

Prof. Dr. Anja Steinbeck, RiOLG Köln

Der Beispielskatalog des § 4 UWG – Bewährungsprobe bestanden*

Als der Gesetzgeber im Jahre 2004 die Generalklausel des § 1 UWG a.F. von der „Königsnorm zum Auffangtatbestand“¹ degradierte, sie auf den dritten Platz verwies und ihr zudem einen Beispielskatalog beiseite stellte, verabschiedete er sich von einer fast 100-jährigen Tradition. Inzwischen sind fast vier Jahre vergangen. Wir können eine erste Bilanz ziehen und der Frage nachgehen, ob die Konkretisierung der Generalklausel durch die Normierung von Beispielsfällen jedenfalls bisher ihre Bewährungsprobe bestanden hat. Die Beantwortung erfordert zwei Prüfungsschritte. Erstens: Welche Ziele wurden mit der Reform verfolgt, d.h. welche Hoffnungen und Erwartungen hat man daran geknüpft? Zweitens: Wurden diese Ziele erreicht? Abschließend soll noch ein Blick auf das Verhältnis der Beispielstatbestände zueinander und zur Generalklausel geworfen werden.

A. Ziele der UWG-Reform

Mit der UWG-Reform aus dem Jahre 2004 wurden vor allem drei Ziele verfolgt, von denen jedes einen eigenen Vortrag wert wäre: Europäisierung, Liberalisierung und Transparenz.²

Die mit dem Stichwort Europäisierung umschriebene Zielvorstellung wurde nicht erreicht. Dahinter stand die Hoffnung, ein – inhaltlich und strukturell dem europäischen Standard entsprechendes – deutsches Lauterkeitsrecht als Referenzmodell für ein zukünftiges einheitliches europäisches Lauterkeitsrecht zu schaffen. Der Richtliniengeber hat sich das deutsche UWG jedoch bekanntlich nicht zum Vorbild genommen, sondern ist eigene Wege gegangen. Dies gilt insbesondere für die im nationalen Recht schon seit langem erfolgte Zusammenführung des Verbraucher- und des Mitbewerberschutzes in einem Gesetz. Aber auch der 11 Fallgruppen umfassende Beispielskatalog des § 4 UWG hat den europäischen Gesetzgeber nicht beeindruckt. Die Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken regelt bekanntlich nur zwei Fallgruppen: die irreführende und die belästigende Werbung, die black list ausgenommen.

* Um Fußnoten ergänzter Vortrag, den die Verfasserin auf der GRUR-Jahrestagung in Stuttgart vom 21.5 – 23.5. 2008 gehalten hat.

¹ Ohly, GRUR 2004, 889, 897.

² BT-Drucks. 15/1487, S. 12 linke Spalte und S. 17 linke Spalte.

Auch wenn ex post betrachtet das deutsche Lauterkeitsrecht ohne Einfluss auf die europäische Entwicklung blieb, war es doch gerechtfertigt, diesen Versuch zu unternehmen. Schon Herodot sagte: Der Erfolg bietet sich nicht denen, die alles wägen und nichts wagen wollen.

Für das Ziel der Liberalisierung, das böse Zungen als „Abschaffung des Lauterkeitsrechts“ bezeichnen, lässt sich konstatieren, dass dieses mit der Aufhebung der Regelungen über die Schlussverkäufe und anderer Sonderveranstaltungen im Rahmen der Reform weiter vorangetrieben wurde. Freilich muss man insoweit zugestehen, dass es – das Lauterkeitsrecht insgesamt betrachtet – weniger der Gesetzgeber, sondern die BGH-Rechtsprechung war, die bereits Mitte der 90iger Jahre die Liberalisierung einleitete.

Das dritte Ziel der Reform war auf eine „Steigerung der Transparenz und eine Präzisierung der Generalklausel“ gerichtet. Die juristische Methodenlehre bietet zwei Alternativen an, um eine Konkretisierung zu erreichen: Entweder wird der zu konkretisierende normative Begriff durch deskriptive Begriffe ersetzt und dadurch der Subsumtion zugänglich gemacht. Dieser Weg kam jedoch nicht in Betracht, weil sich der Begriff der Unlauterkeit nicht definieren lässt.

