

"Revolution" im deutschen Werberecht?

Ist der Ausdruck "Revolution" in diesem Zusammenhang gerechtfertigt? Wenn man unter "Revolution" die überraschende Änderung eines lange bestehenden Zustandes versteht, lässt sich dieser Ausdruck auch im Bereiche des Rechtes vertreten. Dem deutschen Werberecht ist eine solche "Revolution" widerfahren.

Deutsches Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb stammte von 1909

Das deutsche Werberecht als geschlossenes System blickte auf eine fast 100 jährige Geschichte zurück. Am 7. Juli 1909¹ trat das "Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb" (UWG) in Kraft. Es regelte in 28 Paragraphen die Grundlagen der rechtlichen Vorgabe für gewerbliche Kommunikation.

Im Zeitpunkt des Inkrafttretens bestanden Flugzeuge noch aus Holz, Draht und Stoff, die ersten Automobile bewegten sich auf den Straßen, mussten noch mittels einer Kurbel gestartet werden. Albert Einstein begann die Relativitätstheorie zu entwickeln. Wenige Jahre nach Inkrafttreten des neuen Gesetzes begann der Erste Weltkrieg, der zweite folgte bald darauf. 1957 wurden mit dem Vertrag von Rom die Grundlagen der Europäischen Union gelegt.

Ergänzung des UWG durch RabattG und Zugabeverordnung

1932 trat die so genannte "Zugabeverordnung"² neben das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, die verhindern sollte, dass Verbraucher sich durch vermeintliche Geschenke und Zugaben anlocken und täuschen und so zum Kauf verleiten ließen. Die Zugabeverordnung erlaubte derartige Zugaben nur, wenn deren Wert nicht mehr als ein bis zwei DM betrug. Ein Jahr später kam zur Zugabeverordnung mit gleicher Zielrichtung das Rabattgesetz³ hinzu, das verbot, dass Verbraucher unter Vorspiegelung hoher Nachlässe zum Kauf verleiten wurden. Erlaubt waren seither nur Nachlässe in Höhe von 3 % des Warenpreises.

Verbot vergleichende Werbung durch das Reichsgericht im Jahre 1938

¹ Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, vom 7. Juli 1909 (RGBl. S. 499)

² Verordnung des Reichspräsidenten zum Schutz der Wirtschaft vom 9. März 1932, RGBl. I 121

³ Gesetz über Preisnachlässe vom 25. November 1933 > für Luke – diesen Gesetzestext in deutsch belassen Fn 1

Im Jahr 1938 fällte das damals höchste deutsche Gericht in Zivilsachen, das Reichsgericht, eine Entscheidung, mit der vergleichende Werbung grundsätzlich untersagt wurden (" Ein deutscher Kaufmann vergleicht nicht und hat es nicht nötig, sich vergleichen zu lassen")⁴. Seither gab es derartige Vergleiche in der deutschen Werbung praktisch nicht.

Einschränkung von Sonderverkäufen

In den 50er Jahren des vergangenen Jahrhunderts wurde die Möglichkeit der Durchführung von Sonderverkäufen eingeschränkt. Nur zu ganz genau festgelegten Zeiten im Jahr (Winter, Sommer) und zu bestimmten Anlässen (Geschäftsaufgabe, durch die Zahl 25 teilbares Jubiläum) durften Waren zu reduzierten Preisen angeboten werden⁵. Unabhängig davon waren und blieben unterschiedliche Preise für unterschiedliche Verbrauchergruppen untersagt.

Das UWG

Das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb von 1909 enthielt im wesentlichen zwei Generalklauseln, nämlich das Verbot der Irreführung (§ 3 UWG) sowie das Verbot des Verstoßes gegen die "guten Sitten" durch Werbehandlungen.

§ 3 UWG untersagte irreführende Werbung in allen Erscheinungsformen. Nicht im Gesetz stand, wie ermittelt werden soll, wann eine Aussage irreführend ist. In der Regel entschieden die Richter dies aus ihrer subjektiver Sicht, zogen in Zweifelsfällen allerdings unabhängige Gutachter heran, die in einem komplizierten und teuren Verfahren durch Meinungsumfragen den repräsentativen Querschnitt der Bevölkerung ermittelten, ob diese durch eine bestimmte Aussage in die Irre geführt wurde.

Ein Prozentsatz von 10 bis 15 Prozent dieser befragten Personen genügte, um eine Irreführung anzunehmen. Wegen dieses strengen Maßstabes kam es zum Teil zu absurden Entscheidungen. So wurde beispielsweise einer Veranstaltung in Köln verboten, ein Festzelt als "Bayernfesthalle" zu bezeichnen, weil dort nicht Bier aus dem Bundesland Bayern ausgeschenkt wurde, sondern Bier aus dem Bundesland Nordrhein-Westfalen, in dem die Stadt Köln liegt. Die Richter waren der Meinung, dass die Verbraucher in Nordrhein-Westfalen bayrisches Bier in einer "Bayernfesthalle" erwarteten.

