

*Grenzen des Direktmarketing aus europarechtlicher,
rechtsvergleichender und wettbewerbsrechtlicher Sicht
-Die Fallgruppe der belästigenden Werbung des § 1 UWG-*

INAUGURAL-DISSERTATION

zur

Erlangung des Grades eines Doktors des Rechts

vom Fachbereich Rechtswissenschaft

der

Freien Universität Berlin

vorgelegt von

Silke Engel

Referendarin in Berlin

Die Deutsche Bibliothek - CIP-Einheitsaufnahme

Engel, Silke:

Grenzen des Direktmarketing aus europarechtlicher,
rechtsvergleichender und wettbewerbsrechtlicher Sicht : die Fallgruppe
der belästigenden Werbung des §1 UWG / Silke Engel. - Als Ms. gedr. -
Berlin : dissertation.de, 2000
Zugl.: Berlin, Freie Univ., Diss., 1999
ISBN 3-89825-066-0

Prüfungsverfahren eröffnet:	8. Juli 1998
Tag der mündlichen Prüfung:	15 Dezember 1999
Gutachter:	Prof. Dr. Dr. Franz Jürgen Säcker Prof. Dr. Friedrich Ebel

Copyright Verlag **dissertation.de** 2000

Alle Rechte, auch das des auszugsweisen Nachdruckes,
der auszugsweisen oder vollständigen Wiedergabe,
der Speicherung in Datenverarbeitungsanlagen,
auf Datenträgern oder im Internet und der Übersetzung, vorbehalten.

Als Manuskript gedruckt.
Es wird ausschließlich chlorfrei gebleichtes Papier verwendet.
Printed in Germany

ISBN 3-89825-066-0

dissertation.de
Verlag im Internet
Leonhardtstr. 8-9
D-14057 Berlin

Email: dissertation.de@snafu.de
URL: <http://www.dissertation.de>

Inhaltsverzeichnis

Inhaltsverzeichnis	I
Abkürzungsverzeichnis	VIII
Literaturverzeichnis	XII
1. Kapitel: Einleitung	1
<i>A. Einführung in die Problemstellung</i>	1
<i>B. Internationalprivatrechtliche Anwendbarkeit von § 1 UWG</i>	7
2. Kapitel: Deutsche Rechtslage	11
<i>A. Einführung</i>	11
<i>B. Zusendung unbestellter Werbematerials</i>	13
I. Briefkastenwerbung	13
1. Rechtsprechung	13
2. Würdigung	15
II. Telex- und Telefax-Werbung	16
1. Rechtsprechung	16
2. Würdigung	18
III. Btx-Werbung	18
1. Beschreibung der technischen Abläufe	18
2. Rechtsprechung	19
3. Würdigung	20
IV. Werbung mittels eMail	21

1. Technische Vorgänge _____	21
2. Rechtliche Beurteilung _____	22
3. Würdigung _____	23
4. Selbstregulierung _____	26
C. Zusendung unbestellter Ware _____	27
1. Rechtsprechung _____	27
2. Würdigung _____	30
D. Weitere Fälle der belästigenden Werbung _____	30
I. Telefonwerbung _____	30
1. Rechtsprechung _____	30
2. Würdigung _____	32
II. Ansprechen in der Öffentlichkeit _____	34
1. Rechtsprechung _____	34
2. Würdigung _____	35
III. Vertreterbesuch _____	36
1. Rechtsprechung _____	36
2. Würdigung _____	37
3. Kapitel: Europäisches Recht _____	39
A. Richtlinien _____	39
I. Richtlinie über den Verbraucherschutz bei Vertragsabschlüssen im Fernabsatz _____	39
1. Regelungsbereich der Richtlinie _____	39
2. Die einzelnen Fallgruppen des Direktmarketing in der Richtlinie _____	42
a) Briefkastenwerbung _____	43
b) Telefax-Werbung _____	44

c) Btx-Werbung _____	44
d) eMail-Werbung _____	45
e) Zusendung unbestellter Waren _____	46
f) Telefonwerbung _____	47
3. Fazit _____	47
II. Richtlinie zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personengebundener Daten und zum freien Datenverkehr _____	48
B. Die Bedeutung der Warenverkehrsfreiheit im Hinblick auf	
Werberegelungen _____	48
I. Werberegulungen als Maßnahmen gleicher Wirkung _____	50
II. Keck-Urteil _____	51
III. Nachfolgerechtsprechung _____	53
IV. Fazit _____	56
4. Kapitel: Legitimation rechtsvergleichender Auslegung für	
autonom-internes Recht _____	59
A. Die einzelnen Rechtfertigungsansätze _____	60
I. Art. 1 schweizerisches ZGB _____	60
II. Änderung gesellschaftlicher Bedingungen _____	61
III. Entwicklungsgeschichte der Auslegungsgrundsätze _____	62
IV. Gemeinschaftsrechtliche Rechtfertigung _____	65
1. Art.5 EGV _____	65
2. Ziele des EGV _____	66
3. Verbot von Wettbewerbsverfälschungen _____	67
a) Wesen des Wettbewerbs _____	68
b) Begriff der Verfälschung im Regelungssystem des EGV _____	69