Oder – und dies ist die zweite Möglichkeit – die Konkretisierung erfolgt durch Beispielstatbestände.³ Der deutsche Gesetzgeber hat sich mit der Normierung des Katalogs in § 4 UWG für diese sog. exemplifizierende Methode⁴ entschieden, die dem deutschen Recht durchaus bekannt ist. Sie findet sich – um nur einige Beispiele zu nennen – in § 138 Abs. 2 BGB, wenn es dort heißt: „Nichtig ist insbesondere ein Rechtsgeschäft, durch das ...“ oder auch in § 19 Abs. 2 GWB. Dort lautet es: „Ein Missbrauch liegt insbesondere vor, wenn ...“.

B. Bewährungsprobe bestanden

I. Hoffnungen und Befürchtungen

Die exemplifizierende Methode hat Vor- und Nachteile. Der Vorteil liegt darin, dass die Abstraktionshöhe einer Generalklausel für die Rechtsanwendungspraxis auf ein ihr genehmes Maß abgesenkt werden kann. Idealerweise ermöglicht es die Konkretisierung, dass nicht nur der kundige Jurist erkennen kann, was erlaubt und was verboten ist. Getreu dem Motto: „Was man schwarz auf weiß besitzt, kann man getrost nach Hause tragen.“ Diese Methode ist aber auch nicht ganz ungefährlich und führt überdies – wie wir sehen werden – zu Abgrenzungs-

³ Kritisch zu einer Konkretisierung durch Fallgruppen *Weber*, AcP 192 (1992), 517, 537.

⁴ Vgl. hierzu *Engisch*, Einführung in das juristische Denken, 9. Aufl. 1997, S. 159.

problemen, weil sie zur Absicherung einer Auffanggeneralklausel – hier des § 3 UWG – bedarf.

Es kann daher nicht verwundern, dass die Idee, die Generalklausel zu konkretisieren, nur auf geteilte Zustimmung stieß. Während die einen in dem Vorhaben einen längst überfälligen Tribut an die parlamentarische Prärogative sahen, der staatliche Eingriffe aufgrund eines Gesetzes aus Sicht des Rechtsbetroffenen vorhersehbarer und berechenbarer macht,⁵ befürchteten die anderen eine überflüssige und gefährliche Zementierung des gegenwärtig – unbestreitbar vom Zeitgeist beherrschten – Entwicklungsstandes in Rechtsprechung und Literatur.⁶

Diese Gefahr war und ist nicht von der Hand zu weisen, denn die nun im UWG verankerten Fallgruppen stehen im Gegensatz zum vorher geltenden Richterrecht nicht mehr unter dem Vorbehalt ständiger Überprüfung ihrer Richtigkeit durch die Gerichte selbst. Hinter den nunmehr festgeschriebenen Zustand können sie nicht zurückgehen und so wurde die Befürchtung geäußert, dass mit der gesetzlichen Festschreibung der Unlauterkeitstatbestände sogar das Ziel der Liberalisierung des UWG konterkariert werden könnte.⁷ Des Weiteren stellte man die Frage, ob die künftig immer wieder notwendige Anpassung an gewandelte Anschauungen und Wertmaßstäbe in hinreichendem Maße möglich bleibe.

Man überlege nur, wie der Beispielskatalog ausgesehen hätte, wenn man ihn vor etwa 10 Jahren verfasst hätte: § 4 Nr. 1 UWG hätte evtl. gelautet: Umweltbezogene Werbung ohne sachlichen Zusammenhang zum beworbenen Produkt ist unlauter und auch § 4 Nr. 11 UWG hätte – anknüpfend an die damalige Differenzierung nach wertbezogenen und wertneutralen Normen – ebenfalls einen gänzlich anderen Wortlaut gehabt. Können wir sicher sein, ausgerechnet im Jahr 2004 den Stein der Weisen gefunden zu haben, so dass eine dauerhafte Festschreibung gerechtfertigt war?

