

# Die Unlauterkeitstatbestände des § 4 UWG und ihre Auslegung im Lichte der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken

Helmut Köhler\*

## I. Einführung

In der UWG-Novelle 2004 wurde die Generalklausel des § 3 UWG durch eine Reihe von Beispielstatbeständen konkretisiert. Die in § 4 UWG aufgezählten elf Unlauterkeitstatbestände orientierten sich dabei weitgehend an der Rspr. zur früheren Generalklausel des § 1 UWG a.F. In den vergangenen Jahren haben die Gerichte, allen voran der *BGH* diese Beispielstatbestände ihrerseits weiter konkretisiert. Die Tendenz zur Liberalisierung des Unlauterkeitsrechts hielt dabei weiter an.

Nahezu parallel zum deutschen Gesetzgeber wurde aber der europäische Gesetzgeber im Bereich des Lauterkeitsrechts tätig: Am 11.5.2005 wurde die *Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken* (im Folgenden: Richtlinie<sup>1</sup>) erlassen. Diese Richtlinie hätte nach ihrem Art. 19 bis zum 12.07.2007 umgesetzt werden müssen und die im Zuge der Umsetzung erlassenen Vorschriften hätten ab dem 12.12.2007 angewandt werden müssen. Derzeit liegt aber nur der Regierungsentwurf (im Folgenden: RegE) vom 21.5.2008 vor, so dass wohl erst Ende 2008 mit dem In-Kraft-Treten des Umsetzungsgesetzes zu rechnen ist. Unabhängig davon aber, wann und wie die Umsetzung der Richtlinie erfolgen wird, sind die Gerichte gehalten, bei der Auslegung und Anwendung des UWG die Vorgaben der Richtlinie zu berücksichtigen, da sie in ihrem Anwendungsbereich eine Vollharmonisierung des Lauterkeitsrechts bezweckt.<sup>2</sup>

## II. Die Bedeutung der Richtlinie für die Auslegung und Anwendung des UWG

Im Gegensatz zu anderen Mitgliedstaaten und zu Forderungen der Kommission besteht in Deutschland wenig Neigung, die Richtlinie mehr oder weniger unverändert in das nationale Recht zu übernehmen. Insbesondere § 4 UWG soll nach dem RegE nur marginale Änderungen erfahren. Das könnte eine Tendenz begünstigen, die bisherige Rspr. zu § 4 UWG mehr oder weniger unverändert fortzuführen. Überspitzt ausgedrückt könnte die Gefahr bestehen, in die Richtlinie das hineinzulesen, was dem tradierten deutschen Lauterkeitsrecht entspricht. Das würde darauf hinauslaufen, die Richtlinie UWG-konform auszulegen statt umgekehrt das UWG, wie geboten, richtlinienkonform. Dies ist aber nicht statthaft. So schmerzlich die Einsicht auch sein mag, es ist aber so: Im Anwendungsbereich der Richtlinie ist vom Grundsatz her ein völliger Neuanfang geboten. Das Lauterkeitsrecht, soweit es den Verbraucherschutz bezweckt, ist gemeinschaftsrechtlicher Natur und ist als abschließende Regelung gewollt. Nationale wettbewerbsrechtliche Traditionen müssen daher zurücktreten. Wohin würde es auch führen, wenn jeder Mitgliedstaat sein eigenes nationales Lauterkeitsrecht weiterführen und als Konkretisierung des noch unbestimmten europäischen Lauterkeitsrechts aus-

---

\* Prof. Dr., Universität München.

<sup>1</sup> Artikel ohne Gesetzesangabe sind im Folgenden solche der Richtlinie. Unter UWG-E ist der Regierungsentwurf eines Ersten Gesetzes zur Änderung des UWG vom 21.5.2008 zu verstehen.

<sup>2</sup> Vgl. Erwägungsgrund 6, 11, 12.

geben wollte? § 4 kann daher – soweit es den Anwendungsbereich der Richtlinie betrifft – nur als andere sprachliche Fassung der Richtlinie verstanden werden.

An sich müsste der Richter die bisherige nationale Rechtsprechung beiseite schieben und fragen, wie nach der Richtlinie zu entscheiden ist. Das Problem ist allerdings, dass vorderhand nur der Text der Richtlinie nebst Erwägungsgründen zur Verfügung steht. Die Vorschriften der Richtlinie müssen großenteils ihrerseits erst durch Auslegung konkretisiert und damit für die Rechtsanwendung handhabbar gemacht werden. Für die verbindliche Auslegung der Richtlinie ist aber allein der EuGH zuständig. Man braucht kein Prophet zu sein, um vorherzusagen, dass es Jahre dauern wird, bis die Zweifelsfragen bei Anwendung der Richtlinie geklärt sind. Die Praxis braucht aber rasche Entscheidungen der Gerichte. Sollte man ihnen wirklich sagen: „Vergesst alles, was in der Vergangenheit in Deutschland judiziert worden ist, blickt nur auf die Richtlinie und ihre Erwägungsgründe!“?

Darauf gibt es wohl nur eine pragmatische Antwort: Es ist ein unschätzbare Vorzug, dass Deutschland eine so reiche Entscheidungspraxis auf diesem Rechtsgebiet vorzuweisen hat. Zum einen ist es die Fülle von Fällen, die bereits in diesen Entscheidungen von der Interessenlage her analysiert worden sind; zum anderen sind die dazu angestellten rechtlichen Erwägungen vermutlich nicht allzu weit von den Wertungen der Richtlinie entfernt.

Unter diesem Gesichtspunkt sollte es – solange es an Vorgaben durch den *EuGH* fehlt – den Gerichten nicht verwehrt sein, in ihren Entscheidungen auf den Erfahrungsschatz der früheren Rspr. zurückzugreifen. Dies freilich immer unter der Einschränkung, dass diese Rspr. mit der Richtlinie und ihren Wertungen in Einklang steht. In der Praxis wird es daher vorläufig meist so sein, dass die Gerichte eingehende Fälle zunächst anhand der bisherigen Rspr. beurteilen und dann in einem zweiten Schritt prüfen, ob diese Rspr. mit den Vorgaben der Richtlinie vereinbar ist. Methodisch korrekt ist dies allerdings nicht.

Zwar darf der Richter nur die Vorschriften des UWG anwenden, er muss aber ihren Inhalt unter Berücksichtigung der Vorgaben der Richtlinie ermitteln. Dazu muss er wie folgt verfahren:

Zunächst muss er vorab prüfen, ob der Sachverhalt in den Anwendungsbereich der Richtlinie fällt, insbesondere ob eine „Geschäftspraxis“ vorliegt. Bejaht er dies, muss er weiter prüfen, ob die angegriffene Handlung den Tatbestand einer „unlauteren“ Geschäftspraxis erfüllt. Dabei muss er – entsprechend dem Aufbau der Richtlinie – in einem ersten Schritt prüfen, ob einer der Beispielstatbestände der Schwarzen Liste in Anhang I verwirklicht ist. Ist dies nicht der Fall, so hat er weiter zu prüfen, ob der Tatbestand einer irreführenden oder aggressiven Geschäftspraxis (Art. 6 – 9) erfüllt ist. Ist auch dies nicht der Fall, muss er zuletzt noch prüfen, ob der Sachverhalt unter die Generalklausel des Art. 5 zu subsumieren ist. Ist nach dem Ergebnis dieser Prüfung eine unlautere Geschäftspraxis zu verneinen, so kann auch keine Zuwiderhandlung nach § 3 UWG angenommen werden. Ist umgekehrt eine unlautere Geschäftspraxis zu bejahen, so muss auch eine Zuwiderhandlung i.S. des § 3 UWG bejaht werden.