c) Bedeutung des Binnenmarktkonzepts für die Schwelle des Verbots _____	73
4. Fazit für die Rechtfertigung der rechtsvergleichenden Auslegung _____	78
V. Neuer rechtsvergleichender Ansatz des <i>ius commune</i> _____	79
1. Ausgangspunkt _____	79
2. Bedeutung des <i>ius commune</i> für die Rechtsvereinheitlichung _____	81
3. Bedeutung des neuen Ansatzes für die Rechtfertigung der rechtsvergleichenden Auslegung _____	85
B. Überblick: Rechtsvergleichende Auslegung in der bisherigen Rechtsprechung _____	87
5. Kapitel: Legitimation der rechtsvergleichenden Auslegung im Rahmen von § 1 UWG _____	
A. Übertragbarkeit der einzelnen Ansätze _____	91
I. Funktionswandel bei § 1 UWG _____	91
II. Verbot der Wettbewerbsverfälschung bei unterschiedlichen Regelungen über Verkaufsmodalitäten _____	92
III. Verhältnis zum Auslegungsmaßstab der Freiheit des Wettbewerbs im Kartellrecht _____	96
IV. Rechtfertigung durch neuen Ansatz _____	98
B. Überblick: Berücksichtigung ausländischen Rechts in der Rechtsprechung zu § 1 UWG _____	99
6. Kapitel: Länderberichte _____	
A. Italien _____	101
I. Einführung _____	101
II. Die Generalklausel des Art. 2598 Ziff.3 c.c. _____	102
1. Allgemeines _____	102

2. Die Grundsätze der beruflichen Korrektheit _____	103
3. Die Schadenseignung _____	104
4. Klagebefugnis _____	106
III. Werbeselbstkontrolle _____	107
1. Allgemeines _____	107
2. Inhaltliche Regelungen _____	108
3. Durchsetzung der Verhaltensregeln _____	108
4. Selbstregelungskodex der Vereinigung ANVED _____	109
IV. Konkretisierung der Grundsätze der beruflichen Korrektheit in Art.2598 Ziff.3 c.c. anhand der Verhaltensrichtlinien des c.a.p. _____	110
B. Niederlande _____	111
I. Einführung _____	111
II. Die Generalklausel des Art.6:162 Abs.2 nieuwe BW _____	113
1. Allgemeines _____	113
2. Das ungeschriebene Recht _____	113
3. Beurteilung von Direktmarketing im Rahmen der Generalklausel _____	115
4. Klagebefugnis _____	115
III. Werbeselbstkontrolle _____	117
1. Allgemeines _____	117
2. Inhaltliche Regelungen _____	117
3. Verfahren und Durchsetzung _____	118
C. Vereinigtes Königreich von Großbritannien und Nordirland _____	119
I. Einführung _____	119
II. Grundlagen des britischen Rechts des unlauteren Wettbewerbs _____	120
III. Straf- und verwaltungsrechtliche Regelungen _____	121
IV. Unsolicited Goods and Services Act 1971/1975 _____	122

1. <i>Inhaltliche Regelungen</i>	122
2. <i>Durchsetzung</i>	122
V. <i>Passing-off</i>	122
VI. <i>Private nuisance und trespass to land</i>	124
VII. <i>Sonstige rechtliche Erfassung von Direktmarketing</i>	125
VIII. <i>Werbeselbstkontrolle</i>	125
1. <i>Allgemeines</i>	125
2. <i>Einschlägige Regelungen</i>	126
3. <i>Durchsetzung</i>	127
7. Kapitel: Rechtsvergleich	129
<i>A. Ursachen für die Lösung des Interessenkonflikts durch außerrechtliche Verhaltensregeln</i>	129
<i>B. Befriedigung der Interessen in den Ländern. Vergleich</i>	130
I. <i>Zusendung unbestellter Werbematerials</i>	131
II. <i>Zusendung unbestellter Ware</i>	133
III. <i>Andere Fallgruppen des Direktmarketing</i>	134
<i>C. Ursachen für Prinzip generellen Verbots von Direktmarketingaktivitäten in Deutschland</i>	135
I. <i>Nationales Phänomen?</i>	135
II. <i>Bedeutung des Verbraucherbildes</i>	136
1. <i>Demoskopie</i>	136
2. <i>Richterliche Eigenwertung</i>	138
III. <i>Einflüsse auf die richterliche Entscheidungsfindung</i>	139
1. <i>Einstweiliger Rechtsschutz</i>	139
2. <i>Verbandsklagebefugnis</i>	140