II. Einzelbetrachtung

Meine Damen und Herren, ich möchte das Ergebnis meiner Rechtsprechungsanalyse, die ich Ihnen nun vorstellen werde, vorweg nehmen: Nach vier Jahren kann man sagen, dass sich der Gesetzgeber nicht überschätzt hat. Oder besser gesagt: Er war klug genug, die meisten Beispielstatbestände als „kleine Generalklauseln“ mit weiterhin hohem Abstraktionsniveau zu

⁵ Schon 1996 mahnte *Schricker*, GRUR 1996, 473, 479: „Wenn weite Teile eines ganzen Rechtsgebietes von einer Generalklausel beherrscht werden, diese aber von der Judikatur in vielen Bereichen bereits zu konkreten richterrechtlichen Normen und Unternormen verfestigt wurde, gebietet es die Rechtsklarheit- und sicherheit, dass der Gesetzgeber wenigstens die wichtigsten Normen kodifiziert. Sie sollten nicht nur dem Insider, der die Kommentare zur Hand hat und darin zu lesen versteht, sondern auch dem nicht spezialisierten Rechtsbürger einsichtig sein.“

⁶ *Engels/Salomon*, WRP 2004, 32, 36.

⁷ *Ohly*, GRUR 2004, 889, 896; *Sosnitza*, GRUR 2003, 739, 742.

formulieren. Normative Begriffe wie „unangemessen“ in § 4 Nr. 1 UWG, „Verschleierung“ in § 4 Nr. 3 UWG oder Behinderung in § 4 Nr. 10 UWG bieten Flexibilität und ermöglichen eine weitere Konkretisierung durch Präjudizien. Aber auch die Beispielstatbestände, die weniger generalklauselartig formuliert sind, wie etwa § 4 Nr. 4, 5 und 6 UWG, aber auch Nr. 9 und 11 UWG, bieten der Rechtsprechung weiterhin die Möglichkeit, mittels Auslegung den Umfang der Verbote abzustecken.

Kritiker könnten nun einwenden: Worin liegt schussendlich der Gewinn an Konkretisierung, wenn ein Beispielstatbestand nichts weiter ist als eine kleine Generalklausel? Die Antwort lautet: Die einzelnen Beispielstatbestände führen dazu, dass der Aspekt, auf den die Unlauterkeit gestützt wird, deutlich genannt werden muss: Ist es die Beeinträchtigung der Entscheidungsfreiheit, die Behinderung des Mitbewerbers, der Rechtsbruch oder die Belästigung? Es ist daher nicht mehr ohne weiteres möglich, verschiedene Unlauterkeitsgründe „zu einem unbekömmlichen Brei zu verrühren.“⁸ Dieses Vorgehen diszipliniert den Richter bei seiner gedanklichen Arbeit, trägt zur Transparenz der Entscheidungsfindung bei und erhöht die Akzeptanz der Entscheidung.⁹ Es dient also der Rechtsklarheit und Rechtssicherheit.

Der Gesetzgeber war ferner auch klug genug, sich weitgehend an den bewährten Fallgruppen zu orientieren. Das spiegelt sich auch in der BGH-Rechtsprechung wider: Wir haben ständig ein Déjà-vu-Erlebnis, wenn wir in BGH-Entscheidungen lesen, dass bei der Auslegung der einzelnen Fallgruppen auf die zum alten Recht entwickelten Rechtsprechungsgrundsätze zurückgegriffen werden kann oder wenn der BGH ausdrücklich darauf hinweist, dass bei der Prüfung zwischen altem und neuem Recht nicht unterschieden zu werden braucht.¹⁰

Nun möchte ich einen Blick auf ausgewählte Fallgruppen werfen und hierbei mit den generalklauselartig formulierten Beispielstatbeständen beginnen.

1. Ich beginne mit **§ 4 Nr. 1 UWG**, der ein gelungenes Beispiel ist für eine „Konkretisierung ohne gefährliche Zementierung“. Die Norm legt einerseits die Wertung offen, auf der das Verdikt der Unlauterkeit beruht: Es ist die Beeinflussung der Rationalität der Verbraucherentscheidung. Sie ist aber andererseits hinreichend flexibel und lässt dem Rechtsanwender genügend Spielraum für die Auslegung.

Die Regelung des § 4 Nr. 1 UWG hat es dem BGH ohne weiteres ermöglicht, den Weg der Liberalisierung unter der Neuregelung fortzusetzen und den längst überfälligen Paradigmenwechsel zu vollziehen. So hat der I. Zivilsenat – wenn auch aufgrund der Vorgaben des

⁸ *Ohly*, GRUR 2004, 889, 897.