Der Richter muss anschließend das durch Auslegung der Richtlinie gewonnene Ergebnis „in die Sprache des UWG“ übersetzen. Denn die unmittelbar anzuwendenden Rechtsnormen sind die Vorschriften des UWG und nicht die der Richtlinie. Kommt der Richter beispielsweise zum Ergebnis, dass die angegriffene Handlung den Tatbestand der Nr. 28 Anh I der Richtlinie („Schwarze Liste“) erfüllt, so hat er das Verbot, solange

die Umsetzung der Richtlinie nicht erfolgt ist, auf die §§ 3, 4 Nr. 1 und 2 UWG in richtlinienkonformer Auslegung zu stützen. Eine Anwendung der Bagatellklausel ist dabei ausgeschlossen.<sup>3</sup>

### III. Zur richtlinienkonformen Auslegung der Unlauterkeitstatbestände des § 4 UWG

#### 1. Zur Auslegung des § 4 Nr. 1 UWG (unangemessene unsachliche Beeinflussung)

##### a) Allgemeines

Der Unlauterkeitstatbestand des § 4 Nr. 1 UWG wird dem RegE zufolge nicht geändert. Dem liegt die Auffassung zugrunde, er würde nur das wiedergeben, was die Richtlinie in der Regelung über aggressive Geschäftspraktiken (Art. 8, 9) aussage. Die Spezialtatbestände aggressiver Geschäftspraktiken der Nrn. 24 – 31<sup>4</sup> der „Schwarzen Liste“ sind nach dem RegE im Anhang zu § 3 III UWG-E enthalten. Im Zeitraum bis zum Inkrafttreten des Umsetzungsgesetzes sind diese Spezialtatbestände im Wege der richtlinienkonformen Auslegung der §§ 3, 4 Nr. 1 UWG zu berücksichtigen. Das wirft keine sonderlichen Probleme auf, sieht man von den Schwierigkeiten der Auslegung der Tatbestände der Schwarzen Liste einmal ab.

Es bleibt aber die Frage, wie sich § 4 Nr. 1 UWG in seiner bisherigen Auslegung durch die Rspr. zu den Art. 8, 9 verhält.<sup>5</sup> Nach Art. 5 IV i.V. mit Art. 8 gilt eine Geschäftspraxis als aggressiv und damit als unlauter,

„wenn sie im konkreten Fall unter Berücksichtigung aller tatsächlichen Umstände die Entscheidungs- oder Verhaltensfreiheit des Durchschnittsverbrauchers in Bezug auf das Produkt durch Belästigung, Nötigung einschließlich der Anwendung körperlicher Gewalt, oder durch unzulässige Beeinflussung tatsächlich oder voraussichtlich erheblich beeinträchtigt und dieser dadurch tatsächlich oder voraussichtlich dazu veranlasst wird, eine geschäftliche Entscheidung zu treffen, die er andernfalls nicht getroffen hätte.“

Unter „*Belästigung*“ im Sinne des Art. 8 ist dabei wohl die Beeinträchtigung der Privatsphäre des Verbrauchers zu verstehen. Anders als in § 7 UWG ist sie aber nur dann unzulässig, wenn sie geeignet ist, die Entscheidungs- oder Verhaltensfreiheit der Verbraucher erheblich zu beeinträchtigen.<sup>6</sup> Sie muss also von solcher Intensität oder Nachhaltigkeit sein, dass sie den Verbraucher zu einer geschäftlichen Entscheidung (im Sinne des Art. 2 lit. k) veranlasst oder zumindest veranlassen kann, um der Belästigung zu entrinnen.

<sup>3</sup> Sollte der RegE Gesetz werden, wäre das Verbot auf § 3 III i.V. mit Nr. 28 des Anhangs zu § 3 III zu stützen.

<sup>4</sup> Die Nr. 31 der Schwarzen Liste ist allerdings in Wahrheit ein Fall einer irreführenden Geschäftspraxis.

<sup>5</sup> Vgl. dazu *Henning-Bodewig*, WRP 2006, 621, 624 f.

<sup>6</sup> Daher entspricht diese Regelung nicht dem § 7 UWG (missverständlich insoweit *Hecker* WRP 2006, 640, 641). Dass die unzumutbare Belästigung nach § 7 UWG als solche bereits unlauter ist, steht nicht in Widerspruch zur Richtlinie, da diese insoweit Raum für nationale Regelungen lässt (vgl. Erwägungsgrund 7 unter ausdrücklichen Erwähnung des Beispiels des Ansprechens von Personen auf der Straße zu Verkaufszwecken). Die §§ 7 und 4 Nr. 1 UWG können daher nebeneinander anwendbar sein.

Unter einer „Nötigung“ im Sinne des Art. 8 ist nicht nur, wie ausdrücklich in dieser Vorschrift erwähnt, die „Anwendung körperlicher Gewalt“ zu verstehen, sondern auch die Ausübung psychischen Zwangs (vgl. auch Art. 9 lit. b und e).

Eine „unzulässige Beeinflussung“ ist nach der Legaldefinition in Art. 2 lit. j die

„Ausnutzung einer Machtposition gegenüber dem Verbraucher zur Ausübung von Druck, auch ohne die Anwendung oder Androhung von körperlicher Gewalt, in einer Weise, die die Fähigkeit des Verbrauchers zu einer informierten Entscheidung wesentlich einschränkt“.

Der Begriff der „Machtposition“ dürfte dabei im Interesse eines wirksamen Verbraucherschutzes weit auszulegen sein.<sup>7</sup> Die Machtposition kann insbesondere auf einem sozial oder rechtlich begründeten Über/Unterordnungsverhältnis oder auf einer wirtschaftlichen oder intellektuellen Überlegenheit des Unternehmers gegenüber dem Marktpartner beruhen. Man kann dies als *strukturbedingte Machtposition* bezeichnen.<sup>8</sup> Sie kann sich aber auch aus einer konkreten Situation heraus ergeben, die das Urteilsvermögen des Verbrauchers schwächt und die sich der Unternehmer zu Nutze macht (vgl. Art. 9 lit. c sowie Nr. 30 der „Schwarzen Liste“). Man kann dies als *situationsbedingte Machtposition* bezeichnen. Im einen Fall handelt es sich um ein Ausnutzen eigener Überlegenheit, im anderen um ein Ausnutzen fremder Schwäche. In der Wirkung auf den Verbraucher macht dies aber keinen Unterschied, so dass es gerechtfertigt ist, beide Fälle gleich zu behandeln. Entscheidend ist, ob unter den gegebenen Umständen das Verhalten des Unternehmers geeignet ist, die Entscheidungs- und Verhaltensfreiheit des Verbrauchers erheblich zu beeinträchtigen und ihn dazu zu veranlassen, eine bestimmte geschäftliche Entscheidung (Tätigwerden oder Untätigbleiben) zu treffen.<sup>9</sup> Dass in Art. 2 lit. j von einer „informierten“ Entscheidung die Rede ist, sollte allerdings nicht Anlass sein, aus Art. 8 (über Art. 7 hinaus) irgendwelche Informationspflichten, etwa hinsichtlich des Werts einer Zugabe, abzuleiten.<sup>10</sup> Vielmehr kommt darin zum Ausdruck, dass eine „unzulässige Beeinflussung“ auch in der Weise erfolgen kann, dass der Verbraucher an der Einholung von Informationen, die für ihn von Bedeutung sind, gehindert wird.<sup>11</sup>

<sup>7</sup> Vgl. auch *Glöckner/Henning-Bodewig*, WRP 2005, 1311, 1333; *Henning-Bodewig*, WRP 2006, 621, 625.

<sup>8</sup> Vgl. *Köhler/Lettl*, WRP 2003, 1019, 1046; *Hecker*, WRP 2006, 640, 642).

<sup>9</sup> Die Definition der „unzulässigen Beeinflussung“ ist insofern redundant, als sie eine „wesentliche Einschränkung“ („significantly limits“; „de manière significative“) der Fähigkeit des Verbrauchers zu einer informierten Entscheidung voraussetzt, obwohl bereits der Tatbestand des Art. 8 ganz allgemein voraussetzt, dass die Geschäftspraxis „die Entscheidungs- oder Verhaltensfreiheit des Durchschnittsverbrauchers ... tatsächlich oder voraussichtlich erheblich („significantly impair“; „de manière significative“) beeinträchtigt“. Im (bewussten?) Gegensatz dazu spricht Art. 2 lit. e von der „spürbaren Beeinträchtigung“ („appreciably impair“; „compromettant sensiblement“) der Fähigkeit des Verbrauchers zu einer informierten Entscheidung. Ob zwischen „wesentlich“ und „erheblich“ einerseits und „spürbar“ andererseits sachliche Unterschiede bestehen, ist nicht leicht zu entscheiden. Die Klärung muss letztlich durch den *EuGH* erfolgen.