IV. Fehlende Aktivitäten der Werbeselbstkontrolle auf Gebiet des Direktmarketing in Deutschland _____	142
1. <i>Die Werbeselbstkontrolle in Deutschland</i> _____	142
a) <i>Entwicklung der Werbeselbstkontrolle</i> _____	142
b) <i>Aufgaben des Deutschen Werberates</i> _____	143
c) <i>Beschwerdeverfahren und Sanktionen</i> _____	144
2. <i>Hypothetischer Einfluß von Verhaltensregelungen der Werbeselbstkontrolle auf das Verbotniveau</i> _____	145
8. Kapitel: Kritische Würdigung _____	149
A. Vorzugswürdigkeit des Prinzips genereller Zulässigkeit _____	149
I. Optimale Befriedigung der Interessen _____	149
II. Vereinbarkeit mit Richtlinie zum Verbraucherschutz bei Vertragsabschlüssen im Fernabsatz _____	150
B. Harmonisierungswirkung _____	152
C. Perspektiven. Abbau der verbotsfördernden Faktoren _____	152
9. Kapitel: Zusammenfassung _____	155
Lebenslauf _____	164

1. Kapitel: Einleitung

A. Einführung in die Problemstellung

Führt man sich vor Augen, daß bereits heute ein Viertel der Verbraucher Angebote jenseits der eigenen Landesgrenzen wahrnimmt¹ und die Bereitschaft zu grenzüberschreitenden Einkäufen im Binnenmarkt ständig steigen dürfte, so liegt es auf der Hand, daß der Bedarf an Absatzwerbung über die eigenen Landesgrenzen hinaus zunimmt. Um Konsumenten aus anderen europäischen Mitgliedstaaten auf die eigenen Produkte aufmerksam zu machen, wird von Unternehmen vermehrt ein einheitliches Werbekonzept im Binnenmarkt, eine sogenannte Euro-Marketingstrategie, als ökonomisch sinnvoll erachtet und angestrebt.²

Nachdem im Jahr 1983 der amerikanische Marketingexperte *Theodore Levitt* in seinem Aufsatz „The Globalisation of Markets“ die Internationalisierung des Marketing proklamiert hatte, schlugen aus dem Land der unbegrenzten Möglichkeiten auch Wellen nach Europa über, wenngleich mit weniger euphorischen Zügen.³ Dabei wurde ein Phänomen zu Tage gefördert, das als Charakteristikum für die Nachfragerseite in dem modernen Medien- und Technologiezeitalter stehen dürfte. Mit dem wachsenden Informationsaustausch über die nationalen Grenzen hinweg und der damit einhergehenden Konfrontation mit ausländischen Lebensgewohnheiten lösen sich gleichsam die eigenen, national geprägten Konsumbedürfnisse auf und nähern sich den jeweils anderen Gewohnheiten an.⁴ Letztendlich treten anstelle der früher durch „culture gaps“ auf das nationale Terrain begrenzten Konsumgruppen transnationale Gruppen mit spezifischen Bedürfnissen. Bildhaft gesprochen bedeutet dies: „Der Jogger im Londoner Hyde Park, den die Werbung ansprechen will, sieht einem Jogger im New Yorker Central Park

¹ Ergebnis einer Eurobarometer-Befragung vom Frühjahr 1995 in: Der Binnenmarkt 1995- Bericht der Kommission an den Rat und das Europäische Parlament-vom 20.02.1996- KOM (96), 51 endg., S. 77.

² Aus der Vielzahl der Literatur zum Euro-Marketing seien nur einige Abhandlungen erwähnt: Bauer, Individualisierung der Märkte oder Globalisierung der Märkte, MA 1985, S. 144 ff.; Berekoven, Internationales Marketing; Keite, Internationales Marketing, MA 1986, S. 167 ff.; Kreuzer, Global Marketing; Meffert, Multinationales und globales Marketing; Meissner, Konzepte und Perspektiven des Euro-Marketing, MA 1987, S. 469 ff.; Paefgen, Globales und Euro-Marketing; Rohleder/Gratzer, Euro-Marketing, MA 1990, S. 473 ff.; Tostmann, Möglichkeiten und Grenzen internationaler Werbekampagnen.

³ Bericht in DER SPIEGEL, 40. Jg., Nr. 37 vom 08.09.1986, S. 167 ff.

⁴ Dazu Paefgen, Globales und Euro-Marketing, S. 46.

viel ähnlicher als einem Arbeitslosen in der Bronx.“⁵

Neben diese Tendenz zur Internationalisierung des Marketing trat hinsichtlich der einzusetzenden Medien das Bestreben nach individueller Ansprache hervor. Wenngleich der klassischen Werbung in Form der Massenkommunikation nach wie vor ihre Berechtigung zugesprochen wird, setzte sich die Erkenntnis durch, daß sich der Verbraucher vermehrt der Reizüberflutung durch Werbung in Massenmedien bewußt entzieht.⁶ Daher wird neben den klassischen Kommunikationsmitteln eine direkte Ansprache angestrebt, wie sie insbesondere die Absatzmethode des Direktmarketing⁷, etwa durch Briefkasten-, eMail- oder Telefonwerbung, bietet.