⁹ Zur Akzeptanz des Rechts siehe *Hill*, JZ 1988, 377.

¹⁰ BGH GRUR 2007, 802, 803 – Testfotos III.

BVerfGs¹¹ – die strengen Maßstäbe, die er früher bei der Beurteilung der gefühlsbetonten Werbung angelegt hat, in der Entscheidung „Tier- und Artenschutz“ aufgegeben. Werbung, die an das soziale Verantwortungsgefühl appelliert, ist nicht schon dann unlauter, wenn dies nicht in einem sachlichen Zusammenhang mit den beworbenen Waren steht. Erforderlich ist vielmehr eine „Abwägung der Umstände des Einzelfalles, im Hinblick auf die Schutzzwecke des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb, bei der die Grundrechte der Beteiligten zu berücksichtigen sind.“¹² Mit diesen Ausführungen ist leider nur eine erste Tendenz vorgegeben, denn der Fall gab dem BGH wohl noch keine Gelegenheit, nähere Kriterien für eine Abgrenzung im Einzelfall zu entwickeln.

Auch die seit langem in der Literatur kritisierte Fallgruppe des übertriebenen Anlockens wurde unter der Neuregelung des § 4 Nr. 1 UWG auf den Prüfstand gestellt und man kam zu der Einsicht, dass Angebote mit hohen Rabatten oder wertvolle Zugaben – wie etwa eine Sonnenbrille im Werte von ca. 30 DM als Zugabe zu einer Zeitschrift zum Preis von 4.50 DM – gerade nicht geeignet sind, den durchschnittlichen Verbraucher zu irrationalen Kaufentscheidungen hinzureißen.¹³ Im Gegenteil, ein solches Angebot appelliert gerade an den sachlich kalkulierenden Verbraucher.¹⁴ Seitdem stellen wertvolle Zugaben allein keine unangemessene unsachliche Beeinflussung der Verbraucher dar.

Doch nicht nur die angestrebte Liberalisierung kann mit § 4 Nr. 1 UWG gewährleistet werden. Die Regelung ermöglicht es auch, neuartige Werbemaßnahmen sachgerecht zu beurteilen. Beispielhaft kann hier eine Werbeidee von Kfz-Reparaturwerkstätten genannt werden. Sie bieten teilkaskoversicherten Kunden an, im Falle der Beauftragung mit einer Reparatur, bspw. einer Windschutzscheibe, einen Rabatt in Höhe der Selbstbeteiligung zu gewähren.¹⁵ Da der Kunde einerseits nach den Allgemeinen Bedingungen für Kfz-Versicherungen verpflichtet ist, seiner Versicherung gegenüber zutreffende Angaben zu den Kosten der Reparatur zu machen, er andererseits den Rabatt für sich aber nur realisieren kann, wenn er ihn gegenüber seiner Versicherung verschweigt, kann das Angebot der Werkstatt den Kunden veranlassen, seine Pflichten aus dem Versicherungsvertrag zu verletzen. Wie auch in anderen Fällen, in denen der Beworbene bei seiner Nachfrageentscheidung Interessen Dritter zu wahren hat – erinnert sei an die Entscheidung „Kleidersack“ – sah der BGH hier die Gefahr einer

¹¹ BVerfG GRUR 2002, 455 – Tier- und Artenschutz.

¹² BGH GRUR 2006, 75, 76 – Artenschutz.

¹³ BGH GRUR 2006, 161 – Zeitschrift mit Sonnenbrille.

¹⁴ So schon OLG Köln GRUR-RR 2005, 168 – Glow by J.Lo.

¹⁵ Vgl hierzu OLG Frankfurt GRUR-RR 2006, 414 – Selbstbehalt; OLG Celle, WRP 2006, 129; OLG Naumburg, GRUR-RR 2005, 203 – Selbstbeteiligung; OLG Hamm Urteil v. 1.3.2005 Az. 4 U 174/04; OLG Düsseldorf MD 2007, 9; LG Mannheim WRP 2004, 1520 – Windschutzscheibenaustausch; LG Hamburg MD 2006, 250; vgl. auch Möller, GRUR 2006, 292.

unangemessenen unsachlichen Beeinflussung durch das Inaussichtstellen eines vermögenswerten Vorteils und verbot die Werbung nach § 4 Nr. 1 UWG.¹⁶ Ich werde auf diese Werbung der Reparaturwerkstätten später noch einmal zurückkommen.

