiertes, ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal in der Unlauterkeit integriert. Eine Nichtbeachtung dessen verstößt gegen den unionsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz.²⁸ Dieses Beispiel zeigt, wie das komplexe System der EU häufig zu weitergehenden Auslegungs- und Handlungsschwierigkeiten beiträgt, deren Lösung oftmals eine Entscheidung des EuGHs ist.

3.2.2 VERGLEICHENDE WERBUNG

Die nationalen Regelungen über zulässige Werbung von Kreditverträgen durchbrechen den Rahmen des UWG, denn es gilt § 6 a PAngV (Preisangaben-Verordnung). Die Norm wurde zur Umsetzung von Art. 4 Verbraucherkredit-RL 2008/48/EG eingeführt.²⁹ Durch Art. 11 Nr. 5 des Gesetzes zur Umsetzung der Wohnimmobilienkredit-RL (2014/17/EU) erhielt

²⁴ BEATER, *Unlauterer Wettbewerb*, § 16 Rn. 1476; BT-Drucks. 14/2959, S. 11.

²⁵ EuGH, Urt. v. 25.10.2001 (Az. Rs. C-112/99), GRUR 2002, S. 354 ff.

²⁶ KÖHLER, Helmut, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, *KurzKomm UWG*, UWG Kapitel 1 § 6, Rn. 10.

²⁷ KOOS, Stefan, in: Fezer/Büscher/Obergfell, *UWG Kommentar*, Band 2 § 6 Rn. 14.

²⁸ KOOS, Stefan, in: Fezer/Büscher/Obergfell, *UWG Kommentar*, Band 2 § 6 Rn. 13c.

²⁹ WEIDERT, Stefan, in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, *UWG Kommentar*, PAngV § 6a Rn. 1.

die Regelung zum 21.03.2016 eine durchgängige Neufassung. Formal gesehen beginnt diese Änderung schon beim Terminus. „Kreditverträge“ wurde zu „Verbraucherdarlehen“ umgeändert. Erfasst ist von § 6 a PAngV Werbung „gegenüber Verbrauchern“ über den Abschluss eines Verbraucherdarlehensvertrages mit Zinssätzen oder „sonstigen Zahlen, welche die Kosten betreffen“.³⁰ Der deutsche Gesetzgeber ist dabei sogar noch über die Vorgaben der Richtlinie hinausgegangen, indem er die Identitätsangaben des Darlehensgebers gem. § 6 a II PAngV nicht nur für Wohnimmobilienkredite, sondern auch für Verbraucherdarlehen verlangt.

Zweck der Vorschrift ist es, allgemeine Anforderungen an die Werbung für Verbraucherdarlehensverträge zu stellen. Darüber hinaus soll sie insbesondere gewährleisten, dass Verbraucher bei der Konditionenwerbung für Verbraucherdarlehensverträge immer bestimmte Information erhalten, durch welche sie verschiedene Darlehensangebote miteinander vergleichen können. Wird beispielsweise mit Zinssätzen oder „sonstigen Zahlen“ zu den Kosten von Darlehen geworben, so ist die alleinige Angabe des effektiven Jahreszinses nicht ausreichend, sondern es sind weitere Angaben zu machen.³¹ Darunter fällt unter anderem der Sollzinssatz (§ 6 a II Nr. 3 PAngV), inklusive Auskunft, ob dieser fest, variabel oder aus beidem kombiniert ist. Außerdem müssen die Informationen in Relation zum jeweiligen Werbe-Medium akustisch gut verständlich oder deutlich lesbar sein (§ 6 a VI PAngV). Die wohl wichtigste und am meisten auf das UWG bezugnehmende Regelung ist jedoch die, dass Verbraucherdarlehen nur unter den Kriterien der Redlichkeit und Eindeutigkeit beworben werden dürfen, diese Werbung nicht irreführend sein darf und beim Verbraucher keine „falsche Erwartungen wecken“ darf (§ 6 a I S. 1 PAngV). Dies wird durch die umfassenden Informationspflichten der späteren Absätze nur weiter ausgestaltet. Bei Immobilial-Verbraucherdarlehensverträgen gem. § 491 II S. 2 Nr. 5 BGB ist nur Abs. 1 anwendbar (vgl. § 6 a VII PAngV).

Die Auslegung der Norm findet wieder einmal europarechtlichen Bezug. Sie ist im Rahmen der Verbraucherkredit-RL und der Wohnimmobilienkredit-RL auszulegen. Außerdem ist die UGP-Richtlinie ergänzend hinzuzufügen.³² Dies zeigt ein weiteres Mal, dass das nationale Wettbewerbsrecht immer weiter zu einem Regelungswerk der EU mutiert.

3.2.3 HAUSTÜRWERBUNG

³⁰ GELBERG, Georg, in: Landmann/Rohmer, *GewerbeO Kommentar*, Band 2 PAngV § 6a Rn. 1 ff.

