

Schriften zum Wirtschaftsrecht

Band 93

Privatrechtliche Grenzen der Verbraucherwerbung

Von

Inge Scherer



Duncker & Humblot · Berlin

INGE SCHERER

Privatrechtliche Grenzen der Verbraucherwerbung

Schriften zum Wirtschaftsrecht

Band 93

Privatrechtliche Grenzen der Verbraucherwerbung

Von
Inge Scherer



Duncker & Humblot · Berlin

Die Deutsche Bibliothek – CIP-Einheitsaufnahme

Scherer, Inge:

Privatrechtliche Grenzen der Verbraucherwerbung / von Inge

Scherer. – Berlin : Duncker und Humblot, 1996

(Schriften zum Wirtschaftsrecht ; Bd. 93)

Zugl.: Giessen, Univ., Habil., 1994/95

ISBN 3-428-08515-9

NE: GT

Alle Rechte vorbehalten

© 1996 Duncker & Humblot GmbH, Berlin

Fotoprint: Werner Hildebrand, Berlin

Printed in Germany

ISSN 0582-026X

ISBN 3-428-08515-9

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde unter dem Titel "Zivilrechtliche Grenzen der Verbraucherwerbung" im Wintersemester 1994/95 vom Fachbereich Rechtswissenschaft der Justus-Liebig-Universität Gießen als Habilitationsschrift angenommen. Bei meiner dreieinhalb Jahre dauernden Beschäftigung mit dem Problembereich der Verbraucherwerbung und den Mühen des anschließenden Habilitationsverfahrens hat mich mein Habilitationsvater Professor Dr. Diethelm Klippel immer wieder ermutigt und durch zahlreiche kritische Diskussionen die Erstellung der Arbeit gefördert. Er hat nicht nur die Arbeit angeregt, sondern er hatte auch jederzeit ein offenes Ohr, viel Geduld und großzügige Toleranz. Danken möchte ich an dieser Stelle auch den Herren Professoren Dres. Helmut Köhler, Günter Weick und Fritz Traub, die durch die schnelle Vorlage ihrer Gutachten den Verlauf des Habilitationsverfahrens wesentlich gefördert haben. Dank sage ich schließlich den zahlreichen Kollegen an den Universitäten Gießen, Marburg, Bielefeld und Hannover, die durch ihr Engagement und ihre Ermutigungen mir in zahlreichen Schwierigkeiten immer wieder geholfen haben. Schließlich habe ich Frau Marlene Wallmann für die sorgfältige Betreuung des Manuskripts zu danken. Literatur und Rechtsprechung konnten bis März 1995 berücksichtigt werden.

Inge Scherer

Inhaltsverzeichnis

Einleitung	13
I. Problemstellung	13
II. Aufbau und Ziel der Untersuchung	14
<i>I. Teil</i>	
Generelle Kriterien der Unzulässigkeit von Werbung gegenüber dem Verbraucher	
1. Kapitel: Werbung	19
I. Definition	19
II. Geschichte der Werbung	22
III. Funktionen der Werbung	23
1. Das statische Modell der Marktwirtschaft	24
2. Das dynamische Modell der Marktwirtschaft	25
IV. Verfassungsrechtlicher Schutz	27
V. Grundbegriffe der Werbung	28
VI. Wirkungen der Werbung	30
2. Kapitel: Verbraucher	31
I. Definition	31
II. Funktion des Verbrauchers	34
III. Kritik	36
IV. Schlußfolgerung	38
3. Kapitel: Die "freie Willensentschließung" des Verbrauchers in der Rechtsprechung	39
I. Die Argumentation der Rechtsprechung	39
1. Verwendung des Begriffs der freien Willensentschließung	39
2. Argumentationszusammenhänge	41
II. Die dogmatische Tragfähigkeit	43
1. Die fehlende Definition	43
2. Die Konsequenzen der Rechtsprechung	43
3. Die verfehlete Prämisse der Rechtsprechung	47
4. Die Beeinträchtigung der freien Willensentschließung hinsichtlich der Kenntnisnahme von Werbung	49
4. Kapitel: Die "freie Willensentschließung" des Verbrauchers in der Literatur	51
I. Argument der "unsachlichen Beeinflussung"	52
II. "Unsachliche Beeinflussung" als alleiniger Ansatzpunkt	54
III. Der Grad der Einflußnahme als Kriterium	55
IV. Der Zusatznutzen als Ansatzpunkt	57
V. Der Schutz der Menschenwürde des Verbrauchers	59
VI. Die Reaktionsmöglichkeit des Umworbenen als Ansatzpunkt	59
1. Die Ausgangsthese Fabers	60
2. Modifikationen für die zivilrechtliche Anwendung	61