<sup>10</sup> Anders wohl *Henning-Bodewig*, WRP 2006, 621, 626.

<sup>11</sup> Dazu könnte der Fall gehören, dass der Verbraucher bei Verkaufsförderungsaktionen ohne einen sachlichen Grund zeitlich unter Druck gesetzt wird, eine Entscheidung zu treffen, um ihn davon abzuhalten, sich über sonstige Kaufmöglichkeiten zu informieren (vgl. dazu *BGH*, GRUR 2003, 890, 891 – Buchclub-Kopplungsangebot; *BGH*, GRUR 2004, 344, 345 – Treue-Punkte; weit. Nachweise bei *Köhler*, in: Hefermehl/Köhler/Bornkamm, § 4 Rdn. 1.85; 1.95).

Nach Lage der Dinge lassen sich alle Erscheinungsformen der aggressiven Geschäftspraktiken als Fälle der „unangemessenen unsachlichen Beeinflussung“ im Sinne des § 4 Nr. 1 UWG und der Ausnutzung besonderer Umstände im Sinne des § 4 Nr. 2 UWG erfassen.

Die eigentliche Frage ist aber, ob § 4 Nr. 1 UWG in seiner bisherigen Auslegung durch die Rspr. weitergehend auch solche Fälle erfasst, die nicht als aggressive Geschäftspraxis anzusehen sind, und somit über die Richtlinie hinausgeht. Sie ist indessen zu verneinen. Denn die Rspr. hat bereits vor Ablauf der Umsetzungsfrist den Anwendungsbereich des § 4 Nr. 1 UWG so eingeschränkt, dass derartige Fälle kaum noch vorstellbar sind. Insbesondere hat die Rspr. in den Fällen der „Wertreklame“<sup>12</sup> und der „gefühlbetonten Werbung“<sup>13</sup> durch das Erfordernis der „Ausschaltung der Rationalität der Kaufentscheidung“ die Anforderungen an die Unlauterkeit derart heraufgesetzt, dass § 4 Nr. 1 UWG keine Grundlage mehr gibt, die Unlauterkeit auch in solchen Fällen zu bejahen, die keine aggressive Geschäftspraxis darstellen.<sup>14</sup> Die Beeinflussung der Entscheidungsfreiheit „in menschenverachtender Weise“ – sollte sie je in der Praxis relevant werden und sollte sie nicht den Tatbestand einer aggressiven Geschäftspraxis erfüllen – kann hingegen nach wie vor nach § 4 Nr. 1 UWG beurteilt werden, da die Richtlinie die gesetzlichen Anforderungen der Mitgliedstaaten „in Fragen der guten Sitten und des Anstands“ nicht antasten will (vgl. Erwägungsgrund 7 Satz 3).

Eine andere Frage ist es, ob die Rspr. künftig bei der Anwendung des § 4 Nr. 1 UWG (und des § 4 Nr. 2 UWG) die Formel von der „Ausschaltung der Rationalität der Kaufentscheidung“ aufgeben<sup>15</sup> und stattdessen die Kriterien der Art. 8, 9 berücksichtigt werden sollte. Im Sinne einer gemeinschaftsweit einheitlichen Entscheidungspraxis ist dies zu befürworten. Insbesondere sollte auch im Wege richtlinienkonformer Auslegung berücksichtigt werden, dass nach Art. 8 eine „erhebliche“ Beeinträchtigung der Entscheidungs- oder Verhaltensfreiheit des Durchschnittsverbrauchers erforderlich, aber auch ausreichend ist.

#### *b) Erweiterung des Anwendungsbereichs des § 4 Nr. 1 UWG auf Handlungen bei und nach Vertragsschluss*

Die eigentliche Bedeutung der Richtlinie für die Auslegung des § 4 Nr. 1 UWG ist die Erstreckung dieser Vorschrift auf alle unternehmerischen Verhaltensweisen bei und nach Vertragsschluss, soweit sie Einfluss auf eine geschäftliche Entscheidung des Verbrauchers haben können. Dazu ist die Definition der „geschäftlichen Entscheidung“ in Art. 2 lit. k in Erinnerung zu rufen. Unter diesen Begriff fällt

„jede Entscheidung eines Verbrauchers darüber, ob, wie und unter welchen Bedingungen er einen Kauf tätigen, eine Zahlung insgesamt oder teilweise leisten, ein Produkt behalten oder abgeben oder ein vertragliches Recht im Zusammenhang mit dem Produkt ausüben will, unabhängig davon, ob der Verbraucher beschließt, tätig zu werden oder ein Tätigwerden zu unterlassen.“

<sup>12</sup> Vgl. die Nachweise bei Köhler, in: Hefermehl/Köhler/Bornkamm, § 4 Rdn. 1.35, 1.1125.

<sup>13</sup> Vgl. die Nachweise bei Köhler, in: Hefermehl/Köhler/Bornkamm, § 4 Rdn. 1.138 ff.

<sup>14</sup> Ein Rückgriff auf die Generalklausel des Art. 5 II (dazu Hecker WRP 2006, 640, 642) ist zwar theoretisch möglich, dürfte aber praktisch nicht in Betracht kommen. Denn es geht nicht an, die Anforderungen der Art. 8, 9 auf dem Umweg über die Generalklausel des Art. 5 abzuschwächen.

<sup>15</sup> Kritisch auch Henning-Bodewig, WRP 2006, 621, 626.

Die Richtlinie lässt nach ihrem Art. 3 II zwar das Vertragsrecht und insbesondere die Bestimmungen über die Wirksamkeit, das Zustandekommen oder die Wirkungen eines Vertrags unberührt.<sup>16</sup> Sie knüpft aber an die jeweilige vertragliche Situation an, in der sich der Verbraucher befindet. Das soll an zwei Beispielen verdeutlicht werden.

*aa) Das Beispiel der Zahlungsaufforderung*

Fordert ein Unternehmer einen Verbraucher, ggf. unter Mahnung und Androhung gerichtlicher Schritte, zur Zahlung auf, so ist diese Druckausübung ein völlig legales Verhalten und kann keinesfalls eine aggressive Geschäftspraxis in Gestalt einer „unzulässigen Beeinflussung“ im Sinne des Art. 8 darstellen. Die Grenzen sind allerdings überschritten, wenn der Unternehmer zu den Mitteln der Belästigung, Nötigung oder unzulässigen Beeinflussung greift. Anhaltspunkte dafür gibt die Aufzählung entsprechender Kriterien in Art. 9. So kann die Grenze zur Unlauterkeit überschritten sein, wenn ein Unternehmer zur Durchsetzung seiner Forderung „drohende oder beleidigende Formulierungen oder Verhaltensweisen“ anwendet (Art. 9 lit. b) oder wenn er mit „rechtlich unzulässigen Handlungen“ droht (Art. 9 lit. e).

Unter der Herrschaft der Richtlinie können also die §§ 3, 4 Nr. 1 UWG auch auf die Fälle der Durchsetzung eines Zahlungsanspruchs mit unlauteren Mitteln angewendet werden.

*bb) Das Beispiel des Nichtreagierens auf Kundenreklamationen*

Nach Art. 9 lit. d kann es einen Fall einer aggressiven Geschäftspraxis und damit auch des § 4 Nr. 1 UWG darstellen, wenn ein Unternehmer „belastende oder unverhältnismäßige Hindernisse nichtvertraglicher Art“ aufstellt, um „den Verbraucher an der Ausübung seiner vertraglichen Rechte zu hindern“. Dazu wird man etwa den Fall rechnen können, dass ein Unternehmer den Kunden daran hindert, Gewährleistungsansprüche geltend zu machen, indem er Briefe ungeöffnet zurückgehen lässt (vgl. auch Nr. 27 der Schwarzen Liste) oder die Verwendung bestimmter Formulare vorschreibt oder ihn an den Hersteller verweist.