³¹ WEIDERT, Stefan, in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, *UWG Kommentar*, PAngV § 6a Rn. 2.

³² KÖHLER, Helmut, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, *KurzKomm UWG*, PAngV § 6a Rn. 1.

Haustürwerbung ist das unerbetene Aufsuchen von potentiellen Kunden zu Werbezwecken in ihrem privaten Bereich.³³ Gesetzlichen Anschluss findet sie insbesondere im Anhang des UWG und in § 7 UWG: § 3 III UWG i.V.m. dem Anhang des UWG enthält eine Aufzählung von geschäftlichen Handlungen, die gegenüber Verbrauchern stets unzulässig sind. Aufgefasst hiervon ist unter anderem bei persönlichem Aufsuchen in der Wohnung die Nichtbeachtung der Aufforderung, diese zu verlassen oder nicht zu ihr zurückzukehren, es sei denn, der Besuch ist zur rechtmäßigen Durchsetzung einer vertraglichen Verpflichtung gerechtfertigt (Nr. 26 Anhang UWG, so auch Nr. 25 des Anhangs I UGP-RL). Davon abgesehen kann Haustürwerbung auch dann unzulässig sein, wenn ein erkennbarer Wille des Hausbewohners gem. § 7 I S. 2 UWG entgegensteht. Dies kann sich beispielsweise durch an der Haustür angebrachte Schilder zeigen.³⁴

Kommt es zu einem persönlichen Besuch eines Unternehmers bei einem Verbraucher und wird der Aufforderung, die Wohnung zu verlassen bzw. nicht wieder aufzusuchen, nicht nachgekommen, liegt eine Nötigung i.S.v. Art. 8 UGP-RL³⁵ und somit eine unzulässige aggressive Geschäftspraktik vor. Außerdem ist es im Rahmen des Rechtsbruchs i.S.v. § 3 a UWG unlauter und daher unzulässig, wenn gegen ein gesetzliches Hausbesuchsverbot verstoßen wird. Ein solches liegt beispielsweise bei Besuchen von Vertretern des Reisegewerbes gem. § 17 I FernUSG (Fernunterrichtsschutzgesetz) vor.³⁶

Hieraus ergibt sich jedoch keine gesetzliche Antwort auf die Frage, wie unerbetene Hausbesuche generell zu behandeln sind. Die deutsche Rechtsprechung sieht jene bei Verbrauchern und Unternehmern als grundsätzlich zulässig an. Eine Ausnahme bestehe nur dann, wenn aufgrund besonderer Umstände die Gefahr einer untragbaren oder sonst unzumutbaren Belästigung oder Beunruhigung des privaten Lebensbereichs gegeben ist. Die Rechtmäßigkeit von Haustürwerbung ergebe sich aus der traditionellen Zulässigkeit der gewerblichen Betätigung von Vertreterbesuchen.³⁷ Der EuGH sieht in einem vollständigen Verbot von Haustürwerbung eine Behinderung des innergemeinschaftlichen Handels, welches, wenn nicht gerechtfertigt, gegen Art. 34 AEUV verstößt.³⁸

3.2.4 TABAKWERBUNG

³³ LEIBLE, Stefan, in: Heermann/Schlingloff, *MünchKommUWG*, Band 2 UWG § 7 Rn. 219.

³⁴ LG Hamburg, Urt. v. 12.06.1986 (Az. 12 O 214/86), NJW-RR 1987, S. 361.

³⁵ LETTL, *Wettbewerbsrecht*, § 3 Rn. 81.

³⁶ MENEBRÖCKER, Carsten, in: Götting/Nordemann, *HandKomm UWG*, UWG § 7 Rn. 133.

³⁷ BGH, Urt. v. 16.12.1993 (Az. I ZR 285/91), GRUR 1994, S. 380 (381 f.).

³⁸ EuGH, Urt. v. 16.05.1989, RS 382/87 (Buet), Slg. 1989, S. 1235 (1251, Rn. 9).

Zigaretten und andere Tabakerzeugnisse dürfen nicht ohne Weiteres beworben werden. Die Richtlinie 2010/13/EU Audiovisuelle Mediendienste kodifiziert in Art. 9 lit. d auf europäischer Ebene ein umfassendes Werbeverbot im Fernsehen und beim Teleshopping. Ursprünglich galt die Tabakwerberichtlinie 98/43/EG vom 30.07.1998, welche jedoch vom EuGH im Jahre 2000 für nichtig erklärt wurde.³⁹ Die Einzelermächtigung (Art. 95 EGV anstatt Art. 152 EGV) sei „falsch“ bzw. „nicht tragend“.⁴⁰