VII. Eigener Lösungsvorschlag.....	62
1. Kriterium der Beherrschbarkeit.....	62
2. Modifikationen zur Gewährleistung umfassender Verwendbarkeit.....	65
3. Zusammenfassung.....	69
4. Willensbildungsprozeß des Verbrauchers.....	69

II. Teil

Die Unzulässigkeit der Werbung im Wettbewerbsrecht

1. Kapitel: Die Sittenwidrigkeit nach § 1 UWG.....	73
I. Sittlich-ethische Interpretation.....	73
II. Funktionale Auffassung.....	74
III. Kritik.....	77
1. Probleme bei der sittlich-ethischen Interpretation.....	77
2. Probleme bei der funktionalen Auffassung.....	79
3. Ergebnis.....	81
2. Kapitel: Briefkastenwerbung.....	81
I. Einleitung.....	81
II. Rechtsprechung.....	82
1. Generelle Zulässigkeit.....	83
2. "Getarnte" Werbebriefe.....	83
3. Fortsetzung der Briefkastenwerbung trotz Widerspruchs des Umworbene[n].....	84
a) Werbebriefe.....	85
b) Handzettel und Werbeprospekte.....	86
c) Postwurfsendungen.....	87
4. Besonderheiten bei den Klagen gegen Briefkastenwerbung.....	88
III. Literatur.....	88
IV. Eigene Beurteilung.....	89
1. Generelle Zulässigkeit.....	90
2. "Getarnte" Werbebriefe.....	91
3. Zusendung von Werbematerial trotz Widerspruchs des Umworbene[n].....	92
a) Werbebriefe.....	92
b) Handzettel.....	93
c) Postwurfsendungen.....	95
4. Sozialadäquanz.....	97
V. Exkurs: "Scheibenwischerwerbung".....	98
3. Kapitel: Werbung durch teletechnische Kommunikationsmittel.....	100
I. Einleitung.....	100
II. Rechtsprechung.....	103
1. Telefonwerbung.....	103
2. Telex-Werbung.....	105
3. Teletex-Werbung.....	105
4. Telefax-Werbung.....	106
5. Btx-Werbung.....	106
III. Literatur.....	107
IV. Eigene Beurteilung.....	108

1. Telefonwerbung.....	109
2. Telex-, Teletex- und Telefax-Werbung.....	111
3. Btx-Werbung.....	113
4. Kapitel: Der unerbetene Vertreterbesuch.....	114
I. Einleitung.....	114
II. "Sonderfälle" unerbetener Vertreterbesuche.....	115
1. Grabsteinaufträge.....	115
2. Bestattungsaufträge.....	116
3. Erschleichen des Besuchs.....	117
III. Der "Normalfall" des unerbetenen Vertreterbesuchs.....	118
1. Rechtsprechung und Literatur.....	118
2. Eigene Beurteilung.....	120
3. Einwände.....	122
a) Tradition der unerbetenen Vertreterbesuche.....	122
b) Art. 12 und Art. 14 GG.....	124
c) § 1 HaustürWiG.....	125
5. Kapitel: Anreißerische Werbung.....	130
I. Rechtsprechung und Literatur.....	130
II. Differenzierende Betrachtung.....	132
1. Ansprechen von Straßenpassanten.....	133
2. Ansprechen von Unfallopfern.....	135
3. Telefonwerbung.....	138
4. Zusendung unbestellter Ware.....	138
5. Einladungen zu Werbeveranstaltungen unter Versprechung von Geschenken, Gewinn- aussichten etc.	139
6. "Gewinnspiele".....	143
6. Kapitel: "Progressive Kundenwerbung", "Kaffeefahrten", Preisausschreiben und Gewinnspiele.....	144
I. Einleitung.....	144
II. "Progressive Kundenwerbung".....	145
III. "Kaffeefahrten", "Verkaufsfahrten" u.ä.....	147
1. Rechtsprechung und Literatur.....	147
2. Notwendige Teilnahme an der Werbeveranstaltung.....	149
3. Freigestellte Teilnahme an der Werbeveranstaltung.....	151
IV. Preisausschreiben, Gewinnspiele u.ä.....	153
7. Kapitel: Kopplungsangebot, Vorspannangebot, Animierangebot.....	160
I. Kopplungsangebot.....	160
II. Vorspannangebot.....	163
III. Animierangebote.....	168
8. Kapitel: Gefühlsbetonte Werbung.....	170
I. Einleitung.....	170
II. Die amtliche Begründung zum BliWVG.....	171
III. Generelle Abgrenzungskriterien.....	172
1. Objektiv produktbezogene Informationen.....	172
2. Nicht objektiv produktbezogene Informationen.....	174
a) Werbung durch Ansprechen des Mitleids.....	176
b) Werbung unter Ausnutzung von sozialem Engagement.....	177