Eine Auseinandersetzung mit den unterschiedlichen Strömungen im Bereich der Werbetheorien wäre indes wenig hilfreich, dieses Feld soll vielmehr den Wirtschaftswissenschaftlern vorbehalten bleiben. Es genügt, an dieser Stelle festzuhalten, daß im Binnenmarkt zunehmend grenzüberschreitend Direktmarketing betrieben wird, und dies zu einem nicht geringen Teil auf einheitlichen Werbestrategien beruhen dürfte.⁸ Bedient sich nunmehr ein europäischer Wirtschaftsteilnehmer grenzüberschreitend dieser Methode der Absatzwerbung in Deutschland, wird er mit der im europäischen Vergleich restriktivsten Handhabung von Direktmarketingaktivitäten durch die Rechtsprechung der deutschen Gerichte konfrontiert. Die Schwelle, ab der die Gerichte das zumutbare, jeder Werbung immanente Maß der Aufdringlichkeit im Rahmen von § 1 UWG überschritten sehen, ist niedrig angesiedelt. Damit unterfallen nahezu alle Formen der Individualwerbung als sogenannte belästigende Werbung dem Verdikt der Wettbewerbswidrigkeit.

Aus einem deutschen Verbot ergibt sich für den europäischen Gewerbetreibenden die Konsequenz, entweder von seiner einheitlichen beziehungsweise zumindest einer bestimmten, bewährten Marketingstrategie im Binnenmarkt abzusehen und für das Zielland Deutschland seine Werbung entsprechend der deutschen Rechtslage zu gestalten oder von einer Werbung in Deutschland gänzlich Abstand zu nehmen.⁹ Das heißt, es wird entweder die Wettbewerbsausgangsposition oder bereits die Marktzutrittsentscheidung

⁵ Paefgen, Globales und Euro-Marketing, S. 47.

⁶ Siehe Nachweise bei Federhoff-Rink, Umweltschutz und WettbewerbsR, S. 38.

⁷ Siehe Ahlert, Marketing-Rechts-Management, S. 26; Ahlert/Schröder, Marketing, S. 276.

⁸ Siehe das Grünbuch der Kommission „Kommerzielle Kommunikationen im Binnenmarkt“, KOM (96), 192 endg., S. 1b. sowie S. 15: Laut Umfrage steigt die Anzahl der Wirtschaftsteilnehmer, die für ausländische Märkte ähnliche Strategien zu verfolgen versuchen. Daß rechtliche Schwierigkeiten insbesondere auf dem Gebiet des Direktmarketing genannt wurden, zeigt die Bedeutung dieser Werbemethode im Binnenmarkt an. Hingegen Loewenheim, in Harmonisierung des Rechts gegen den unlauteren Wettbewerb in der EG?, S. 2: Er sieht namentlich aufgrund der Sprachbarrieren nationale Vertriebsstrategien im Vordergrund.

⁹ Siehe anders Reese, Grenzüberschreitende Werbung, S. 14, der die Variante, daß bereits die Marktzutrittsentscheidung negativ beeinflusst werden könnte, nicht nennt.

negativ beeinflusst.¹⁰ Desweiteren zeitigt die Strenge des deutschen Rechts auch Auswirkungen auf professionelle Anbieter von Werbedienstleistungen wie Agenturen, die namentlich in der Durchführung ihrer Tätigkeit beeinträchtigt werden. Für den an der Werbung interessierten Verbraucher in Deutschland bedeutet das Verbot, daß ihm der Zugang zu Informationen über die entsprechenden Angebote, der den Verbrauchern in anderen Mitgliedstaaten offensteht, zumindest vorerst abgeschnitten wird.

Die grundsätzliche Lösung des Problems sehen nicht wenige Stimmen im Schrifttum nach wie vor in der abschließenden Rechtsangleichung auf dem Gebiet des Rechts des unlauteren Wettbewerbs in der EU.¹¹ Da eine solche in nächster Zukunft aber nicht zu erwarten ist, mutet diese Forderung wie eine nostalgische Sehnsucht nach jener Epoche an, in der das Münchener Universitätsinstitut für ausländisches und internationales Patent-, Urheber- und Markenrecht¹² unter Leitung von *Ulmer* mit der Erstellung eines rechtsvergleichenden Gutachtens über das Recht des unlauteren Wettbewerbs von der EG-Kommission beauftragt worden war. Seiner Zeit gab man sich der Euphorie einer baldigen Rechtsvereinheitlichung hin, zumal die Vorzeichen für eine solche auch in dem Sinne gut standen, als *Ulmer* in seinem rechtsvergleichenden Gutachten noch von „gemeinsamen Rechtsüberzeugungen“¹³ auf dem Gebiet des Rechts des unlauteren Wettbewerbs in den sechs EWG-Gründungsstaaten sprach. Hingegen stellt 30 Jahre später *Schricker* zumindest hinsichtlich der vergleichenden und unlauteren Werbung fest, daß die nationalen Rechtsansichten bereits im Grundsatz voneinander abweichen: „Was in einem Mitgliedstaat unzulässig ist, wird im anderen ohne weiteres als erlaubt betrachtet.“¹⁴ In diesem Sinne scheint die Rechtsangleichung auf dem Gebiet des unlauteren Wettbewerbs „ein aussichtsloses Unterfangen“¹⁵ geworden zu sein.