2. Ein Sorgenkind unter den generalklauselartig gefassten Beispielstatbeständen ist der eher unglücklich formulierte **§ 4 Nr. 10 UWG**. Er offenbart zwar – das ist positiv anzumerken –, dass der Grund für die Unlauterkeit hier der gebotene Schutz der Mitbewerber ist. Doch legt das aus der alten Rechtsprechung übernommene Tatbestandsmerkmal „gezielt“ für einen Juristen nahe, dass eine subjektive Behinderungsabsicht des Handelnden unabdingbare Voraussetzung für den Unlauterkeitsvorwurf ist.

Das Erfordernis einer Behinderungsabsicht ist nicht unproblematisch, denn für die durch das UWG geschützten Mitbewerber und Verbraucher treten die nachteiligen Auswirkungen einer wettbewerbswidrigen Handlung unabhängig davon zu Tage, ob der Handelnde Kenntnis von den unlauterkeitsbegründenden Umständen hat und welche Absicht er verfolgt.¹⁷ Der Schutzzweck des UWG spricht daher dafür, auf subjektive Kriterien zu verzichten.¹⁸ Ich gebe zu, dass mit einem Verzicht auf das subjektive Kriterium der Wortlaut des § 4 Nr. 10 UWG sehr strapaziert wird. Man hätte es leichter, wenn in § 4 Nr. 10 UWG nicht von einer „gezielten“, sondern von einer „unangemessenen“ Behinderung die Rede wäre.

Der BGH hat sich jedenfalls inzwischen über die „Wortlaut-Bedenken“ hinweggesetzt und in seinem Urteil „Außendienstmitarbeiter“ ausdrücklich betont, dass die Erfüllung des Tatbestandes der individuellen Behinderung nicht von subjektiven Erfordernissen, insbesondere nicht von einer Behinderungsabsicht abhängt.¹⁹ Jede Wettbewerbshandlung behindert die Mitbewerber bis zu einem gewissen Grad. Solange sich eine Wettbewerbshandlung im Rahmen dessen halte, was dem Wettbewerb als solchem eigen ist, ist sie nicht unlauter. Sie wird auch nicht dadurch unlauter, dass der Handelnde die nachteiligen Auswirkungen kenne oder in Kauf nehme. Überschreite die Handlung aber den Grad des Üblichen, dann ist sie ohne weiteres unlauter, wobei es – wenn man eine solche Überschreitung festgestellt hat – wiederum nicht auf den Kenntnisstand oder die Absicht des Handelnden ankomme.

Ist damit die Auslegung des Merkmals „gezielt“ höchstrichterlich dahingehend geklärt, dass es auf eine Behinderungsabsicht nicht ankommt, bleibt die schwierige Frage zu beurteilen, wann im Einzelfall der Grad der Behinderung die Schwelle dessen überschreitet, was als blo-

¹⁶ BGH WRP 2008, 780 – Hagelschaden; BGH WRP 2008, 777 – Nachlass bei Selbstbeteiligung.

¹⁷ Hefermehl/Köhler/Bornkamm, 26. Aufl., 2008, § 3 Rn. 41; Fezer/Fezer, (Fn. 9), § 3 Rn. 82; ders., FS Schriker, 2005, S. 671, 678; Harte/Henning/Schünemann, § 3 Rn. 225 f; Erdmann, WRP 2005, 663, 665; Steinbeck WRP 2005, 1351, 1352. Kritisch gegenüber subjektiven Erfordernissen schon Baumbach/Hefermehl, Wettbewerbsrecht, 22. Auflage 2001, Einl. Rdn. 128; GK-Schünemann, UWG, 1994, Einl. UWG Rn. D 122 ff.

¹⁸ So auch Piper/Ohly § 4 .10/9; a.A. Omsels, GRUR 2004, 136.

¹⁹ BGH GRUR 2007, 800 Rz. 21 – Außendienstmitarbeiter.

ße Folge des Wettbewerbs hinzunehmen ist. Eine Antwort hierauf wird man wohl nur im Rahmen einer umfassenden Abwägung der Interessen des Handelnden und des vermeintlich „Behinderten“ im Einzelfall finden können. Es wird Aufgabe der Rechtsprechung sein, Unterfallgruppen und Kriterien zu entwickeln.