c) Werbung unter Ausnutzung von Trauer	179
d) Werbung mit der Angst	180
9. Kapitel: Autoritätenwerbung, Laienwerbung, Werbung gegenüber Kindern	181
I. Autoritätenwerbung.....	181
1. Rechtsprechung und Literatur	181
2. Irreführung.....	183
3. Unsachliche Beeinflussung.....	183
II. Laienwerbung	185
1. Rechtsprechung und Literatur	185
2. Differenzierende Betrachtung.....	186
III. Werbung gegenüber Kindern	189
10. Kapitel: Product Placement und Sponsoring	191
I. Product Placement.....	191
1. Einleitung.....	191
2. Die medienrechtliche Regelung.....	191
3. Die wettbewerbsrechtliche Beurteilung	193
a) Produktplatzierung in Rundfunk- und Fernsehsendungen.....	193
b) Produktplatzierung in Spielfilmen	198
II. Sponsoring.....	200
1. Einleitung.....	200
2. Die medienrechtliche Regelung.....	200
3. Die wettbewerbsrechtliche Beurteilung	201
11. Kapitel: Suggestivwerbung	204
I. Einleitung	204
II. Rechtsprechung und Literatur	205
III. Eigene Beurteilung.....	206
1. Generelle Abgrenzungskriterien.....	206
2. Beurteilung der Suggestivwerbung	209
a) Subliminale Werbung.....	209
b) Erinnerungswerbung	211
c) Tiefenpsychologische Techniken in der Werbung.....	212
12. Kapitel: Exkurs: §§ 6, 6a-6c, 7, 8 UWG.....	216
I. Einleitung	216
II. Der Konkurswarenverkauf	217
III. Verkauf durch Hersteller oder Großhändler an letzte Verbraucher	218
IV. Berechtigungsscheine für letzte Verbraucher.....	220
V. Progressive Kundenwerbung	223
VI. Sonderveranstaltungen und Räumungsverkauf	223
13. Kapitel: Exkurs: Zugabe und Rabatt	226
I. Einleitung	226
II. Zugaberecht.....	227
1. Gesetzgebungsmaterialien zur ZugabeVO.....	228
2. Die heutige Situation.....	230
3. Kritik an der Rechtsprechung.....	233
III. Rabattrecht.....	236

III. Teil
**Individuelle Abwehransprüche der Verbraucher
gegen unzulässige Werbung**

1. Kapitel: § 823 II BGB i.V.m. UWG-Normen	239
I. Einleitung	239
II. Die Rechtsprechung	240
III. Literatur	241
IV. Kriterien zur Schutzgesetzbestimmung	242
1. Suche nach Präzision	242
2. Weitergehende Präzisierungsversuche	243
V. Der Verbraucherschutz im UWG	246
1. Entwicklung	246
2. Analyse der Gesetzgebungsmaterialien	247
3. Schlußfolgerungen	250
2. Kapitel: Allgemeines Persönlichkeitsrecht	251
I. "Wirtschaftliches Persönlichkeitsrecht"?	252
II. Allgemeines Persönlichkeitsrecht zum Schutz der Verbraucher gegen Werbung	254
1. Die Rechtsprechung	254
a) Entwicklung	255
b) Ergebnis	259
2. Die Literatur	260
3. Kritik und eigener Ansatzpunkt	261
a) Die Sphärentheorie	261
b) Das Schutzgut	267
c) Einordnung des Schutzgutes	271
d) Die Rechtswidrigkeit	273
e) Der Beurteilungsmaßstab - Prozessuales	280
4. Ergebnis	284
3. Kapitel: Eigentums- und Besitzschutz	284
I. Einleitung	284
II. Rechtsprechung und Literatur	285
III. Eigene Beurteilung	287
IV. Konkurrenzen	291
4. Kapitel: § 826 BGB	292
I. Quasinegatorischer Unterlassungsanspruch	292
II. Drohende Schadenszufügung	292
III. Sittenwidrigkeit	295
1. Sittlich-ethische Auslegung	297
2. Funktionale Auffassung	297
IV. Vorsatz	299
V. Ergebnis	299

Einleitung

I. Problemstellung

Der weite Bereich der Werbung gegenüber dem Verbraucher und das sich daraus ergebende Problem der Zulässigkeit dieser Werbung im Hinblick auf den Verbraucherschutz werden seit jeher von der Rechtsprechung durch Ausbildung einer breit ausdifferenzierten Kasuistik gelöst: Jede konkrete Erscheinungsform der Werbung wird dabei bestimmten Fallgruppen zugeordnet, die ihrerseits wiederum (innerhalb einer jeden einzelnen Fallgruppe) eine ausdifferenzierte Kasuistik besitzen. So hat sich im Laufe der Jahre und Jahrzehnte eine gewaltige Menge Fallmaterial aufgehäuft, das durch diese Fallrechtsprechung in verschiedene "Ober-" und "Unter-"Fallgruppen "sortiert" wurde.