¹⁰ Vergl. zu letzterem EuGH, Slg.1982, S. 4575 (4588 f.) - Oosthoek= GRUR Int.1983, S. 648 ff., wo der Gerichtshof es für nicht ausschließbar hält, „daß der für den betroffenen Unternehmer bestehende Zwang, sich entweder für die einzelnen Mitgliedstaaten unterschiedlicher Systeme der Werbung und Absatzförderung zu bedienen oder ein System, das er für besonders wirkungsvoll hält, aufzugeben, selbst dann ein Einfuhrhindernis darstellen kann, wenn eine solche Regelung unterschiedslos für inländische und eingeführte Erzeugnisse gilt“.

¹¹ So insbesondere *Schricker*, Recht der Werbung in Europa, Einf., Rn. 164 f.; *Roth*, in FS f. Mestmäcker, S. 725 (740): *Roth* spricht sich zumindest für eine Mindestharmonisierung als Vorstufe zu einer abschließenden Harmonisierung insbesondere auf dem Gebiet der Werbung aus. Gegen die Harmonisierung des Rechts des unlauteren Wettbewerbs durch Richtlinie: *Hösch*, Der Einfluß der Freiheit des Warenverkehrs auf das Recht des unlauteren Wettbewerbs, S. 149 ff., allerdings wird insofern von Bedeutung sein, daß das Keck-Urteil noch nicht einbezogen wurde.

¹² Dieses Institut ging 1965 in das Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Patent-, Urheber- und Wettbewerbsrecht über.

¹³ *Ulmer*, Rechtsvergleichende Darstellung, Rn. 1.

¹⁴ *Schricker*, Recht der Werbung in Europa, Einf., Rn. 164.

¹⁵ Vergl. Titel des Aufsatzes von *Schricker*, Die europäische Angleichung des Rechts des unlauteren Wettbewerbs - ein aussichtsloses Unterfangen?, GRUR Int.1990, S. 771 ff.

Indes hatte man in den siebziger Jahren zu einer Vereinheitlichung des Patentrechts hinzuwirken vermocht¹⁶, und auch im Markenrecht wurde, hauptsächlich mit der EG-Richtlinie zur Angleichung des Markenrechts, eine erste Stufe der Harmonisierung erreicht.¹⁷ Da man sich hinsichtlich des Wettbewerbsrechts mehr und mehr auf Verbraucherbelange konzentriert hatte, ging aus den anfänglichen Bestrebungen einer umfassenden Rechtsangleichung auf dem Gebiet des Wettbewerbsrechts letztendlich nur die Richtlinie über irreführende Werbung von 1984¹⁸ hervor. Im übrigen hat sich die Kommission seit dem Weißbuch von 1985¹⁹ mehr oder weniger von dem Konzept der Harmonisierung durch punktuelle Richtlinien verabschiedet und dem Prinzip der gegenseitigen Anerkennung zugewendet.

Abseits der Rechtsvereinheitlichung durch europäische Rechtsetzung hatte man schon früh Hoffnung auf die Schaffung materiellen Einheitsrechts im Binnenmarkt aus völkerrechtlichen Verträgen zwischen den Mitgliedstaaten der EU geschöpft, wobei sich hinsichtlich des Rechts des unlauteren Wettbewerbs auf die Pariser Verbandsübereinkunft konzentriert wurde. In der Tat sind die Verbandsländer nach Art.10^{bis} PVÜ in der Lissaboner Fassung von 1958 gehalten, den Verbandsangehörigen einen wirksamen Schutz gegen den unlauteren Wettbewerb zu sichern, doch ist damit nur ein Mindestschutzstandard festgelegt, so daß strengeres nationales Recht nach wie vor durchzugreifen vermag. Die Bestrebungen der WIPO gehen zwar in die Richtung einer Erweiterung des Art.10^{bis} PVÜ, nachdem im Jahr 1993 eine Untersuchung der Schutzstandards gegen unlauteren Wettbewerb unter anderem in den Mitgliedstaaten der EU abgeschlossen wurde.²⁰ In naher Zukunft ist aber auch hiermit nicht zu rechnen.

Blickt man nunmehr auf die aufdringliche Werbung, so scheint die Richtlinie 97/7/EG des europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Mai 1997 über

¹⁶ Siehe dazu: Beier in Beier/Haertel/Schricker, Münchener Gemeinschaftskommentar zum Europäischen Patentübereinkommen.

¹⁷ Erste Richtlinie des Rates vom 21.12.1988 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Marken (89/104/EWG), ABl. Nr. L 40/1= GRUR Int. 1989, S. 294 ff.; Siehe dazu Mühlendahl, GRUR Int. 1989, S. 353 ff.

¹⁸ Richtlinie des Rates vom 10. September 1984 zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über irreführende Werbung (84/450/EWG)= ABl. 1984 Nr.L 250/20= GRUR Int.1984, S. 688.