3. Die §§ 4 Nr. 4, 5 und 6 UWG sind recht konkret formulierte Tatbestände, die kaum als kleine Generalklauseln bezeichnet werden können. Sie werfen im Einzelnen zahlreiche Auslegungsfragen auf. Was sind „Verkaufsförderungsmaßnahmen“ im Sinne von § 4 Nr. 4 UWG? Fallen darunter auch Räumungsverkäufe und Geld-zurück-Garantien?²⁰ Ist eine Verkaufsförderungsmaßnahme nur gegeben, wenn die Kunden mit einem geldwerten Vorteil gelockt werden oder werden auch die Fälle erfasst, in denen mit sozialem Engagement des Unternehmens geworben wird? Und was sind „Bedingungen der Inanspruchnahme“? Kann beispielsweise die Höhe des gewährten Rabattes als eine „Bedingung der Inanspruchnahme“ angesehen werden?²¹

Mit den Beispielstatbeständen ist man also einen Wechsel auf die Zukunft eingegangen, denn diese Fragen bedürfen noch der Klärung durch die Rechtsprechung, inzwischen einer solchen durch den EuGH. Erst wenn diese erfolgt ist, wird auch ein Gewinn an Rechtssicherheit zu verzeichnen sein. Das ist allerdings kein spezifisches Problem der UWG-Novellierung, sondern eine mit jeder Kodifizierung verbundene Schwierigkeit, die in Kauf zu nehmen ist.

Kritisch im Blick auf § 4 Nr. 4 UWG ist jedoch anzumerken, dass es sich hierbei wohl um einen Fall handelt, der seinen Schwerpunkt bei der Irreführung haben dürfte. Die fehlende Aufklärung über Bedingungen der Inanspruchnahme kommt einer Irreführung durch Unterlassen gleich. Nicht der Beispielskatalog des § 4 UWG, sondern § 5 UWG bzw. der künftige § 5 a UWG wäre daher der richtige Regelungsort. Eine Erfassung im Regelungsbereich der Irreführung wäre keinesfalls nur Kosmetik, sondern hätte durchaus inhaltliche Auswirkungen. Die im Rahmen von § 4 Nr. 4 UWG umstrittene Frage, ob jeder unterlassene Hinweis auf eine Bedingung der Inanspruchnahme unlauter ist oder nur ein solcher, der Auswirkungen auf das Entscheidungsverhalten des Verbrauchers hat, würde sich nicht stellen, wenn wir § 5 UWG heranziehen würden.²² Hier ist die Relevanz der Irreführung seit langer Zeit ungeschriebenes Merkmal.

Das Kopplungsverbot bei Gewinnspielen in § 4 Nr. 6 UWG könnte ein Beispiel dafür werden, dass mit der Festschreibung von Fallgruppen die notwendige Flexibilität verloren gegang-

²⁰ Bejahend OLG Frankfurt GRUR 2007, 156, 157 – Geld-zurück-Garantie.

²¹ Bejahend aber Hefermehl/Köhler/Bornkamm, 26. Auflage, 2008, § 4 Rn. 4.11; Harte/Henning/Bruhn § 4 Rn. 45; Piper/Ohly, 4. Aufl. 2006, § 4 Nr. 4 Rn. 4/4; verneinend Fezer/Steinbeck § 4 Nr. 4 Rn. 8. Zu weiteren Auslegungsfragen vgl. Steinbeck, WRP 2008,

²² Zu dieser Frage Teworte/Steingass WRP 2005, 676, 680f.