Auf nationaler Ebene gelten insbesondere die §§ 19 ff. TabakErzG. Geregelt wird unter anderem das Verbot von Tabakwerbung im Rundfunk und Internet sowie Sponsoring von grenzüberschreitenden Veranstaltungen durch Zigarettenhersteller und Werbung auf (Außen-) Packungen, die einen Eindruck eines wirtschaftlichen Vorteils durch Angebote oder ähnliches erwecken. Das Ergebnis eines so umfangreichen Verbotskatalogs ist, dass grundsätzlich nur noch Tabakwerbung auf Plakatwänden und Litfaßsäulen zulässig ist. Doch auch hier könnte sich in den kommenden Jahren etwas ändern: Deutschland ist der letzte EU-Mitgliedsstaat ohne ein Verbot von Tabakaußenwerbung. Dies wurde jedoch schon 2019 in der Politik und auch Gesellschaft stark diskutiert,⁴¹ weshalb Änderungen dieser Regelungen mit Spannung zu verfolgen sind.

4 DURCHSETZUNG VON KLAGEN

Das nationale, europäisierte Wettbewerbsrecht weist einige Problematiken bei der Regulierung von Werbung auf. Diese erstrecken sich jedoch nicht nur auf die bloße Zulässigkeit von Werbeformaten u.Ä., sondern tauchen auch regelmäßig bei den formellen Anforderungen von wettbewerbsrechtlichen Klagen auf. Insbesondere der Verbraucherschutz lebt von der Möglichkeit, Rechtsansprüche auch tatsächlich durchsetzen zu können. Es ist deshalb unumgänglich, auch die prozessbezogenen Schwierigkeiten zu untersuchen.

4.1 RECHTSWEG

4.1.1 GERICHTSBARKEIT

³⁹ EuGH, Urt. v. 05.10.2000, RS C-376/98 (Tabakentscheidung), EuZW 2000, S. 694 ff.

⁴⁰ BERGMANN, Jan, in: Bergmann, *Handlexikon der EU*, T – Tabakwerbung-Urteil.

⁴¹ NABBEN, Benedikt: „Forderung nach Verbot – Tabakwerbung auf der Kippe“, tagesschau.de, <https://www.tagesschau.de/inland/tabakwerbung-115.html> (aufgerufen am 19.09.2019).

Wettbewerbsrechtliche Ansprüche sind ganz überwiegend auf dem ordentlichen Rechtsweg zu bestreiten. Der BGH lässt dies in den meisten Fällen zu, hat aber auch schon andere Möglichkeiten eröffnet: Für die Klage eines Kassenarztes gegen eine kassenärztliche Vereinigung beispielsweise hat er den Rechtsweg zu den Sozialgerichten eröffnet.⁴² Ferner sind regelmäßig die Arbeitsgerichte zuständig, wenn ehemaligen Arbeitnehmern Wettbewerbsverstöße vorgeworfen werden, die in einem nicht trennbaren Zusammenhang zum Arbeitsverhältnis stehen.⁴³ Dies hat jedoch in Hinblick auf Verstöße gegen reine Werberegulierungen wohl wenig praktische Relevanz.

Konkret zuständig sind gem. § 13 I S. 1 UWG ausschließlich die Landgerichte. Werden in einem Verfahren mehrere selbstständige Ansprüche geltend gemacht, so muss die Frage nach dem Rechtsweg gesondert geprüft werden.⁴⁴

4.1.2 AUSSERGERICHTLICHE DURCHSETZUNG

Häufig ist es jedoch finanziell und zeitlich betrachtet sinnvoller, Streitigkeiten außergerichtlich zu lösen. Vor allem Unternehmern sind prozessvermeidende Absprachen oder Vergleiche unter bestimmten Schrankenbestimmungen grundsätzlich möglich. Kollektivinteressen müssen zum Beispiel beachtet werden und stehen nicht zur Disposition von Prozessparteien. Außerdem darf einem Vergleich keine unzulässige Nötigung zugrunde liegen.⁴⁵

Gem. § 15 UWG kann auch eine Einigungsstelle aufgesucht werden. Diese dienen einem gütlichen Ausgleich zwischen den Parteien auf Basis einer Aussprache unter neutraler und sachkundiger Leitung.⁴⁶

Die in der Praxis wohl häufigste (90 – 95 % aller Verstöße)⁴⁷ außergerichtliche Lösung ist die Abmahnung. Oftmals wird die gegnerische Partei bei der Durchsetzung eines Unterlassungsanspruchs schriftlich abgemahnt. In dem Schreiben wird dazu aufgefordert, eine strafbewehrte Unterlassungserklärung abzugeben, § 12 I S. 1 UWG. Wird dieser Forderung gefolgt, so entfällt die Wiederholungsgefahr und damit der Anspruch (dazu später mehr). Wird jedoch auf die Abmahnung nicht reagiert, ist der Anspruchsteller dazu veranlasst, den gerichtlichen

⁴² BGH, Beschl. v. 05.11.1998 (Az. I ZB 50/98), GRUR 1999, S. 520 ff.