Die Unterfallgruppen werden dabei regelmäßig aufgrund der konkreten Erscheinungsform der Werbung gebildet, sofern sich deren Ausprägungen hinreichend von anderen konkreten Erscheinungsformen der Werbung unterscheiden; innerhalb dieser aufgrund tatsächlich geübter Werbemethoden gebildeten Fallgruppen wird wiederum differenziert nach zusätzlichen speziellen Merkmalen dieser konkreten Erscheinungsform der Werbung: So wird beispielsweise nach Fallgruppen differenziert bei der Zusendung unbestellter Ware einerseits und dem unerbetenen Vertreterbesuch andererseits; innerhalb der Fallgruppe des unerbetenen Vertreterbesuchs wird wiederum unterschieden nach speziellen Merkmalen, etwa nach den Begleitumständen des Vertreterbesuchs, z.B. ob es sich um den Besuch eines Bestattungsvertreeters oder eines sonstigen Vertreters handelt, ob der Vertreter so tat, als habe der von ihm aufgesuchte Verbraucher diesen Besuch veranlaßt oder nicht etc.

Diese anhand der tatsächlich geübten Werbemethoden gebildeten Fallgruppen werden durch plakative, schlagwortartige Bezeichnungen zu verschiedenen "Oberfallgruppen" zusammengefaßt, wobei gewisse verwandte Merkmale unterschiedlicher konkreter Erscheinungsformen der Werbung zur Bezeichnung dieser "Oberfallgruppen" dienen: So existieren beispielsweise die Benennungen "Verlockung", "Belästigung", "Aleatorische Anreize", "Gefühls- und Vertrauensausnutzung", "Nötigung", "Täuschung", "Ausnutzung der Unerfahrenheit"¹ für die Zusammenfassung verschiedener konkreter Erscheinungsformen der Werbung zu jeweils einer "Oberfallgruppe".

¹ Vgl. Baumbach-Hefermehl, § 1, I. Kap., 1.-8. Abschnitt.

Bei der Entscheidungsfindung durch die Rechtsprechung ist im Rahmen dieser Kasuistik praktisch also dergestalt zu verfahren, daß zunächst zu untersuchen ist, ob der konkret zu entscheidende Fall einer bereits vorhandenen Fallgruppe zuzuordnen ist. Existiert eine solche Fallgruppe, beispielsweise bei der Beurteilung eines unerbetenen Vertreterbesuchs, so fällt für die in Streit befindliche konkrete Werbemaßnahme die Entscheidung im Rahmen dieser Fallgruppe; die entscheidungsrelevante Orientierung an bereits entschiedenen gleichgelagerten Fällen bestimmt also bei bereits vorhandenen Fallgruppen das Urteil über die Zulässigkeit der konkreten Werbemaßnahme.

Für die Rechtssicherheit ist dieses Verfahren der kasuistischen Entscheidungsfindung sicherlich immer dann ausreichend, wenn bereits eine Fallgruppe vorhanden ist, die auch möglichst viele Entscheidungen zu dieser konkreten Erscheinungsform der Werbung umfaßt. Dann ist es nämlich auch für die Werbetreibenden möglich, sich im voraus Klarheit über die Beurteilung der von ihnen geplanten konkreten Werbemaßnahme zu verschaffen und sich entsprechend zu verhalten.

Problematisch im Hinblick auf die Rechtssicherheit ist diese kasuistische Entscheidungsfindung jedoch immer dann, wenn die betreffende konkrete Werbemaßnahme noch nie Gegenstand einer (höchst-)richterlichen Entscheidung war, wenn also noch keine Fallrechtsprechung vorliegt, an der sich die Werbenden und die Verbraucher orientieren können. Hier tragen die Werbenden ein zum Teil erhebliches Risiko, wenn sie eine neue Werbekampagne starten - ebenso wie im Falle eines Rechtsstreits der sich gegen diese neue Werbemaßnahme wendenden Kläger.