## **2. Zur Auslegung des § 4 Nr. 2 UWG (Ausnutzung besonderer Umstände)**

Die Vorschrift des § 4 Nr. 2 UWG ist in engem Zusammenhang mit § 4 Nr. 1 UWG zu sehen; wenn man so will, handelt es sich um eine Konkretisierung des § 4 Nr. 1 für bestimmte Fälle der Ausnutzung besonderer Umstände. Nach dem RegE wird die Vorschrift unter Anleihen bei Art. 5 III 1 etwas weiter gefasst als bisher.<sup>17</sup> Was die richtlinienkonforme Auslegung angeht, gilt das zu § 4 Nr. 1 Gesagte entsprechend.

## **3. Zur Auslegung des § 4 Nr. 3 UWG (getarnte Werbung)**

Die Vorschrift des § 4 Nr. 3 UWG über die getarnte Werbung hat Parallelen in der Richtlinie. Zum einen sind die Spezialtatbestände der Nr. 11 (bezahlte redaktionelle

<sup>16</sup> Es geht daher nicht an, die Richtlinie zum Anlass zu nehmen, die vertraglichen Rechte des Verbrauchers und Pflichten des Unternehmers auszudehnen.

<sup>17</sup> § 4 Nr. 2 UWG soll nach dem RegE wie folgt gefasst werden: „... geschäftliche Handlungen vornimmt, die geeignet sind, geistige und körperliche Gebrechen, das Alter, die geschäftliche Unerfahrenheit, die Leichtgläubigkeit, die Angst oder die Zwangslage von Verbrauchern auszunutzen“.

Werbung)<sup>18</sup>, Nr. 21 (Vortäuschen einer Bestellung) und Nr. 22 (Vortäuschen eines Privatgeschäfts) der Schwarzen Liste zu erwähnen, zum anderen ist auf Art. 7 II hinzuweisen, wonach es als irreführende Unterlassung gilt, wenn der Unternehmer den kommerziellen Zweck der Geschäftspraxis nicht kenntlich macht, sofern er sich nicht unmittelbar aus den Umständen ergibt. Letztere Formulierung wird in § 5a II UWG-E des RegE nicht übernommen, jedoch soll das Nichtkenntlichmachen des kommerziellen Zwecks ausweislich der Begründung des Entwurfs von dieser Regelung miterfasst sein.

Dabei wurde zwar möglicherweise nicht bedacht, dass bereits § 4 Nr. 3 UWG diese Fallgestaltung erfasst.<sup>19</sup> In der Sache sind aber keine Unterschiede zur Richtlinie zu erkennen, so dass eine richtlinienkonforme Auslegung zu keinen anderen Ergebnissen führen dürfte, als sie bisher dem § 4 Nr. 3 UWG entnommen wurden.

#### **4. Zur Auslegung des § 4 Nr. 4 und 5 UWG (Informationspflichten bei Verkaufsförderungsmaßnahmen)**

In § 4 Nr. 4 und 5 UWG werden bestimmte Informationspflichten des Unternehmers bei Verkaufsförderungsmaßnahmen wie Rabatten, Zugaben, Werbegeschenken, Gewinnspielen und Preisausschreiben aufgestellt. Dem RegE zufolge sollen diese Regelungen unverändert beibehalten werden. Das ist nicht unproblematisch aus folgenden Gründen: Nach Art. 7 V gelten die im Gemeinschaftsrecht festgelegten Informationsanforderungen in Bezug auf kommerzielle Kommunikation einschließlich Werbung oder Marketing, auf die in der nicht erschöpfenden Liste des Anhangs II verwiesen wird, als wesentlich. Daraus ergibt sich aber keine Verschärfung der Informationsanforderungen gegenüber dem bisherigen UWG. Denn diese Fälle wurden schon bisher über den Rechtsbruchtatbestand des § 4 Nr. 11 UWG erfasst.

Problematisch sind allein die Fälle, in denen das nationale Recht strengere Informationsanforderungen aufstellt als das Gemeinschaftsrecht. Genau dies ist aber der Fall bei § 4 Nr. 4 und 5 UWG. Diese Regelungen bleiben einerseits hinter den Anforderungen des Art. 6 lit. c und d der Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr zurück.<sup>20</sup> Andererseits gehen sie darüber hinaus, da sie den gesamten Geschäftsverkehr erfassen. Das erscheint zwar sinnvoll, weil damit eine Ungleichbehandlung von *online* und *offline* in diesem Punkt vermieden wird.<sup>21</sup> Auf die Frage, ob dies mit der Richtlinie vereinbar ist, gibt Erwägungsgrund 15 der Richtlinie allerdings eine eindeutige Antwort:

„Auf Grund der durch diese Richtlinie eingeführten vollständigen Angleichung werden nur die nach dem Gemeinschaftsrecht vorgeschriebenen Informationen als wesentlich für die Zwecke des Artikels 7 Absatz 5 dieser Richtlinie betrachtet. Haben die Mitgliedstaaten auf der Grundlage von Mindestklauseln Informationsanforderungen eingeführt, die über das hinausgehen, was im Gemein-

<sup>18</sup> Im RegE soll die Nr. 11 der Schwarzen Liste wie folgt gefasst werden: „der vom Unternehmer finanzierte Einsatz redaktioneller Inhalte zu Zwecken der Verkaufsförderung, ohne dass sich dieser Zusammenhang aus dem Inhalt oder aus der Art der optischen oder akustischen Darstellung eindeutig ergibt (als Information getarnte Werbung).“

<sup>19</sup> So bereits *Seichter*, WRP 2005, 1087, 1093.

<sup>20</sup> In § 4 Nr. 4, 5 UWG wird – anders als in Art. 6 lit. c und d der Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr – nicht gefordert, dass bereits die Angebote zur Verkaufsförderung bzw. die Preisausschreiben und Gewinnspiele „klar als solche erkennbar sein“ müssen (vgl. *Lettl*, WRP 2004, 1079, 1106, 1108). Dem lässt sich aber durch eine richtlinienkonforme Auslegung Rechnung tragen.

<sup>21</sup> Vgl. Begr zum RegE UWG 2004 zu § 4 Nr. 5, S. 17 f.

schaftsrecht geregelt ist, so kommt das Vorenthalten dieser Information einem irreführenden Unterlassen nach dieser Richtlinie nicht gleich.“

Es sollen also innerhalb der Gemeinschaft einheitliche Informationsanforderungen gelten. Dass der Richtliniengeber die für den elektronischen Geschäftsverkehr geltenden Regelungen nicht auf den sonstigen Geschäftsverkehr erstreckt hat, ist ihm nicht einmal als Versäumnis anzulasten. Denn im Zeitpunkt des Erlasses der Richtlinie (11.5.2005) lag noch der Entwurf einer *Verordnung zur Verkaufsförderung im Binnenmarkt* vor. Darin waren umfangreiche Informationspflichten für Verkaufsförderungsmaßnahmen vorgesehen. Der Richtliniengeber musste davon ausgehen, dass dieser Entwurf irgendwann einmal verabschiedet würde, und sah daher keinen Anlass, eine entsprechende Regelung zu treffen. Der Entwurf landete aber nicht im Amtsblatt, sondern im Papierkorb: Am 27.9.2005 zog die Kommission den Verordnungsvorschlag zurück.<sup>22</sup> Dementsprechend weist die Richtlinie in diesem Bereich eine Lücke auf. Rechtspolitisch ist dies zu bedauern. Eine Änderung kann aber nur der Gemeinschaftsgesetzgeber, nicht der nationale Gesetzgeber herbeiführen.<sup>23</sup> Das Ergebnis mag ungerecht erscheinen. Ob sich mit den Grundsätzen der gemeinschaftsrechtlichen Gesetzesauslegung, etwa mit einem Analogieschluss, diese offenkundige Regelungslücke schließen lässt, bleibt abzuwarten.<sup>24</sup> Da nach dem RegE die Nr. 4 und 5 des § 4 UWG unverändert beibehalten werden sollen, werden die Gerichte vermutlich nicht umhinkommen, den *EuGH* anzurufen.