¹⁹ Vollendung des Binnenmarktes - Weißbuch der Kommission an den europäischen Rat, KOM (85), 310 endg.: Das Weißbuch nennt keine Vorhaben auf dem Gebiet der unlauteren Werbung, obwohl im 6. Erwägungsgrund zur Richtlinie über irreführende Werbung eine zweite Phase der Harmonisierung angekündigt worden war, die sich mit der unlauteren und gegebenenfalls auch mit der vergleichenden Werbung befassen sollte. Siehe zu den bisherigen Bemühungen um eine Harmonisierung des Rechts des unlauteren Wettbewerbs, insbesondere der unlauteren Werbung, die historischen Abrisse bei: Löwenheim, Harmonisierung des Rechts gegen den unlauteren Wettbewerb in der EG, S. 2; Reese, Grenzüberschreitende Werbung, S. 20; Schricker, GRUR Int. 1990, S. 771 (775); ders., Recht der Werbung in Europa, Rn. 141 ff.

²⁰ Salger, Handbuch der europäischen Rechts- und Wirtschaftspraxis, § 31, Rn. 7 ff.

den Verbraucherschutz bei Vertragsabschlüssen im Fernabsatz²¹ von Bedeutung zu sein. Allerdings darf nicht verkannt werden, daß sie gem. Art.14 nur Mindestklauseln aufstellt, so daß nach wie vor strengeres nationales Recht wie die Rechtsprechung zu § 1 UWG aufrechterhalten zu werden vermag. Dabei waren im Cecchini-Bericht²², der die Kosten der Nichtverwirklichung des Binnenmarktes offenlegen sollte, Schwierigkeiten aufgrund der Rechtsunterschiede auf dem Gebiet des Direktmarketing noch nicht erwähnt worden. Erst mit dem Grünbuch zu Kommerziellen Kommunikationen²³ traten nach Umfragen bei den beteiligten Parteien jene Rechtsunterschiede als potentielle Hindernisse im Binnenmarkt in den Vordergrund. Im übrigen sieht der Aktionsplan für den Binnenmarkt von 1997²⁴ aber Maßnahmen auf dem Gebiet der kommerziellen Kommunikationen neben der schon im Grünbuch hervorgehobenen Richtlinie zum Fernabsatz nicht vor.

Es stellt sich also nach alledem die Erkenntnis ein, daß die Rechtsprechung der deutschen Gerichte zu § 1 UWG europäischen Wirtschaftsteilnehmern nach wie vor ein Dorn im Auge zu sein vermag, dies insbesondere vor dem Hintergrund der mit dem Keck-Urteil eingeläuteten Wende in der Rechtsprechung des EuGH. Daher muß nach einem anderen Weg gesucht werden.

Ziel der Arbeit ist es, im Hinblick auf Direktmarketing solche Entscheidungsergebnisse im Rahmen von § 1 UWG aufzuzeigen, die den tatsächlichen und rechtlichen Anforderungen des Binnenmarktes gerecht werden, die insbesondere der fortschreitenden Integration der Märkte genügen, und zugleich den Schutz des mündigen Marktbürgers gewährleisten. Dabei leuchtet es ein, daß die so verstandenen Auslegungsergebnisse im Rahmen von § 1 UWG nicht über den starren Pfad, den die deutschen Gerichte bisher nahmen, erreicht zu werden vermögen, sich gleichsam also neue Wege auf tun müssen. Diese darzulegen, ist neben der Herausarbeitung binnenmarktkonformer Auslegungsergebnisse, erklärtes Ziel der Arbeit. Diese ist im übrigen getragen von der Idee einer organischen, von innen gewachsenen Rechtseinheit in Europa, wie sie gleichsam von dem neuen Ansatz in der rechtsvergleichenden und rechtshistorischen Literatur proklamiert wird. Insofern wird die Arbeit, wengleich sie nicht die klassischen Gebiete des Vertrags- und Schuldrechts zum Gegenstand hat, die Ursprung jener Idee sind, als Beitrag zu einer solchen Einheit verstanden.

Entsprechend der Zielsetzung der Arbeit, die deutsche Rechtsprechung zu §1UWG im Hinblick auf Direktmarketing einer binnenmarktkonformen

²¹ ABl. 1997 Nr. L 144, im folgenden Richtlinie zum Fernabsatz.

²² Cecchini, Europa '92, Der Vorteil des Binnenmarktes, Baden-Baden, 1988.

²³ Kommerzielle Kommunikationen im Binnenmarkt- Grünbuch der Kommission - KOM (96), 192 endg.

²⁴ Aktionsplan für den Binnenmarkt - Mitteilung der Kommission an den Europäischen Rat - CSE (97), 1 endg.

Auslegung zugänglich zu machen, wird diese, nachdem die internationalprivatrechtliche Anwendbarkeit geklärt wurde, zu den einzelnen Methoden erörtert, und sodann einer kritischen Würdigung unterzogen. Im Rahmen dieser Betrachtung geht es darum, freilich noch unter nationalem Blickwinkel, bereits jene Ergebnisse der Rechtsprechung aufzuzeigen, die in ihrer Strenge so nicht haltbar erscheinen.