gen ist, weil eine formlose Kassation dieses Verbotes allein „Kraft besserer Einsicht“²³ durch die Gerichte nun nicht mehr möglich ist. Die Rechtsprechung kann allein mit Hilfe der juristischen Methodenlehre – etwa dem Mittel der teleologischen Reduktion – den Anwendungsbereich des Beispielstatbestandes flexibel halten. Angesichts des Umstandes, dass bei Bejahung einer Kopplung ohne weitere Interessenabwägung das Verdikt der Unlauterkeit eingreift und angesichts der zweifelhaften Konformität des Kopplungsverbotes mit der Richtlinie gegen unlautere Geschäftspraktiken, sah sich der BGH wohl veranlasst, den Anwendungsbereich dieses Tatbestandes so eng wie möglich zu fassen. Er hat daher, wie ich meine zu Recht, Fälle, in denen das Gewinnspiel unmittelbar mit der Inanspruchnahme der Dienstleistung oder dem Kauf eines Produktes zusammenfällt, als hiervon nicht erfasst angesehen.²⁴ Ebenso wenig ist das Angebot eines Kaufmanns, die Höhe des Rabattes an der Kasse zu erwürfeln, eine unlautere Kopplung, sondern nur ein Verfahren der Preisgestaltung.²⁵

4. Wie schon gesagt, gibt es Beispielstatbestände, die weniger ge glückt sind. Zu der letzteren Gruppe zähle ich **§ 4 Nr. 9 UWG**. Der Gesetzgeber hat seine Absicht, hier die bisherige Rechtsprechung zu kodifizieren, nur unvollkommen verwirklicht. So hat er es versäumt, in § 4 Nr. 9 UWG das notwendige Tatbestandsmerkmal der wettbewerblichen Eigenart und bei Nr. 9 a UWG auch das der gewissen Bekanntheit aufzunehmen. Der BGH ist darüber ohne weiteres hinweggegangen. Er knüpft in seiner ersten nach der UWG-Reform ergangenen Entscheidung zum ergänzenden wettbewerbsrechtlichen Leistungsschutz unter dem Stichwort „Puppenausstattung“ und seitdem in ständiger Rechtsprechung²⁶ an seine zu § 1 UWG a.F. entwickelten Grundsätze an und verwendet die zum alten Recht aufgestellten Obersätze weiter. Danach ist Voraussetzung, „dass das nachgeahmte Erzeugnis wettbewerbliche Eigenart besitzt und..., dass es bei den maßgeblichen Verkehrskreisen eine gewisse Bekanntheit erlangt hat.“²⁷ Die Rechtsprechung hat damit die unvollständige Regelung kurzerhand vervollständigt.

Kritisch bleibt auch anzumerken, dass die Formulierung „Ware oder Dienstleistung“ zu eng ist, um die Fälle zu erfassen, in denen die Werbung eines anderen nachgeahmt wird. So hatte der BGH derartige Fälle in seiner noch zum alten Recht ergangenen Entscheidung „Wärme

²³ *Picker*, JZ 1984, 153, 158.

²⁴ BGH WRP 2007, 1337, 1340f. – 150% Zinsbonus.

²⁵ *Fezer/Steinbeck* § 4 Nr. 1 Rn. 232. Ebenso wenig wird man die Fälle, in denen die Inanspruchnahme der Dienstleistung nur entfernt mit dem Gewinnspiel gekoppelt ist, unter § 4 Nr. 6 fassen können. Wer also wirbt: „Wenn Sie den Zoo besuchen, können Sie dort am Affenkäfig an einem Gewinnspiel teilnehmen“, wird nicht unlauter handeln, auch wenn der Zoobesuch mit dem Gewinnspiel gekoppelt ist.

²⁶ BGH GRUR 2007, 984 – Gartenliege, BGH GRUR 2007, 339 – Stufenleitern, BGH GRUR 2005, 600 – Handtuchklemmen, BGH GRUR 2005, 166 – Puppenausstattungen.

²⁷ Übernommen aus BGH, GRUR 2002, 275, 277 = WRP 2002, 207 – Noppenbahnen; GRUR 2004, 941, 943 – Metallbett.

fürs Leben“ ohne weiteres dem ergänzenden wettbewerbsrechtlichen Leistungsschutz zugeordnet.²⁸ Die insoweit von einem Teil der Literatur²⁹ befürwortete analoge Anwendung der Norm überzeugt mich nicht, da es angesichts der Auffangfunktion der Generalklausel an der für eine Analogie erforderlichen Regelungslücke fehlt.³⁰