⁴³ OLG Brandenburg, Beschl. v. 04.03.2008 (Az. 6 U 37/07), GRUR-RR 2009, S. 37 f.

⁴⁴ HIMMELSBACH, *Wettbewerbsrecht*, § 13 Rn. 673.

⁴⁵ BEATER, *Unlauterer Wettbewerb*, § 34 Rn. 2815.

⁴⁶ LETTL, *Wettbewerbsrecht*, § 11 Rn. 27.

⁴⁷ BÜSCHER, Wolfgang, in: Fezer/Bücher/Obergfell, *UWG Kommentar*, Band 2 § 12 Rn. 2.

Weg zu bestreiten.⁴⁸ Eine Abmahnung ist allerdings nicht mit einer Zulässigkeitsvoraussetzung für eine wettbewerbsrechtliche Klage zu verwechseln. Sie gleicht bloß einer Obliegenheit des Gläubigers und dient als Kostenvermeidungs- und Warnfunktion.⁴⁹

4.2 ANWENDBARES RECHT

Wettbewerbsverstöße, insbesondere solche bezogen auf Werbung, sind in vielen Fällen grenzüberschreitend. Es stellt sich demnach die Frage, welches Recht anzuwenden ist. In Betracht kommen zwei Möglichkeiten: Einerseits das Recht des Handlungsortes, andererseits das Recht des Erfolgsortes.

Der BGH⁵⁰ hat frühzeitig das „Marktort-Prinzip“ entwickelt. Hiernach ist der Ort maßgeblich, an welchem der Wettbewerb stattfindet; dies können gegebenenfalls auch mehrere Orte sein. Seit dem 11.01.2009 gilt jedoch innerhalb der EU die indisponible Regelung der EG-VO Nr. 864/2007 (Rom II-VO). Nach Art. 6 ist auf außervertragliche Schuldverhältnisse für alle Mitgliedsstaaten „das Recht des Staates anzuwenden, in dessen Gebiet die Wettbewerbsbeziehung oder die kollektiven Interessen der Verbraucher beeinträchtigt worden sind oder wahrscheinlich beeinträchtigt werden“. Dies deckt sich allerdings im Wesentlichen mit dem Marktort-Prinzip.⁵¹

Abweichungen finden sich im Bereich des elektronischen Geschäftsverkehrs (§ 3 TMG) und bei grenzüberschreitender Fernsehwerbung, sofern es sich nicht um irreführende oder vergleichende Werbung handelt. Auf diese Fälle findet das Herkunftslandprinzip Anwendung.⁵²

4.3 RECHTSFOLGEN

Wettbewerbsrecht ist in aller Regel zivilrechtlicher Natur. Die Einhaltung der Normen wird durch ein zivilrechtliches Sanktionierungssystem gesichert; namentlich durch Ansprüche auf Unterlassung, Beseitigung oder Schadenersatz.⁵³ Das EU-Recht enthält keine Vorgaben zur

⁴⁸ BORNKAMM, Joachim, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, *KurzKomm UWG*, UWG Kapitel 2 § 8 Rn. 1.4.

⁴⁹ OTTOFÜLLING, Andreas, in: Heermann/Schlingloff, *MünchKommUWG*, Band 2 UWG § 12 Rn. 10, 13.

⁵⁰ BGH, Urt. v. 30.06.1961 (Az. I ZR 39/60), NJW 1962, S. 37 ff.

⁵¹ HIMMELSBACH, *Wettbewerbsrecht*, § 13 Rn. 675.

⁵² HIMMELSBACH, *Wettbewerbsrecht*, § 13 Rn. 676.

⁵³ BEATER, *Unlauterer Wettbewerb*, § 32 Rn. 2587.

Sanktionierung von wettbewerbsrechtlichen Verstößen, da es die Art und Weise der Durchsetzung des Lauterkeitsrechts den Mitgliedsstaaten weitgehend überlässt.⁵⁴ Personen und Organisationen, die ein berechtigtes Interesse an der Verfolgung unlauterer Geschäftspraktiken haben, sollen nur geeignete und wirksame Mittel zur Bekämpfung zur Verfügung gestellt bekommen (Art. 11 I UGP-RL, Art. 5 I Irreführungs-RL). Dies ist im nationalen Recht vor allem durch folgende Anspruchsgrundlagen umgesetzt.