Die Kommission scheint im Grünbuch zu Kommerziellen Kommunikationen hinsichtlich des Problemkreises, daß unterschiedliche nationale Regelungen der aufdringlichen Werbung wirtschaftliche Aktivitäten im Binnenmarkt zu beeinträchtigen vermögen, maßgebliche Hoffnungen in die Richtlinie zum Fernabsatz zu setzen. Wenngleich die Richtlinie lediglich Mindestbestimmungen aufstellt, sie also die deutsche Rechtsprechung nicht zu einem Abweichen von den bisherigen Verbotsstandards zwingt, soll ihr doch die deutsche Rechtsprechung gegenübergestellt und diese auf ihre Kongruenz mit der Richtlinie hin untersucht werden. Denn die Richtlinie spiegelt in ihrem Regelungsniveau gleichsam einen Konsens wider, wie er aus den Rechtsauffassungen der europäischen Länder gewonnen werden konnte und gibt insofern zumindest Anlaß, die deutschen Wertungen zu überdenken. Während europäische Richtlinien gemeinhin dem Bereich der aktiven Harmonisierung zugerechnet werden, wurde, zumindest bis zum Keck-Urteil, auch im Bereich der Werberegulungen eine passive Harmonisierung durch die Rechtsprechung des EuGH, namentlich zur Warenverkehrsfreiheit, betrieben. Seit dem Keck-Urteil scheinen Werberegulungen wie § 1 UWG im Hinblick auf belästigende Werbung als Regelungen über Verkaufsmodalitäten nicht mehr an Art. 30 EGV zu messen sein. Inwiefern die in der Entscheidung Keck vertretene neue Linie Verbindlichkeit beansprucht, wird die Betrachtung der Nachfolgerechtsprechung offenlegen.

Wenn man sich in das Bewußtsein ruft, daß bei derzeitiger Lage weder durch Richtlinien noch durch die Rechtsprechung des EuGH zur Warenverkehrsfreiheit auf eine Senkung des in Europa einmaligen Verbotsstandards der deutschen Rechtsprechung hingewirkt wird, so drängt sich die Frage auf, ob den Anforderungen des Binnenmarktes durch eine Harmonisierung von innen heraus Rechnung getragen werden kann. Insofern bietet sich als Weg die rechtsvergleichende Auslegung an, um die starren und trotz gesellschaftlicher Veränderungen oft jahrzehntelang beibehaltenden Argumentationsmuster der deutschen Gerichte gegenüber neuen Gesichtspunkten zu öffnen. Dabei wird zunächst die Legitimation der rechtsvergleichenden Auslegung im allgemeinen für autochthones Recht erörtert, bevor die daraus gewonnenen Rechtfertigungsansätze auf ihre Übertragbarkeit auf § 1 UWG hin überprüft werden. Besondere Bedeutung kommt dabei Art.3 lit.g) EGV zu, demzufolge der Binnenmarkt durch ein System eines unverfälschten Wettbewerbs gekennzeichnet ist. Letztendlich vermag er die Einbeziehung ausländischen Rechts in die Entscheidungsfindung insofern zu rechtfertigen, als sie Wettbewerbsverfälschungen durch Regelungsunterschiede offenlegt. Allerdings stellt sich in diesem Zusammenhang auch die Frage, ob die Rechtsprechung des EuGH zu den Regelungen über Verkaufsmodalitäten auf

die Schwelle des Verbots von Wettbewerbsverfälschungen in diesem Bereich Auswirkungen zeitigt.

Im Anschluß daran erfolgt die eigentliche Rechtsvergleichung, wobei als Vergleichsländer Italien, die Niederlande und Großbritannien herangezogen wurden. Im übrigen wird sich im Rahmen dessen zeigen, daß allein in Deutschland im Hinblick auf Direktmarketing ein Prinzip verfolgt wird, das man grob als ein solches des generellen Verbots bezeichnen könnte. Von diesem Ausgangspunkt her wird sodann nach Ursachen gefragt, bevor abschließend die gewonnenen Ergebnisse zusammengefaßt werden.

B. Internationalprivatrechtliche Anwendbarkeit von § 1 UWG

Bevor auf die deutsche Rechtslage eingegangen wird, soll an dieser Stelle zunächst die Frage aufgeworfen werden, wann die wettbewerbsrechtliche Generalklausel bei Fällen mit ausländischem Einschlag überhaupt zum Zuge kommt. In diesem Zusammenhang sei noch einmal an die Ausgangskonstellation erinnert, daß ein Unternehmen mit Sitz im Ausland Direktmarketing in Deutschland betreibt. Eine Antwort hinsichtlich der Anwendbarkeit nationaler Normen auf Sachverhalte mit Auslandsbezug hält das internationale Privatrecht bereit, wobei nach dem *lex-foi* Prinzip die nationalen Gerichte die Kollisionsnormen der Rechtsordnung heranzuziehen bestimmt sind, der sie jeweils angehören. Das internationale Wirtschaftsrecht als Teil des internationalen Privatrechts ist bisher nicht kodifiziert, indes bestehen Bestrebungen dahingehend, *de lege ferenda* eine entsprechende Regel in das EGBGB aufzunehmen.²⁵