## 5. Zur Auslegung des § 4 Nr. 6 UWG (Kopplung von Absatzgeschäften mit Gewinnspielen)

Nach § 4 Nr. 6 UWG ist es unlauter, die Teilnahme von Verbrauchern an einem Preisausschreiben oder Gewinnspiel von dem Erwerb einer Ware oder der Inanspruchnahme einer Dienstleistung abhängig zu machen, es sei denn, das Preisausschreiben oder Gewinnspiel ist naturgemäß mit der Ware oder Dienstleistung verbunden. Nach dem RegE zur Umsetzung der Richtlinie ist nicht geplant, diese Regelung zu ändern. Im Schrifttum ist allerdings umstritten, ob § 4 Nr. 6 UWG mit der Richtlinie in Einklang steht.<sup>25</sup>

Festzuhalten ist, dass diese Regelung weder in der Schwarzen Liste eine Entsprechung findet noch als irreführende oder aggressive Geschäftspraxis angesehen werden kann. Es bleibt daher einzig die Möglichkeit, sie als Konkretisierung der Generalklausel des Art. 5 zu begreifen. Dann müsste die Kopplung von Warenabsatz und Gewinnspiel den „Erfordernissen der beruflichen Sorgfalt“ widersprechen (Art. 5 II lit. a) und außerdem geeignet sein, das wirtschaftliche Verhalten des Durchschnittsverbrauchers wesentlich zu beeinflussen (Art. 5 II lit. b). Letzteres wird man wohl bejahen kön-

<sup>22</sup> KOM (2005) 462 endg.

<sup>23</sup> Auch Art. 3 V gibt dafür keine Handhabe. Denn § 4 Nr. 4 und 5 UWG wurde nicht zur Umsetzung einer Richtlinie, die eine Mindestangleichung vorsieht, geschaffen.

<sup>24</sup> Nicht unerwähnt kann in diesem Zusammenhang bleiben, dass Art. 3a II der Richtlinie 84/450/EWG über irreführende und irreführende Werbung spezielle **Informationspflichten bei Sonderangeboten** enthielt, diese Bestimmung aber durch Art. 14 Richtlinie ersatzlos aufgehoben wurde und dass auch die Nachfolgerichtlinie 2006/114/EG über irreführende und vergleichende Werbung mehr enthält. Dementsprechend soll in der Novelle zur Umsetzung der Richtlinie § 6 III UWG gestrichen werden.

<sup>25</sup> Verneinend *Seichter* WRP 2005, 1087, 1095; *MünchKommUWG/Leible* (2006) § 4 Nr. 6 Rdn. 21; bejahend *Fezer/Hecker*, UWG (2004) § 4 – 6 Rdn. 24 und auch noch *Köhler*, in: *Hefermehl/Köhler/Bornkamm* § 4 Rdn. 6.4. (Diese auf eine Anwendung des Art. 5 gestützte Ansicht gebe ich auf).

nen. Aber wie steht es mit der Verletzung der „beruflichen Sorgfaltspflicht“? Mit einer Nichteinhaltung des „Standards an Fachkenntnissen und Sorgfalt“ hat diese Wettbewerbsmaßnahme – jedenfalls aus der Sicht des deutschen Rechtsanwenders – wenig zu tun. Übergeht man dieses Kriterium und beschränkt man sich auf die Wertmaßstäbe der „anständigen Marktgepflogenheiten“ und des „allgemeinen Grundsatzes von Treu und Glauben“, bewegt man sich zwar auf vertrautem Gelände. Aber ob die Kopplungsmaßnahme nach diesen Maßstäben unlauter ist, lässt sich immer noch nicht sagen. Man wäre auf einem sicheren Pfad, wenn innerhalb der Mitgliedstaaten eine Art *communis opinio* bestünde, dass solche Geschäftspraktiken unlauter sind. Aber auch dies ist nicht der Fall. Und gerade dieses Beispiel zeigt, dass ein Bedürfnis nach einer gemeinschaftsweit einheitlichen Beurteilung besteht. Letztlich muss die Frage daher dem *EuGH* zur Vorabentscheidung unterbreitet werden.

Bis zu einer Entscheidung des *EuGH* könnte man einer vermittelnden Lösung folgen. Die Gefahr aus einer Kopplung von Warenabsatz und Gewinnspiel besteht darin, dass der Verbraucher die Ware hauptsächlich deshalb erwirbt, um an dem Gewinnspiel teilnehmen zu können. Vom „angemessen gut unterrichteten und angemessen aufmerksamen und kritischen Durchschnittsverbraucher“ ist aber zu erwarten, dass er das Für und Wider eines Kaufs abwägt und eine rationale Entscheidung trifft. Er ist daher nicht schutzbedürftig. Anders dürfte es sich verhalten, wenn sich die betreffende Wettbewerbsmaßnahme nur an Kinder richtet, da sie wegen ihrer Unerfahrenheit und Leichtgläubigkeit besonders schutzbedürftig sind und sich daher eher beeinflussen lassen als Erwachsene (vgl. Art. 5 III 1). Die Lösung könnte daher lauten, dass eine Kopplung von Warenabsatz und Gewinnspiel nur dann unlauter ist, wenn sich das betreffende Angebot nur an Kinder richtet und die Voraussetzungen des Art. 5 III 1 erfüllt sind. Dieser Auslegung der Richtlinie ließe sich durch eine restriktive Auslegung des § 4 Nr. 6 UWG Rechnung tragen.

## **6. Zur Auslegung des § 4 Nr. 7 und 8 UWG (Herabsetzung und Anschwärzung von Mitbewerbern)**

Bei den Tatbeständen der Herabsetzung oder Anschwärzung von Mitbewerbern (§ 4 Nr. 7 und 8 UWG) handelt es sich auf den ersten Blick um Verhaltensweisen, die nur das Verhältnis zwischen Unternehmern (B2B) betreffen. Denn Anknüpfungspunkt ist die Mitbewerbereigenschaft des Betroffenen. Soweit sich allerdings die betreffenden Äußerungen – wie in der Regel – auch an Verbraucher richten, um ihre Kaufentscheidung zu beeinflussen, dürften sie auch in den Anwendungsbereich der Richtlinie fallen. Wenn etwa ein Arzt in Rundschreiben oder mündlichen Äußerungen gegenüber Patienten falsche und herabsetzende Äußerungen über einen erfolgreichen Mitbewerber macht, etwa dass dieser keine ausreichende Ausbildung habe, so ist dies zweifellos geeignet, die Entscheidung der Patienten zu beeinflussen.

Das Gemeinschaftsrecht hält Regelungen nur für den Fall der vergleichenden Werbung bereit (vgl. Art. 4 lit. d Richtlinie 2006/114/EG und § 6 II Nr. 5 UWG). Ob die bloße Herabsetzung oder Anschwärzung eines Mitbewerbers den Tatbestand der vergleichenden Werbung i.S. des Art. 2 lit. c der Richtlinie 2006/114/EG über irreführende und vergleichende Werbung (§ 6 I UWG) erfüllen kann, erscheint zweifelhaft, ist aber vom Wortlaut der Definition her nicht ausgeschlossen.