4.3.1 AUSSERGERICHTLICHE DURCHSETZUN

§ 8 I UWG regelt die Grundlage des Unterlassungs- und Beseitigungsanspruchs. Der Anspruch richtet sich gegen denjenigen, der eine nach § 3 UWG oder § 7 UWG unzulässige geschäftliche Handlung vornimmt. Es kann nach § 8 I S. 1 Alt. 1 UWG die Beseitigung der Störungsquelle, nach § 8 I S. 1 Alt. 2 UWG bei Wiederholungsgefahr die Unterlassung („Verletzungsunterlassungsanspruch“) und nach § 8 I S. 2 UWG bei drohenden Zuwiderhandlungen die vorbeugende Unterlassung der Handlung („vorbeugender Unterlassungsanspruch“) verlangt werden. Für letzteres muss eine Erstbegehungsgefahr bestehen.⁵⁵ Der Unterlassungsanspruch hat überragende praktische Bedeutung und dient dazu, Wettbewerbsverstöße vorzeitig zu verhindern. Im Gegensatz dazu fungieren die restlichen Ansprüche nur als Reaktion auf bereits abgeschlossene Verstöße im Nachhinein.⁵⁶

Für den Verletzungsunterlassungsanspruch muss eine Wiederholungsgefahr bestehen, also eine ernstliche und greifbare Möglichkeit, dass die konkrete Verletzungshandlung künftig in gleicher oder im Kern gleichartiger Form erneut begangen wird.⁵⁷ Die mögliche erneute Handlung muss auch im Verantwortungsbereich des Anspruchsgegners stehen.⁵⁸ In ähnlicher Form muss auch beim vorbeugenden Unterlassungsanspruch eine (Erst-) Begehungsgefahr vorliegen, also ernsthafte und greifbare Anhaltspunkte dafür bestehen, dass sich der Anspruchsgegner in naher Zukunft in der näher bezeichneten Weise rechtswidrig verhält.⁵⁹ Der Beseitigungsanspruch hingegen richtet sich auf die Abwehr einer bereits eingetretenen aber fortdauernden Beeinträchtigung.⁶⁰

⁵⁴ FRITZSCHE, Jörg, in: Heermann/Schlingloff, *MünchKommUWG*, Band 2 UWG § 8 Rn. 8.

⁵⁵ LETTL, *Wettbewerbsrecht*, § 10 Rn. 4.

⁵⁶ BEATER, *Unlauterer Wettbewerb*, § 33 Rn. 2684.

⁵⁷ BGH, Urt. v. 23.06.1994 (Az. I ZR 15/92), GRUR 1994, S. 844 (846).

⁵⁸ BÜSCHER, Wolfgang, in: Fezer/Büscher/Obergfell, *UWG Kommentar*, Band 2 § 8 Rn. 56.

⁵⁹ BGH, Urt. v. 31.05.2001 (Az. I ZR 106/99), GRUR 2001, S. 1174 f.

⁶⁰ BGH, Urt. v. 23.02.1995 (Az. I ZR 15/93), GRUR 1995, S. 424 f.

4.3.2 SCHADENSERSATZ

Gem. § 9 S. 1 UWG kann bei Vornahme einer geschäftlichen Handlung nach § 3 UWG oder § 7 UWG auch Schadensersatz verlangt werden. Im Gegensatz zum Unterlassungs- und Beseitigungsanspruch ist dieser Anspruch verschuldensabhängig, das heißt, die Verletzungshandlung muss vorsätzlich oder fahrlässig begangen worden sein. § 9 UWG ist rein mitbewerberschützend, der Schutz durch Schadensersatz im UWG wird daher lediglich im Horizontalverhältnis gewährt. Dies ist gerechtfertigt, da das sonstige bürgerliche Recht insbesondere mit seinem strengen Deliktsrecht keinen angemessenen Schutz bietet.⁶¹ Die Folge davon ist, dass der Schadensersatz nicht von institutionellen Klägern verlangt werden kann.⁶²

Der Schadensersatzanspruch verpflichtet grundsätzlich zur Naturalrestitution, § 249 I BGB. Die Schadensberechnung folgt der Differenzhypothese. Problematisch ist in der Praxis jedoch vielfach die Berechnung. Punkte wie Imageverlust und eine konkrete Begründung des vermuteten Schadens schränken § 9 UWG oft weit ein.⁶³

4.3.3 AUFWENDUNGSERSATZANSPRUCH

§ 12 I S. 2 UWG normiert die Erstattung von Abmahnkosten, soweit die Abmahnung „berechtigt“ ist. Hierfür muss ein durchsetzbarer Unterlassungsanspruch bestehen und die Abmahnung muss unentbehrlich sein.⁶⁴ Dies wird vor allem bei mehrfacher Abmahnung relevant. Hier wird klar, warum § 12 I S. 2 UWG von „erforderlichen“ Aufwendungen spricht.