Als Maßstab gingen die Gerichte von dem "oberflächlichen, uninformierten und uninteressierten" Verbraucher aus.

⁴ Reichsgericht RG 31, 1299

⁵ § 7 UWG alter Fassung > Luke Old version ?

§ 1 UWG Verbot gegen die „guten Sitten“ verstoßende Werbung⁶. Der Begriff "Gute Sitten" erlaubte den Gerichten z. B. vergleichende Werbung als "sittenwidrig" zu untersagen, aber auch neue Entwicklungen in die Rechtsordnung einzubeziehen. Unter Berufung auf § 1 UWG stellte der Bundesgerichtshof in zahlreichen Entscheidungen z. B. fest, dass so genannte "kalte Anrufe", also Telefonanrufe mit dem Zweck der Werbung in die Privatsphäre der angerufenen Person ohne ihr vorheriges Einverständnis eingreife und deswegen als sittenwidrig gem. § 1 UWG zu unterlassen sei. Auf diese Bestimmung wurde auch das Verbot der Zusendung von Werbung per E-Mail ohne vorheriges Einverständnis des Empfängers gestützt.

Als gegen die "guten Sitten" und damit § 1 UWG verstoßend wurde vom BGH auch die Koppelung der Teilnahme an einem Gewinnspiel an einen Kauf untersagt⁷. Eine ausdrückliche gesetzliche Grundlage dafür gab es nicht.

§ 1 UWG war auch in anderen Bereichen die rechtliche Grundlage für deutsche Gerichte, Verhalten zu verbieten, das aus ihrer Sicht nicht geduldet werden konnte.

Bundesrepublik Deutschland mit dem wohl strengsten Werberecht in der EU

Diese auf den §§ 1 und 3 UWG basierende Rechtsprechung führte im Laufe der Jahrzehnte dazu, dass sich die Bundesrepublik Deutschland im Bereiche des Werberechtes innerhalb der Europäischen Union als Mitgliedstaat mit den wohl strengsten Maßstäben entwickelte.

Die Entwicklung innerhalb der Europäischen Union führte auch dazu, dass in vielen der Mitgliedstaaten werblich möglich war, was in der Bundesrepublik Deutschland verboten wurde.

Änderung des Verbraucherleitbildes

In mehreren Entscheidungen stellte der Europäische Gerichtshof⁸ zudem früh fest, dass Maßstab für die Beurteilung der Irreführung einer Werbemaßnahme nicht der „oberflächliche, uninformierte und uninteressierte Verbraucher“ sei, sondern der „reasonably well informed and reasonably observant and circumspect consumer“. Für die Gerichte in der Bundesrepublik Deutschland bedeutete dies, dass sie auch ihren strengen Maßstab für die Beurteilung der Irreführung lockern mussten.

⁶ § 1 UWG aF: " Wer im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs Handlungen vornimmt, die gegen die guten Sitten verstoßen, kann auf Unterlassung und Schadenersatz in Anspruch genommen werden ". A

⁷ Z.B. BGH Wettbewerb in Recht und Praxis (WRP) 1976, 100

⁸ Z.B. EuGH Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht (GRUR) International 1983, 648 (Osthoek)

Auch europarechtliche Vorschriften wie Directives, Regulations⁹ führten zur Notwendigkeit der Anpassung der strengen nationalen deutschen Vorschriften an die in der Regel weniger strengen europäischen Vorgaben.

Auch der EU Vertrag¹⁰ selbst untersagte Beschränkungen des Verkehrs zwischen EU Mitgliedstaaten.

So entschied der europäische Gerichtshof z. B. im Fall Yves Rocher¹¹, dass eine Bestimmung im Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb das Kosmetikunternehmen Yves Rocher bei seiner grenzüberschreitenden Werbung unzulässig beschränke. Das Unternehmen mit Sitz in Frankreich hatte in Katalogen, die in Frankreich hergestellt worden waren, eigene aktuelle Preise eigenen früheren Preisen gegenübergestellt. Diese Kataloge waren von Frankreich aus auch an deutsche Verbraucher gesandt worden. Das Gesetz gegen unlauteren Wettbewerb verbot in seiner damaligen Fassung jedoch in § 6 UWG die Gegenüberstellung aktueller eigener Preise mit früheren eigenen Preisen. Die deutschen Gerichte untersagten deswegen zwangsläufig dem französischen Unternehmen unter Bezugnahme auf diese Bestimmung die Verteilung des Kataloges in der Bundesrepublik Deutschland. Der europäische Gerichtshof entschied, dass die Verurteilung zur Unterlassung des weiteren Vertriebs des Kataloges gegen Art. 28 des EU Vertrages verstoße, weil es dem französischen Unternehmen bei seiner Werbung in die Bundesrepublik etwas verbiete, nämlich die Gegenüberstellung früherer eigener Preise mit aktuellen eigenen Preisen, das diesen Unternehmen in seinem Herkunftsland erlaubt sei. Wegen der unterschiedlichen Rechtslage in der Bundesrepublik Deutschland müsse dieses Unternehmen sein Konzept speziell für Deutschland ändern und dafür besondere Kosten aufwenden. Dies sei eine unzulässige, gegen den EU Vertrag verstoßende Beschränkung.