Verneint man dies, wäre im Falle der Anschwärzung an eine irreführende, im Falle der Herabsetzung an eine aggressive Geschäftspraxis zu denken, wenn und soweit die Äußerung in einem unmittelbaren Zusammenhang mit der Förderung des Absatzes des eigenen Unternehmens steht. Allerdings ist der Irreführungstatbestand des Art. 6,

soweit ersichtlich, auf irreführende Angaben über die eigenen geschäftlichen Verhältnisse des Unternehmers beschränkt. Die Irreführung über die geschäftlichen Verhältnisse bei Mitbewerbern scheint außerhalb des Fokus des Art. 6 zu liegen. Die Herabsetzung eines Mitbewerbers kann allerdings im Einzelfall eine aggressive Geschäftspraxis gegenüber dem Verbraucher als Adressaten der herabsetzenden Äußerung darstellen, nämlich insoweit, als der Handelnde seine intellektuelle Überlegenheit gegenüber dem Verbraucher ausnutzt. Dass sonach die Herabsetzung eines Mitbewerbers gleichzeitig den Tatbestand des § 4 Nr. 1 UWG erfüllen kann, bedeutet aber nicht, dass der Tatbestand des § 4 Nr. 7 UWG leer liefe. Da Nr. 7 und 8 des § 4 UWG Verhaltensweisen regeln, die auf die Schädigung eines Mitbewerbers angelegt sind, wird ihr Anwendungsbereich durch die Richtlinie nicht eingeschränkt.

## **7. Zur Auslegung des § 4 Nr. 9 UWG (ergänzender wettbewerbsrechtlicher Leistungsschutz)**

### *a) Allgemeines*

In § 4 Nr. 9 UWG ist der sogenannte ergänzende wettbewerbsrechtliche Leistungsschutz geregelt. Danach ist der Vertrieb von Produktnachahmungen unter bestimmten Voraussetzungen unlauter. In jüngster Zeit ist die Frage aufgeworfen, ob die Auslegung dieser Vorschrift durch die Rspr. mit der Schutzzweckbestimmung in § 1 UWG vereinbar ist.<sup>26</sup> Erst recht stellt sich die Frage, ob und inwieweit diese Vorschrift mit der Richtlinie in Einklang zu bringen ist.

Da die Richtlinie nur den Schutz der wirtschaftlichen Interessen der Verbraucher bezweckt,<sup>27</sup> stellt sich das Problem allerdings nur bei § 4 Nr. 9 lit. a UWG. Denn die beiden anderen Tatbestände der unlauteren Vermarktung von Nachahmungsprodukten (§ 4 Nr. 9 lit. b und c UWG) bezwecken in erster Linie den Schutz des Herstellers des Originalprodukts und allenfalls noch den Schutz der sonstigen Mitbewerber des Verletzers, aber wohl nicht den Schutz der Verbraucher.

Der Tatbestand des § 4 Nr. 9 lit. a UWG, der eine „vermeidbare Täuschung der Abnehmer über die betriebliche Herkunft“ voraussetzt, könnte dagegen ein Tatbestand sein, der – jedenfalls auch – dem Schutz der Verbraucher dient. Nach der bisherigen Rspr. ist aber grundsätzlich nur der Hersteller des Originalprodukts berechtigt, Abwehr- und Schadensersatzansprüche geltend zu machen. Dem liegt die Auffassung zugrunde, dass § 4 Nr. 9 UWG nur die Individualinteressen des betroffenen Herstellers des Originalprodukts, nicht aber auch die Interessen sonstiger Mitbewerber oder Marktteilnehmer schützt. Dementsprechend waren bisher sonstige Mitbewerber oder Verbände von der Rechtsverfolgung ausgeschlossen. Dagegen darf der Hersteller des Originals seinen Schaden sogar nach der dreifachen Schadensberechnung (entgangener Gewinn, angemessene Lizenzgebühr oder Herausgabe des Verletzergewinns) geltend machen.

### *b) Verhältnis zu den Regelungen in der Richtlinie*

Allerdings stellt sich die Frage, ob sich diese Rspr. unter der Herrschaft der Richtlinie aufrechterhalten lässt. Die Richtlinie trifft dazu zwei Regelungen. Nach Nr. 13 der „Schwarzen Liste“ ist unter allen Umständen unlauter die

<sup>26</sup> Vgl. dazu Fezer, WRP 2008, 1; Köhler, GRUR 2007, 548; Ohly, GRUR 2007, 731; Steinbeck, WRP 2006, 632, 639.

<sup>27</sup> Vgl. Erwägungsgrund 8 der Richtlinie.

„Werbung für ein Produkt, das einem Produkt eines bestimmten Herstellers ähnlich ist, in einer Weise, die den Verbraucher absichtlich dazu verleitet, zu glauben, das Produkt sei von jenem Hersteller hergestellt worden, obwohl dies nicht der Fall ist.“

Nach Art. 6 II lit. a gilt als irreführend

„jegliche Art der Vermarktung eines Produkts, einschließlich vergleichender Werbung, die eine Verwechslungsgefahr mit einem anderen Produkt, Warenzeichen, Warennamen oder anderen Kennzeichen eines Mitbewerbers begründet“.

Nach dem RegE sollen diese Vorschriften weitgehend wortgleich in das UWG übernommen werden, gleichzeitig soll aber § 4 Nr. 9 UWG unverändert beibehalten werden.<sup>28</sup> Damit stellt sich nur noch das Problem, das Verhältnis dieser Vorschriften zu § 4 Nr. 9 lit. a UWG zu bestimmen.

Die Auslegung des § 4 Nr. 9 lit. a UWG darf sich jedenfalls nicht in Widerspruch zu diesen Regelungen setzen, da insoweit der Vorrang der Richtlinie zu beachten ist. Allerdings ist der Anwendungsbereich des Art. 6 II lit. a und der Nr. 13 der „Schwarzen Liste“ sehr viel weiter als der des § 4 Nr. 9 lit. a UWG. Der Richtlinie geht es primär um den Schutz des Verbrauchers vor Verwechslungsgefahr. Eine Verwechslungsgefahr kann aber nicht nur durch das Angebot von Nachahmungsstücken, sondern auch auf andere Weise begründet werden.

Um es an einem einfachen *Beispiel* zu verdeutlichen: Ein Kaufmann legt in ein Sockenregal mit der Aufschrift des Herstellers „Falke“ ein no-name-Produkt, so dass Verbraucher glauben können, es handle sich dabei ebenfalls um ein Produkt von „Falke“. Auch in Nr. 13 der Schwarzen Liste wird nur Ähnlichkeit der Produkte vorausgesetzt, keineswegs aber die Nachahmung eines Produkts. Entscheidend ist die Werbeaussage des Händlers oder Herstellers des beworbenen Produkts.

In § 4 Nr. 9 lit. a UWG ist daher nur ein Ausschnitt der irreführenden, weil eine Verwechslungsgefahr begründenden Produktvermarktung geregelt. Soweit sich die Regelungen der Richtlinie (und des künftigen UWG) und die des § 4 Nr. 9 lit. a UWG überschneiden, sind sie nebeneinander anwendbar. Im Falle des irreführenden Vertriebs von Nachahmungsprodukten kann daher der Hersteller nach wie vor Unterlassung, Beseitigung und Schadensersatz verlangen. Daneben ist es aber den sonstigen Mitbewerbern und den Wirtschafts- und Verbraucherverbänden (§ 8 III UWG) unbenommen, ihrerseits – gestützt auf die entsprechenden Vorschriften der Richtlinie und der entsprechenden Umsetzung bzw. auf die entsprechende richtlinienkonforme Auslegung - Unterlassung und Beseitigung zu verlangen, um die Verbraucher vor Täuschung zu bewahren. Ein Vorrang der Vorschriften zum Schutze des Geistigen Eigentums, insbesondere des Markenrechts, ist, entgegen der früheren Rspr., nicht mehr anzuerkennen.<sup>29</sup> Sonstige Mitbewerber können darüber hinaus sogar Schadensersatz nach § 9 UWG verlangen. Der Hersteller des Originals muss es demgegenüber hinnehmen, dass beispielsweise ein Verbraucherverband gegen die Vermarktung des

<sup>28</sup> Die Nr. 13 Anhang I Richtlinie soll Nr. 13 des Anhangs zu § 3 III UWG werden; Art. 6 II lit. a Richtlinie soll in § 5 II UWG übernommen werden.