Der Gesetzgeber ist der Rechtsprechung und Literatur bei dieser Regelung gefolgt: Es ist schon seit längerem anerkannt, dass die Abmahnkosten auch im Wege der Geschäftsführung ohne Auftrag (§§ 677, 683 S. 1, 670 BGB) vom Anspruchsschuldner verlangt werden können.⁶⁵ Zweck des Aufwendungsersatzanspruches ist es, den Weg in die Abmahnung und weg vom Gerichtsweg möglichst attraktiv zu gestalten. Außerdem soll unseriösen Abmahnvereinen das Hauptmotiv ihrer Tätigkeit genommen werden.⁶⁶

4.3.4 VERJÄHRUNG

⁶¹ LETTL, *Wettbewerbsrecht*, § 10 Rn. 63.

⁶² BEATER, *Unlauterer Wettbewerb*, § 33 Rn. 2761.

⁶³ EBERT-WEIDENFELLER, Andreas, in: Götting/Nordemann, *HandKomm UWG*, UWG § 9 Rn. 24 f.

⁶⁴ BRÜNING, Hermann, in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, *UWG Kommentar*, UWG § 12 Rn. 77.

⁶⁵ BOESCHE, *Wettbewerbsrecht*, § 4 Rn. 158; BGH, Urt. v. 15.10.1969 (Az. I ZR 3/68), NJW 1970, S. 243 (245).

⁶⁶ REINBOTHE, Jörg, Der Regierungsentwurf zur UWG-Novelle, *WRP* 1982, S. 387 (393).

Von besonderer Bedeutung ist neben den eigentlichen Ansprüchen selbst auch noch die Verjährungsfrist. Diese beläuft sich gem. § 11 UWG auf sechs Monate. Vor Ablauf dieser Zeit müssen Ansprüche auf Unterlassung, Beseitigung, Schadensersatz und Zahlung der Abmahnkosten nach §§ 8, 9, 12 I S. 2 UWG entweder durch eine strafbewehrte Unterlassungserklärung, die Einleitung eines Verfügungsverfahrens, die Abgabe einer Abschlusserklärung oder die Einleitung eines Hauptsacheverfahrens gesichert werden. Der vorbeugende Unterlassungsanspruch kann jedoch nicht verjähren, da er immer wieder neu entsteht, solange Erstbegehungsgefahr besteht.

4.4 AKTIVLEGITIMATION

Bei wettbewerbsrechtlichen Streitigkeiten, insbesondere bezogen auf Werbung, darf nicht „jedermann“ uneingeschränkt klagen. Das UWG weist zunächst dem „Mitbewerber“ in §§ 8 III Nr. 1, 9 S. 1 UWG eine Anspruchs- und Klageberechtigung zu. Dies entspricht dem ursprünglichen Schutzzweck des UWG, dem Mitbewerberschutz (s.o.). Gem. § 2 I Nr. 3 UWG ist ein „Mitbewerber“ jeder Unternehmer, der mit anderen Unternehmern als Anbieter oder Nachfrager von Waren oder Dienstleistungen in einem konkreten Wettbewerbsverhältnis steht. Dieser ist klageberechtigt, weil ihn der Gesetzgeber generell als den unmittelbar Verletzten sieht.⁶⁷

Dem Wortlaut nach ist „jeder“ Mitbewerber klageberechtigt. Es wäre jedoch verfehlt, in jeder Sachlage jeden Mitbewerber auch als unmittelbar Verletzten anzusehen. Verletzt ein Verhalten ein wettbewerbsrechtlich geschütztes Individualinteresse, so ist die Klageberechtigung im Rahmen einer teleologischen Reduktion des § 8 III UWG nur auf den unmittelbar Verletzten zu übertragen.⁶⁸

Weiterhin sind im Rahmen des Unterlassungs- und Beseitigungsanspruch gem. § 8 III Nr. 2, 4 UWG rechtsfähige Verbände zur Förderung gewerblicher Interessen (Unternehmensverbände), sowie Industrie-, Handels- und Handwerkskammern aktivlegitimiert. Die Klageberechtigung der Unternehmensverbände lässt sich bis auf das UWG von 1896 zurückverfolgen. Zweck der Vorschrift war es, die Verfolgung von Wettbewerbsverstößen vom Entschluss der einzelnen Mitbewerber unabhängig zu machen.⁶⁹ Seitdem wurde dieser Zweck

⁶⁷ Regierungsentwurf und Begründung zum UWG, 22.08.2003, BT-Drucks. 15/1487, S. 22 § 8 Abs. 3 Nr. 1.

⁶⁸ BÜSCHER, Wolfgang, in: Fezer/Büscher/Obergfell, *UWG Kommentar*, Band 2 § 8 Rn. 113.