"Inländerdiskriminierung" als Hebel zur Abschaffung von Gesetzen

In der Konsequenz führte dies dazu, dass Unternehmen mit Sitz in einem Mitgliedstaat der Europäischen Union (Herkunftsland) in einem anderen Mitgliedstaat (Zielland) werbliche Maßnahmen verwenden durften, wenn diese zwar im Zielland verboten, im Herkunftsland aber erlaubt waren.

⁹ Z.B. Richtlinie des Rates zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedsstaaten über irreführende Werbung vom 10. September 1984 (84/450/EWG)

Richtlinie des Rates zur Koordinierung bestimmter Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedsstaaten über die Ausübung der Fernsehaktivität (ABl. Nr. L 298/23 vom 17.10.1989) 89/552/EWG

Verordnung Nr. 2081/92 des Rates vom 14.7.1992 zum Schutz von geografischen Angaben und Ursprungsbezeichnungen und Ursprungsbezeichnungen für Agrarerzeugnisse und Lebensmittel

Richtlinie des Rates vom 13.6.9.19 über Pauschalreisen 90/314 EWG

¹⁰ Art. 28 damalige Fassung

¹¹ EuGH C – 126/91 vom 18.5.1993

Dies barg die Gefahr der "Inländerdiskriminierung" für Unternehmen mit Sitz in der Bundesrepublik. Diese mussten sich an das nationale Recht halten, während dieses Recht für Unternehmen aus einem Mitgliedstaat der Europäischen Union nicht galt, wenn die Maßnahme nach dem Recht des Herkunftslandes zulässig war. Die Bundesrepublik Deutschland muss sich deswegen entscheiden, ob sie bei ihrem strengen Werberecht bleiben und damit zu einer werberechtlichen "Insel der gestrengen" innerhalb der Europäischen Union werden oder ob sie sich anpassen und ihre Recht lockern wollte. Die Entscheidung fiel zu Gunsten der Anpassung.

Durch die so genannte E-Commerce Richtlinie¹² wurde dieses "Herkunftslandprinzip" für den Bereich der elektronischen Kommunikation in innerhalb der Europäischen Union bindendes Recht.

Neues UWG

Auf Grund dieser von Brüssel ausgehenden Veränderungen kam man in der Bundesrepublik Deutschland zu der Erkenntnis, dass ein neues Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb die entstehenden Probleme lösen würde. Zunächst wurden das Rabattgesetz und die Zugabeverordnung ersatzlos gestrichen, am 8. Juli 2004 trat dann ein neues UWG in Kraft. Das Gesetz änderte einige Definitionen, goss von der Rechtsprechung entwickelte Grundsätze in Gesetzesform und nahm notwendige Anpassungen des deutschen Rechtes an die Vorgaben aus Brüssel vor.

Zur "Revolution" im deutschen Werberecht haben auch Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichtes beigetragen, das mehrfach auch kommerzielle Kommunikation, also Werbung, unter den Schutz des Artikels 5 GrundG stellte. Die Aufsehen erregende Werbung der Firma Benetton Anfang der 90er Jahre des vergangenen Jahrhunderts war Gegenstand eines langwierigen Rechtsstreites, der am Landgericht Frankfurt begann, zum Oberlandesgericht Frankfurt führte und vorläufig beim Bundesgerichtshof endete. Alle Instanzen hielten z. B. die Darstellung eines sterbenden Aids - Krebskranken als Werbung für die Produkte der Firma Benetton für einen Verstoß gegen die " guten Sitten " und verboten sie. Das BVerfG¹³, als letzte Instanz angerufen, ob die Entscheidung des Bundesgerichtshofs ist jedoch auf und verwies den Rechtsstreit an die Vorinstanz zurück. Der Bundesgerichtshof war jedoch immer noch nicht davon überzeugt, dass sein Standpunkt falsch war und hielt das Verbot aufrecht. Erneut angerufen bestätigte das BVerfG¹⁴ letztlich und letztinstanzlichen die Zulässigkeit dieser Werbung und betonte, dass auch "ungewöhnliche" Werbung unter dem Schutz des Grundgesetzes steht.