<sup>29</sup> So auch *Seichter*, WRP 2005, 1087, 1092. - Umgekehrt lässt die Richtlinie aber auch die Vorschriften über den Schutz des geistigen Eigentums unberührt (vgl. Erwägungsgrund 9 S. 2).

Nachahmungsprodukts vorgeht, obwohl er gerade mit dem Verletzer in Lizenzverhandlungen steht.

## 8. Zur Auslegung des § 4 Nr. 10 UWG (gezielte Mitbewerberbehinderung)

### a) Das Problem

Auf den ersten Blick scheint dieser Unlauterkeitstatbestand von der Richtlinie nicht berührt zu sein, da er augenscheinlich nur den Schutz der Mitbewerber, nicht auch der Verbraucher bezweckt. Doch auch auf diesen Tatbestand könnte die Richtlinie ausstrahlen. Dem liegt folgende Überlegung zugrunde: Die Richtlinie will in ihrem Anwendungsbereich abschließend regeln, welche Geschäftspraktiken im Verhältnis von Unternehmer zu Verbraucher unlauter und damit unzulässig sind. Könnten der nationale Gesetzgeber oder die nationalen Gerichte Geschäftspraktiken von Unternehmern gegenüber Verbrauchern aus Gründen des Mitbewerberschutzes verbieten, obwohl sie nach den Bestimmungen der Richtlinie nicht zu beanstanden sind, so könnte dadurch der Vorrang der Richtlinie untergraben werden.

Die Frage ist allerdings, wo die Grenzlinie zu ziehen ist. Nach Erwägungsgrund 8 gibt es „selbstverständlich ... andere Geschäftspraktiken, die zwar nicht den Verbraucher schädigen, sich jedoch nachteilig für die Mitbewerber und gewerblichen Kunden auswirken können“.<sup>30</sup> Wie aber verhält es sich, wenn das Verbot einer verbraucherbezogenen Wettbewerbsmaßnahme aus Gründen des Mitbewerberschutzes sich zum Nachteil des Verbrauchers durch Einschränkung seiner Wahlmöglichkeiten auswirken würde?

### b) Das Beispiel des Abwerbens von Kunden durch Verleiten zum Vertragsbruch

Das Problem wird praktisch bei den Fällen des Abwerbens von Kunden durch Verleiten zum Vertragsbruch. Denn diese Maßnahmen richten sich unmittelbar an den Verbraucher und stellen daher Geschäftspraktiken von Unternehmern gegenüber Verbrauchern dar. Der *BGH*<sup>31</sup> geht indessen in st. Rspr. davon aus, dass das Verleiten eines Kunden zum Vertragsbruch den Tatbestand der gezielten Mitbewerberbehinderung i.S. des § 4 Nr. 10 UWG erfüllt. Die Frage ist daher, ob man an dieser Rspr. unter der Geltung der Richtlinie unverändert festhalten kann.<sup>32</sup>

Prüft man, ob das Verleiten zum Vertragsbruch eine unlautere Geschäftspraxis i.S. der Richtlinie darstellt, so ergibt sich folgendes Bild: In der Schwarzen Liste ist dieses Verhalten nicht erwähnt. Folglich ist zu prüfen, ob es sich um eine irreführende oder aggressive Geschäftspraxis handelt. Das Verleiten zum Vertragsbruch ist nicht per se irreführend. Vielmehr müssen besondere Umstände hinzutreten. Dabei kommt, soweit ersichtlich, nur der Tatbestand des Art. 6 I lit. g in Betracht. Eine Irreführung kann danach auch in einer Täuschung des Verbrauchers über „die Risiken, denen er sich mög-

<sup>30</sup> Zu diesen „anderen Aspekten des unlauteren Wettbewerbs“ soll die Kommission nach Erwägungsgrund 8 gegebenenfalls einen Gesetzgebungsvorschlag vorlegen.

<sup>31</sup> Zuletzt (zur Mitarbeiterabwerbung) *BGH*, GRUR 2007, 800 Tz 14 – *Außendienstmitarbeiter*; ebenso *OLG Brandenburg*, WRP 2007, 1368, 1370; anders dagegen *OLG Oldenburg*, WRP 2007, 460, 462 sowie *Köhler*, in: Hefermehl/Köhler/Bornkamm § 4 Rdn. 10.108 ff.

<sup>32</sup> An dieser Stelle soll nur der Fall der Abwerbung von Verbrauchern als Kunden unter Verleiten zum Vertragsbruch behandelt werden. Andere Fälle des Verleitens zum Vertragsbruch (Abwerben von Mitarbeitern; Verleitung zum Verletzung der Pflichten aus einem selektiven Vertriebsvertrag) müssen einer gesonderten Untersuchung vorbehalten werden.

licherweise aussetzt“, bestehen. Das ist beispielsweise dann anzunehmen, wenn der Unternehmer den Verbraucher bei seinem Abwerbungsversuch über die Folgen eines Vertragsbruchs täuscht.

Das Verleiten zum Vertragsbruch erfüllt auch nicht ohne Weiteres den Tatbestand der aggressiven Geschäftspraxis. Vielmehr setzt dies eine Belästigung, Nötigung oder unzulässige Beeinflussung voraus. Das wird beim Verleiten zum Vertragsbruch nicht ohne Weiteres, sondern nur bei Vorliegen besonderer Umstände anzunehmen sein.

Es bleibt daher allenfalls die Möglichkeit, das Verleiten zum Vertragsbruch als Verletzung der „beruflichen Sorgfaltspflicht“ zu werten und unter den Tatbestand der Generalklausel des Art. 5 zu subsumieren. Allerdings müsste in dieser Frage wohl der *EuGH* angerufen werden. Denn die Generalklausel ist nicht als Auffangtatbestand für all die Fälle anzusehen, die nach deutschem Recht bisher als unlauter angesehen wurden. Eine Prognose, wie der *EuGH* wohl entscheiden wird, ist kaum möglich. Sicherlich dürfte auch eine Rolle spielen, ob das Verleiten zum Vertragsbruch in anderen Mitgliedstaaten als unlauter angesehen wird.

Fürs Erste, nämlich solange der *EuGH* die Frage nicht entschieden hat, wird man die Frage anhand der Schutzzwecke der Richtlinie beantworten müssen. Die Richtlinie bezweckt in erster Linie den Schutz der wirtschaftlichen Interessen der Verbraucher und sie will dementsprechend unlautere Geschäftspraktiken bekämpfen, die das „wirtschaftliche Verhalten der Verbraucher beeinträchtigen“<sup>33</sup> und „die den wirtschaftlichen Interessen der Verbraucher schaden“.<sup>34</sup> Das Verleiten zum Vertragsbruch beeinträchtigt für sich allein noch nicht die Entscheidungs- und Verhaltensfreiheit des Verbrauchers. Die Grenze zur Unlauterkeit wird vielmehr erst überschritten, wenn die Einwirkung auf die Entscheidung des Verbrauchers in irreführender oder aggressiver Weise erfolgt. Ein uneingeschränktes nationales Verbot des Verleitens zum Vertragsbruch würde umgekehrt die „Wahlfreiheit“<sup>35</sup> des Verbrauchers, sich für das aus seiner Sicht bessere Angebot des Abwerbenden unter Inkaufnahme der Folgen eines Vertragsbruchs zu entscheiden, beeinträchtigen. Damit würde im Widerspruch zum abschließenden Charakter der Richtlinie der Katalog der unlauteren Geschäftspraktiken erweitert.

Es spricht daher viel dafür, das Verleiten zum Vertragsbruch in erster Linie nach den § 4 Nr. 1 UWG und § 5 UWG in richtlinienkonformer Auslegung zu beurteilen und diese Wertung auch bei der Anwendung des § 4 Nr. 10 UWG zu berücksichtigen. Das bedeutet: Sind die Unlauterkeitstatbestände des § 4 Nr. 1 UWG oder des § 5 UWG nicht erfüllt, so kann das Verleiten zum Vertragsbruch auch nicht nach §§ 3, 4 Nr. 10 UWG geahndet werden.