⁶⁹ Reichtagsvorlage UWG 1896, S. 104; BEATER, *Unlauterer Wettbewerb*, § 32 Rn. 2605.

durch die Klagemöglichkeit der Kammern und Verbraucherverbände ausgeweitet. Beispiele für Unternehmensverbände sind die Wettbewerbszentrale und der Deutsche Schutzverband gegen Wirtschaftskriminalität.⁷⁰

Außerdem sind qualifizierte Einrichtungen zum Schutz von Verbraucherinteressen aktiv-legitimiert, § 8 III Nr. 3 UWG. Die Anforderungen an eine „qualifizierte Einrichtung“ ergeben sich aus § 4 UKlaG, der auf Art. 4 III RL 2009/22/EG (Unterlassungsklagen-Richtlinie) beruht.⁷¹ Bei der Regelung geht es der Sache nach um Verbraucherverbände auf nationaler, aber auch supranationaler Ebene. Dies hat den Hintergrund, dass die Unterlassungsklagen-RL sicherstellen will, dass „qualifizierte Einrichtungen“ zum Schutz von Verbraucherinteressen auch dort eine Klage erheben können, wo der Rechtsverstoß seinen Ursprung hat. Es sind somit nicht nur deutsche Verbraucherschutzorganisationen bei Wettbewerbsverstößen berufen, sondern unter bestimmten Voraussetzungen auch entsprechende Einrichtungen anderer Mitgliedsstaaten.⁷²

Dem einzelnen Verbraucher steht keine wettbewerbsrechtliche Klagerechtigung zu. Dies rechtfertigt sich aus der Notwendigkeit, das Wettbewerbsrecht systematisch mit dem Vertragsrecht abzustimmen. Verbraucherrelevante Wettbewerbsverstöße, wie beispielsweise irreführende Werbung, werden bereits ausreichend durch die Klagemöglichkeit der Mitbewerber, Verbände und Verbrauchereinrichtungen bekämpft.⁷³

5 FAZIT UND AUSBLICK

Angesichts der herausgearbeiteten Punkte kann Folgendes gesagt werden: Das Wettbewerbsrecht, insbesondere in seiner Ausformung als Werberegulator, befindet sich schon seit Ende des 19. Jahrhunderts in einem ständigen Wandel. Dabei hat die gesellschaftliche Entwicklung vornehmlich im 20. Jahrhundert eine große Rolle gespielt, wohingegen die ständigen Neunovellierungen seit 2004 vor allem durch Rechtsprechung und den Einfluss der Europäischen Union geprägt sind.

Ziel der europäischen Entwicklung ist die Harmonisierung des Binnenmarktes zwischen den Mitgliedsstaaten und zeitgleich die Erhaltung des freien und unverfälschten Wettbewerbs.⁷⁴ Diese beiden Punkte sind jedoch nicht immer miteinander vereinbar: Das zwischenstaatlich

⁷⁰ HIMMELSBACH, *Wettbewerbsrecht*, § 10 Rn. 511.

⁷¹ BOESCHE, *Wettbewerbsrecht*, § 3 Rn. 68.

⁷² KÖHLER, Helmut/BORNKAMM, Joachim, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, *KurzKomm UWG*, UWG § 8 Rn. 3.52.

⁷³ BEATER, *Unlauterer Wettbewerb*, § 32 Rn. 2622.

⁷⁴ TERHECHTE, Philipp, in: Nettesheim, *Das Recht der EU*, EUV, Art. 3 Rn. 41.

unterschiedlich ausgefertigte, aber einem unverfälschten und freien Wettbewerb entsprechende Wettbewerbsrecht von heute erfüllt noch nicht vollständig die erwünschte Harmonisierung. Würde es allerdings durch ein europäisch einheitlich ausgefertigtes Wettbewerbsrecht zu einer solchen Vollharmonisierung kommen, könnte der freie Wettbewerb gefährdet sein. Denn der europäische Binnenmarkt lebt unter anderem von seiner Vielfalt und seinem Alternativcharakter. Insofern verhindert das vielseitige, europäisierte Wettbewerbsrecht der Staaten eine vollständige Harmonisierung, was aus aktueller Sicht nicht unbedingt als negativer Punkt zu verstehen ist.

Eine viel größere Paradigmenfrage stellt sich jedoch bei der Ausformung des zugrundeliegenden Verbraucherschutzes der Europäischen Union und dessen Auswirkung auf das nationale Recht. In früheren Zeiten stand die gegenseitige wirtschaftliche Durchdringung der Märkte im Fokus des europäischen Wettbewerbsrechts. Mit dem sogenannten „more economic approach“ hat die EU-Kommission jedoch die Verbraucherwohlfahrt („consumer welfare“) in den Vordergrund gerückt.⁷⁵ Will man allerdings ausgeglichen zwischen den Interessen der Verbraucher und jenen des Binnenmarktes abwägen, so stößt man schnell auf Widersprüche und kaum lösbare Problematiken. Diese beginnen schon bei der Frage, wer überhaupt als Verbraucher zu verstehen ist und welchen Selbstinformationsaufwand man dem einzelnen Verbraucher zumuten kann. Mit dem modernen Verbraucherleitbild hat sich im verbraucherschützenden Wettbewerbsrecht eine notwendige und auch angemessene Dogmatik entwickelt, welche die Grundpfeiler der freien Marktwirtschaft im Wesentlichen stützt. Insoweit hat nicht nur das nationale, sondern auch das europäische Recht einen zufriedenstellenden Ausgleich zwischen nachhaltigem Verbraucherschutz und freiem Wettbewerb gefunden.