¹² e – commerce Directive 2000/31/EC

¹³ BVerfG vom 12.12.2000 Az. BvR 1762/95

Diesen Standpunkt bekräftigte das BVerfG in weiteren Entscheidungen. So hob es das jahrzehntelange Verbot der Werbung einer Anwältin für ihre Dienstleistungen mit der Mitgliedschaft in einem nationalen Sportteam auf, weil diese Mitgliedschaft für mögliche Mandanten mit sportlichem Hintergrund interessant sein könne¹⁵.

In der Folge änderte dann auch der Bundesgerichtshof seine strengen Rechtsprechung und erlaubte beispielsweise die Werbung mit Call for helpfulness, sympathy, environment - consciousness, die bis dahin strengen verboten war. Grundlage dieser Entscheidung war ein Fall, in dem eine Apotheke mit ihrer Unterstützung für die Erhaltung von ausgestorbenen Tierarten warb. Auch diese Werbung war im Jahr 1994 zunächst vom LG Frankfurt und der weiteren Instanz als gegen "die guten Sitten" verstößend untersagt worden, bis ihr der BGH im Jahr 2005 die wettbewerbsrechtliche Unbedenklichkeit bescheinigte.

Europarechtliche Rahmenbedingungen

Eine ganze Reihe von Vorgaben für die Werbung, die auch in der Bundesrepublik Deutschland entweder von sich aus zu beachten (Verordnungen > für Luke = Regulations) oder in das nationale Recht umzusetzen waren, kommt aus Brüssel.

Bereits im Jahre 1984 trat die Richtlinie über irreführende Werbung in Kraft (84/450/EWG)¹⁶, mit der alle Mitgliedstaaten der Bekämpfung irreführende Werbung gezwungen werden sollten. Wegen der Vorschrift des § 3 UWG sah die Bundesrepublik Deutschland insoweit allerdings kaum Handlungsbedarf.

Im Jahr 1997 war die Richtlinie zur Einführung der Zulässigkeit vergleichende Werbung in Kraft getreten, die für einen erheblichen Umschulung im deutschen Werberecht sorgte, weil seit dem Urteil des Rechtsgerichtes aus dem Jahre 1938 vergleichende Werbung grundsätzlich untersagt war.

¹⁵ BVerfG, Beschluss vom 04. August 2003, AZ: 1 BvR 2108/02 –

¹⁶ Directive 84/450/EEC of 10 September 1984 on the approximation of the laws, regulations and administrative provisions of the Member States concerning misleading advertising

Im Jahr 2006 schließlich trat die so genannte „Health Claim Regulation“¹⁷ in Kraft, die die Angaben auf Lebensmitteln geregelt.

Jüngste, die Werbung betreffende Richtlinie ist die Richtlinie(> für Luke) „unfair commercial practice“¹⁸, die eine Zusammenstellung von Verhaltensweisen enthält, die in allen Mitgliedstaaten verbindlich als unzulässig betrachtet werden müssen. Diese Richtlinie muss in der Bundesrepublik Deutschland noch in nationales Recht umgesetzt werden und wird zu - geringfügigen - Änderungen des geltenden UWG führen.

Zusammenfassung

Abschließend lässt sich fest halten, dass die Entwicklung des europäischen Werberechtes die Entwicklung des deutschen Werberechtes im letzten Jahrzehnt ganz entscheidend geprägt hat. Der Zwang des deutschen Rechtes zur Anpassung an die europäischen Vorgaben hat zunächst zur Abschaffung zahlreicher, tatsächlich oder möglicherweise in Widerspruch zum europäischen Recht stehender Vorschriften geführt und mündete in der vollständigen Abschaffung des aus dem Jahre 1904 stammenden Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb.

Der durch die Mitgliedschaft der Bundesrepublik Deutschland in der Europäischen Union geschaffene Druck hat zu einem "Umsturz", zu einer "Revolution" geführt. Das strenge deutsche Werberecht wurde dadurch liberalisiert und gelockert.

©

Dr. Schotthöfer&Steiner

Rechtsanwälte

Grillparzerstrasse 38

81675 München

Tel. 089 – 890416010

Fax. 089 – 47 32 71

eMail: pwsjur@schotthoefer.de

¹⁷ **Corrigendum to Regulation (EC) No 1924/2006 of the European Parliament and of the Council of 20 December 2006 on nutrition and health claims made on foods (OJ L 404, 30.12.2006)**

¹⁸ DIRECTIVE 2005/29/EC OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL of 11 May 2005 concerning unfair business-to-consumer commercial practices in the internal market and amending Council Directive 84/450/EEC, Directives 97/7/EC, 98/27/EC and 2002/65/EC of the European Parliament and of the Council and Regulation (EC) No 2006/2004 of the European Parliament and of the Council (‘Unfair Commercial Practices Directive’)

HP: www.schotthoefer.de