Da das Recht des unlauteren Wettbewerbs traditionell, das heißt, aufgrund seines ursprünglich allein auf Mitbewerberinteressen ausgerichteten Schutzzwecks, dem Recht der unerlaubten Handlungen zugeordnet wird²⁶, behalf man sich lange Zeit damit, die Regeln zur Bestimmung des Deliktsstatuts unverändert für die Ermittlung des anwendbaren Rechts bei unlauterem Wettbewerb heranzuziehen²⁷. Maßgeblich war damit der Begehungsort (*lex loci delicti commissi*), also der Handlungs- und Erfolgsort.²⁸

Der BGH vermochte sich jedoch der Erkenntnis nicht zu verschließen, daß eine solche Vorgehensweise zu einer unbefriedigenden Ausdehnung der Anwendbarkeit deutschen Rechts führte, so daß er mit seiner Kindersaugflaschenentscheidung eine wettbewerbsrechtliche Modifizierung

²⁵ Siehe v. Bar, IPR, Bd. II, Rn. 651: Dort ist die aktuelle Fassung des Referentenentwurfs abgedruckt.

²⁶ So bereits RGZ 140, S. 25 (29) - Mundharmonika; BGH Z 35, S. 329 (333) - Kindersaugflaschen; v. Bar, IPR, Bd. II, Rn. 695.

²⁷ RGZ 140, S. 25 (29)- Mundharmonika; v. Bar, IPR, Bd. II, Rn. 695.

²⁸ v. Bar, IPR, Bd. II, Rn. 654 ff.; Kegel, IPR, Rn. 453; Schricker, Recht der Werbung in Europa, Einf., Rn. 92.

der Begehungsortregel hin zu einem Marktortprinzip vollzog.²⁹ Der Begehungsort wird seitdem verstanden als Ort der wettbewerblichen Interessenkollision³⁰, wobei der BGH erstmals in dem Tampax-Urteil die Geltung des Marktortprinzips für die Fälle des sogenannten Wettbewerbsimports bestätigte.

Bei einer marktbezogenen Wettbewerbshandlung wie der Werbung ist der Ort maßgeblich, an dem auf die Marktgegenseite eingewirkt wird.³¹ Bei Werbung ist dies der Ort, wo dieselbe den Verbraucher erreicht.³² Hingegen spielt es keine Rolle, wo sich der Absatzort befindet.³³ Der BGH führt dem Marktortprinzip lediglich zwei Einschränkungen zu, die für Direktmarketing kaum zu praktischer Relevanz gelangen dürften. Zum einen wird nicht an den Marktort angeknüpft, wenn sich die Wettbewerbshandlung eines deutschen Wettbewerbers nur gegen einen bestimmten deutschen Mitbewerber richtet³⁴, was bei Direktmarketing bereits insofern ausscheidet, als zumindest auch Verbraucherinteressen tangiert sind. Zum anderen wird nicht an solche Markorte angeknüpft, an denen eine rechtliche Spürbarkeitsgrenze nicht erreicht ist.³⁵ Diese Einschränkung ist für die sogenannte *multistate*-Werbung

²⁹ BGH Z 35, S. 329 (334)- Kindersaugflaschen.

³⁰ Seitdem ständige Rechtsprechung: BGH, GRUR 1968, S. 587 (592) - Bierexport; BGH, GRUR 1971, S. 153 (154) - Tampax; BGH, GRUR 1977, S. 672 (673) - Weltweit-Club; BGH, GRUR 1982, S. 495 (497)- Domgartenbrand; BGH, GRUR 1988, S. 453 (454)- Ein Champagner unter den Mineralwässern; BGH Z 113, S. 11 (15)- Kauf im Ausland.

³¹ Sack, GRUR Int. 1988, S. 320 (323); Schricker, Recht der Werbung in Europa, Einf., Rn. 100.

³² Reese, Grenzüberschreitende Werbung, S.11; Sack, GRUR Int. 1988, S. 320 (323); Schricker, Recht der Werbung, in Europa, Einf., Rn. 100.

³³ Sack, GRUR Int. 1988, S.320 (323 f.); Schricker, Recht der Werbung in Europa, Einf., Rn. 100.

³⁴ BGH, GRUR 1964, S. 306 (316) - Stahlexport; Schricker, Recht der Werbung in Europa, Einf., Rn. 102.

³⁵ BGH GRUR 1971, S. 153 - Tampax; Sack, GRUR Int. 1988, S. 320 (328f.); Schricker, Recht der Werbung in Europa, Einf., Rn. 101; ders., GRUR Int. 1982, S. 720 (724).

insofern von Bedeutung, als diese nach dem Marktortprinzip zwar dem Recht des jeweils beworbenen Staates, nicht aber dem Recht des Staates unterliegt, in den die Werbung zufällig gelangt (*spill-over*). Obgleich auch diese Werbung Auswirkungen zu entfalten vermag, kann nach dem Marktortprinzip nur der Ort entscheidend sein, an dem gerade auf die Marktgegenseite eingewirkt werden soll. Da es sich in den Fällen der belästigenden Werbung um eine individuelle Ansprache handelt, ist ein *spill-over* ausgeschlossen.