Für den Ausblick in die Zukunft gibt es nur in wenigen Punkten Entwicklungsbedarf. Der mittlerweile gut aufgeklärte Verbraucher wird in den meisten Fällen mit einer Werbung konfrontiert, die auf einer Seite die Interessen des Werbenden vertritt, auf der anderen Seite aber auch umfassend über mögliche Risiken unterrichtet und nicht irreführend ist. Zu verdanken ist dieser Umstand der jahrelangen Entwicklung der Regulierung der zulässigen Werbung durch nationales und europäisches Recht. Gerade diese Entwicklung ist noch nicht zum Stillstand gekommen und wird in ständiger Neufassung und Rechtsprechung konkretisiert. Es muss jedoch die verbraucherschützende Modernisierung der Werberegulierungen vor allem im Hinblick auf die Gewährleistung eines freien und unverfälschten Wettbewerbs mit Vorsicht genossen werden. Auch wenn der aufmerksame und kritisch betrachtende Verbraucher geschützt

⁷⁵ TERHECHTE, Philipp, in: Nettesheim, *Das Recht der EU*, EUV, Art. 3 Rn. 42.

Porto Alegre, v. 5, n. 1, p. 101-123, out. 2020

werden muss; es darf sich kein Weg in die Zensur von Werbung anbahnen. Betrachtet man allerdings die ständige Entwicklung der europäischen Union und des nationalen Rechts, ist dies in absehbarer Zukunft auch nicht ohne Weiteres zu erwarten.

VERWEISE

BEATER, Axel: Unlauterer Wettbewerb, Tübingen 2011.

BERGMANN, Jan (Hrsg.): Handlexikon der Europäischen Union, 5. Auflage, Baden-Baden 2015.

BOESCHE, Katharina: Wettbewerbsrecht, 5. Auflage, Heidelberg 2016.

FEZER, Karl-Heinz/BÜSCHER, Wolfgang/Obergfell, Eva (Hrsg.): Lauterkeitsrecht – Kommentar zum UWG, 3. Auflage, München 2016.

GÖTTING, Horst-Peter/NORDEMAN, Axel (Hrsg.): Handkommentar UWG, 3. Auflage, Baden-Baden 2016.

HABERSTUMPF, Helmut/HUSEMANN, Stephan: Wettbewerbs- und Kartellrecht, Gewerblicher Rechtsschutz, 6. Auflage, München 2015.

HARTE-BAVENDAMM, Henning/HENNING-BODEWIG, Frauke (Hrsg.): Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb – Kommentar, 4. Auflage, München 2016.

HEERMANN, Peter/SCHLINGLOFF, Jochen (Hrsg.): Münchener Kommentar zum Lauterkeitsrecht, 2. Auflage, München 2014.

HIMMELSBACH, Gero: Wettbewerbsrecht – Ansprüche, Verfahren, Taktik, Muster, 4. Auflage, München 2014.

KÖHLER, Helmut/BORNKAMM, Joachim/FEDDERSEN, Jörn (Hrsg.): Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb – Beck'sche Kurzkommentar, 37. Auflage, München 2019.

VON LANDMANN, Robert/ROHMER, Ernst (Begr.): Gewerbeordnung und ergänzende Vorschriften – Kommentar, 79. Ergänzungslieferung, München im Juni 2018.

LEDERER, Beatrice: „Das Verbraucherleitbild im Internet“, in: NJOZ 2011, S. 1833 ff.

LETTL, Tobias: Wettbewerbsrecht, 2. Auflage, München 2013.

NETTESHEIM, Martin (Hrsg.): Das Recht der Europäischen Union, 65. Ergänzungslieferung, München im August 2018.

OHLY, Ansgar/SOSNITZA, Olaf (Hrsg.): Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb – Kommentar, 7. Auflage, München 2016.

PASTOR, Wilhelm: „Verbraucherverbände im Sinne des § 13 Abs. 1a UWG“, in: GRUR 1969, S. 571 ff.

PIPER, Henning: Aktuelle Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zum Wettbewerbsrecht, Köln 1992.

REINBOTHE, Jörg: „Der Regierungsentwurf zur UWG-Novelle“, in: WRP 1982, S. 387 ff.