Unter den für die Rechtspraxis relevanten Gesichtspunkten mag man jedoch diese Kasuistik, wenn auch nicht für befriedigend, so doch zumindest für ausreichend halten: Da die Rechtspraxis seit vielen Jahren in dieser Weise verfährt und es der Rechtsprechung meistens auch gelungen ist, zumindest im Ergebnis vertretbare Lösungen zu finden, mag ein derartiger "modus vivendi" - unter gewissen Abstrichen bei der Rechtssicherheit - in der Rechtspraxis tragbar sein.

II. Aufbau und Ziel der Untersuchung

Unter dogmatischen Gesichtspunkten jedoch kann eine derartige Fallrechtsprechung, selbst wenn sie sich zu einer verfeinerten und ausdifferenzierten Kasuistik entwickelt hat, nicht ausreichen, geschweige denn befriedigen. Es soll daher in der vorliegenden Arbeit versucht werden, ein dogmatisch tragfähiges Abgrenzungskriterium für die Grenzziehung zwischen zulässiger und unzulässiger Werbung gegenüber dem Verbraucher zu erarbeiten. Dieses

dogmatisch tragfähige Abgrenzungskriterium würde es nicht nur ermöglichen, jede konkrete Erscheinungsform der Werbung unabhängig von irgendeiner Kasuistik hinsichtlich ihrer Zulässigkeit zu beurteilen, sondern würde durch die Erarbeitung dogmatisch klarer, systemgerechter und nachvollziehbarer Kriterien die Rechtssicherheit in dem immer größer werdenden Komplex der Verbraucherwerbung beträchtlich erhöhen.

In der Literatur gibt es bisher nur wenige Versuche, für den Bereich der Verbraucherwerbung umfassende Abgrenzungskriterien für die Grenzziehung zwischen zulässiger und unzulässiger Werbung unter dem Gesichtspunkt des Verbraucherschutzes zu erarbeiten. Ansätze sind in kleineren Teilbereichen der Werbung - vor allem im Bereich der Suggestivwerbung - vorhanden, die eine Abgrenzung zwischen zulässiger und unzulässiger Werbung zu entwickeln versuchen; diese Abgrenzungsversuche beziehen sich aber nur auf den jeweiligen Teilbereich der betreffenden Werbemethode, nicht auf den gesamten Bereich der Verbraucherwerbung. Sofern Ansätze vorhanden sind, die versuchen, den gesamten Bereich der Werbung gegenüber dem Verbraucher umfassend hinsichtlich seiner Zulässigkeit zu beurteilen, reichen diese aber entweder nicht über den von der Rechtsprechung aufgezeigten Lösungsweg hinaus oder aber sie sind dogmatisch nicht tragfähig. Hierauf wird ausführlich im Rahmen des I. Teils der Untersuchung einzugehen sein.

Zudem soll in der vorliegenden Arbeit versucht werden, den Rechtsschutz der Verbraucher gegen unzulässige Werbung zu vervollkommen: Bisher nämlich ist zwar für die Verbraucherverbände gem. § 13 II Nr. 3 UWG eine Klagemöglichkeit gegeben; dieses Verbandsklagerecht steht aber nur den Verbraucherverbänden, nicht jedoch den von der Werbung selbst betroffenen Verbrauchern zu. Wollen die betroffenen Verbraucher sich selbst gegen bestimmte Formen der Werbung zur Wehr setzen, stößt dies häufig auf Schwierigkeiten: Der um individuellen Rechtsschutz bei Gericht nachsuchende Verbraucher muß die Verletzung eines absoluten Rechts, eines Rechtsguts oder anderweitig geschützter rechtlicher Interessen darlegen, um mit seiner Individualklage gegen den Werbetreibenden obsiegen zu können; er benötigt also mit anderen Worten in jedem Fall für die Begründetheit seiner Klage einen auf die Abwehr von Werbung gerichteten Individualanspruch. Nur wenn ein solcher besteht, ist der betroffene Verbraucher nicht darauf angewiesen abzuwarten, bis sich ein Verbraucherverband seiner Nöte hinsichtlich der Werbung annimmt.

In der vorliegenden Untersuchung soll daher nicht nur ein dogmatisch tragfähiges Beurteilungskriterium für die Abgrenzung zwischen zulässiger und unzulässiger Werbung gegenüber dem Verbraucher erarbeitet werden, sondern es soll darüber hinaus dieses Abgrenzungskriterium in ein System umfassenden Verbraucherrechtsschutzes gegen Werbung integriert werden. Sowohl im Bereich der Verbraucherverbands-Klage, also des kollektiven Rechtsschutzes, als auch im Bereich der Individualklage des betroffenen Verbrauchers soll dieses