Die Interessen des betroffenen Mitbewerbers werden dadurch nicht unangemessen beeinträchtigt. Denn das Verleiten des Verbrauchers zum Vertragsbruch bedeutet nicht, dass der Vertrag des Mitbewerbers mit dem Verbraucher beseitigt würde. Dieser Vertrag bleibt vielmehr bestehen. Der Mitbewerber kann daher nach wie vor vertragliche Erfüllungsansprüche (gerichtet auf Zahlung und ggf. Abnahme der Leistung), ersatzweise Unterlassungs-, Schadensersatz- und ggf. Vertragsstrafeansprüche gegen den Verbraucher geltend machen. Das eigentliche Problem hat daher nicht der Mitbewerber, sondern der Verbraucher, der es künftig mit zwei Vertragspartnern zu tun hat, ob-

<sup>33</sup> Erwägungsgrund 11 S. 2.

<sup>34</sup> Erwägungsgrund 10 letzter Satz.

<sup>35</sup> Vgl. Erwägungsgrund 8 7 Satz 5.

wohl er nur die Leistung eines von ihnen benötigt. Am *Beispiel* eines Mietvertrages: Verleitet ein gewerblicher Vermieter einen Verbraucher dazu, mit ihm einen Mietvertrag abzuschließen und den bestehenden Mietvertrag mit dem Mitbewerber ohne Einhaltung der Kündigungsfrist zu kündigen, so bleibt der Mieter nach wie vor zur Zahlung des Mietzinses an den Mitbewerber verpflichtet, und zwar so lange, bis dieses Mietverhältnis ordnungsgemäß beendet ist.<sup>36</sup>

Dagegen dürfte § 4 Nr. 10 UWG uneingeschränkt anwendbar bleiben, wenn das Verleiten zum Vertragsbruch ausschließlich oder doch überwiegend in der Absicht erfolgt, den Mitbewerber zu schädigen oder gar vom Markt zu verdrängen. Darüber hinaus bleiben selbstverständlich die kartellrechtlichen Behinderungstatbestände des § 20 I, II und IV GWB anwendbar. Es verhält sich insoweit nicht anders als beispielsweise bei der gezielten Kampfpreisunterbietung.

### 9. Zur Auslegung des § 4 Nr. 11 UWG (Rechtsbruch)

Die Richtlinie kennt keinen dem § 4 Nr. 11 UWG vergleichbaren Unlauterkeitstatbestand. Da die Richtlinie eine vollständige Harmonisierung bezweckt (vgl. Art. 4), stellt sich die Frage, ob und inwieweit diese Vorschrift nach Ablauf der Umsetzungsfrist weiter anwendbar ist.<sup>37</sup> Das ist unzweifelhaft zulässig im Hinblick auf gemeinschaftsrechtliche Marktverhaltensregelungen, insbesondere Informationspflichten, wie sie im Anhang II der Richtlinie – nicht abschließend – aufgezählt sind. Im Übrigen ist der eingeschränkte Anwendungsbereich der Richtlinie (vgl. Art. 3) zu beachten. Da die Richtlinie nur das Verhältnis Unternehmer zu Verbraucher (B2C) regelt (Art. 3 I), können Marktverhaltensregelungen, die nur das Verhältnis zu Mitbewerbern oder zu Marktteilnehmern, die nicht Verbraucher sind, betreffen, weiterhin nach §§ 3, 4 Nr. 11 UWG sanktioniert werden. Bei Vorschriften, die jedenfalls auch den Schutz der Verbraucher bezwecken, ist zu berücksichtigen, dass die Richtlinie Rechtsvorschriften der Gemeinschaft oder der Mitgliedstaaten in Bezug auf die Gesundheits- und Sicherheitsaspekte von Produkten unberührt lässt (vgl. Art. 3 III sowie Erwägungsgrund 9). Soweit Marktverhaltensregelungen daher auch dem Schutz der Gesundheit und Sicherheit von Verbrauchern dienen, bleibt die Anwendung des § 4 Nr. 11 UWG zulässig. Was die verbotene Glücksspielwerbung angeht, ist darauf hinzuweisen, dass nach Erwägungsgrund 9 die Richtlinie „Vorschriften, die sich im Einklang mit dem Gemeinschaftsrecht auf Glücksspiele beziehen“,<sup>38</sup> unberührt lässt. Weiter ist die Ausnahme des Art. 3 VIII für „reglementierte Berufe“ von Bedeutung. Dementsprechend ist die Anwendung des § 4 Nr. 11 UWG auf gemeinschaftsrechtskonforme Marktverhaltensregelungen für freie Berufe mit der Richtlinie vereinbar.

Im Ergebnis dürfte es daher - sieht man einmal von nationalen Informationspflichten des Unternehmers gegenüber dem Verbraucher, die vom Gemeinschaftsrecht nicht gedeckt sind, ab - kaum Marktverhaltensregelungen geben, deren Sanktionierung durch das UWG mit der Richtlinie unvereinbar wäre.

Allerdings muss diese Frage jeweils sorgfältig geprüft werden. Ggf. kann das gesetzwidrige Verhalten eine irreführende oder aggressive Geschäftspraxis darstellen, so dass der Rückgriff auf § 4 Nr. 1 und 2 sowie auf § 5 UWG möglich bleibt. Der Weg,

<sup>36</sup> Das Risiko, dass der Mieter seine Zahlungspflichten aus nunmehr zwei Mietverträgen nicht vollständig erfüllen kann, tragen beide Vermieter.

<sup>37</sup> Vgl. dazu *Köhler*, GRUR 2005, 793, 799; *Seichter*, WRP 2005, 1087, 1094.

<sup>38</sup> Vgl. § 284 StGB und dazu *BGH*, GRUR 2008, 438 - ODDSET. Zu den Werbebeschränkungen für Glücksspiele vgl. den am 1.1.2008 in Kraft getretenen Glücksspielstaatsvertrag.

nationale, nicht auf Gemeinschaftsrecht beruhende Marktverhaltensregelungen als Gebote der „beruflichen Sorgfaltspflicht“ i.S. des Art. 5 II lit. b auszugeben, dürfte dagegen kaum gangbar sein. Denn damit würde das Ziel eines einheitlichen europäischen Lauterkeitsrechts gefährdet.

#### **IV. Zusammenfassung**

Die Richtlinie bewirkt eine weit reichende Vereinheitlichung des Lauterkeitsrechts innerhalb der Gemeinschaft, soweit es das Verhältnis Unternehmer zu Verbraucher betrifft. Unabhängig davon, wann und wie diese Richtlinie vom deutschen Gesetzgeber umgesetzt wird, ist das UWG richtlinienkonform auszulegen. Bestehende nationale Traditionen dürfen nicht unbesehen weitergeführt werden, vielmehr ist stets zu prüfen, ob sie wirklich in Einklang mit der Richtlinie stehen. Das wird in vielen Fällen eine Vorlage an den *EuGH* erforderlich machen.

Der RegE zur Umsetzung der Richtlinie sieht bei den Unlauterkeitstatbeständen des § 4 UWG, von § 4 Nr. 2 UWG abgesehen, keine sachlichen Änderungen vor. Eine genauere Analyse der einzelnen Unlauterkeitstatbestände zeigt jedoch, dass keine vollständige Übereinstimmung mit der Richtlinie besteht. Insbesondere die Nrn. 4, 5 und 6 des § 4 UWG gehen über das hinaus, was die Richtlinie als einheitlichen Beurteilungsmaßstab vorschreibt. Auch könnte die Richtlinie Anlass geben, bei der Anwendung des § 4 Nr. 10 UWG auf verbraucherbezogene Maßnahmen, wie z.B. Kundenabwerbung oder Boykottaufruf, zurückhaltender als bisher vorzugehen und eine Absicht der Mitbewerberbehinderung zu fordern. Auch für die sonstigen Unlauterkeitstatbestände des § 4 UWG gilt, dass sie der richtlinienkonformen Auslegung bedürfen, um den Einklang mit der Richtlinie herzustellen.