5. Nicht ganz ohne Risiko war im Jahr 2004 die Festschreibung der Fallgruppe des Rechtsbruchs in § 4 Nr. 11 UWG. In einer Phase, in der der BGH eine jahrzehntelange Rechtsprechung aufgegeben hatte und sich neu orientierte, hat der Gesetzgeber in den Umwälzungsprozess eingegriffen und unter ausdrücklicher Bezugnahme auf das Urteil des BGH „Elektroarbeiten“ den Beispielstatbestand des § 4 Nr. 11 UWG eingeführt. Er hat im Gesetzeswortlaut eine Minimalaussage – sozusagen den kleinsten gemeinsamen Nenner – fixiert und die Beantwortung weiterer Fragen der Rechtsprechung überlassen. Insgesamt hat die Kodifizierung des Rechtsbruchstatbestandes in § 4 Nr. 11 UWG in keiner Weise zu einer Klärung der offenen Probleme beigetragen, andererseits hat sie aber auch anstehende Entwicklungen nicht blockiert. Der vom BGH in seiner Entscheidung „Atemtest“³¹ vollzogene Verzicht auf subjektive Erfordernisse fiel hier angesichts des offenen Wortlauts jedenfalls leichter als im Rahmen von § 4 Nr. 10 UWG. Nichtsdestotrotz wäre es angesichts der bestehenden Unklarheiten über den Fortbestand subjektiver Anforderungen im Lauterkeitsrecht hilfreich gewesen, wenn der BGH sein Ergebnis nicht nur per *Ordre de Mufti* verkündet, sondern es auch begründet hätte. Die im Rahmen des Rechtsbruchstatbestandes wesentliche Frage, ob eine Gesetzesnorm ein Marktverhalten regelt, wird die Gerichte noch lange beschäftigen. Da der Gesetzgeber der Praxis keine weitere Hilfestellung gegeben hat, verwundert es nicht, dass die alten Fehler unverändert passieren. Eine schon unter der Geltung des neuen UWG ergangene Entscheidung verdeutlicht dies. Die streitenden Parteien handelten mit Tiernahrungsmitteln, sog. „Knabberohren“, die aus getrockneten Rinderohren hergestellt werden. Das klagende Unternehmen vertrieb die Knabberohren als Tierfutter mit dem üblichen Mehrwertsteuersatz von 19 %. Die beklagte Firma bot die Knabberohren als „Kauspielzeug für den Hund“ an, legte aber beim Verkauf den ermäßigten Mehrwertsteuersatz von 7 % zu Grunde. Die günstigere steuerrechtliche Zuordnung setzte aber voraus, dass die angebotenen Erzeugnisse für „die menschliche Ernährung geeignet“ sind. Darüber stritten die Parteien. Das zur Entscheidung angerufene Landgericht Oldenburg ging nun der Frage nach der Genießbarkeit von „Knabberohren“ auf den Grund. Allerdings sahen die Richter davon ab, selbst Geschmacksproben vorzunehmen.

²⁸ BGH GRUR 1997, 308 – Wärme fürs Leben.

²⁹ Hefermehl/Köhler/Bornkamm, 26. Auflage 2008, § 4 Rn. 9.22.

³⁰ So auch Kaulmann, Der Schutz des Werbeslogans vor Nachahmungen, 2006, S. 182 Rn. 821ff.; Eck, Handbuch des Wettbewerbsrechts, 3. Auflage 2005, § 43 Rn. 149.

³¹ BGH GRUR 2005, 778 – Atemtest.

Stattdessen erhoben sie Sachverständigenbeweis darüber, ob Rinderohren für die menschliche Ernährung geeignet sind. Der Sachverständige verneinte dies, so dass der reguläre Mehrwertsteuersatz zu gelten hatte. Das Landgericht gab daraufhin der auf § 4 Nr. 11 UWG gestützten Klage statt. Die in erster Instanz unterlegene Firma gab sich aber nicht geschlagen. Sie legte Berufung ein und bekam vom OLG Oldenburg Recht. In seinem Urteil befasst der Senat sich allerdings nicht mit der vermeintlich entscheidenden Frage, ob die Knabberohren auch für Menschen genießbar sind, denn das OLG vertrat die zutreffende Ansicht, dass die einschlägigen steuerrechtlichen Vorschriften schon keine Marktverhaltensregeln sind.³²

In jedem Fall erfordert die Beantwortung der Frage, ob eine Marktverhaltensregel vorliegt, eine sorgfältige Prüfung, bei der die nunmehr in § 1 UWG ausdrücklich genannten Gesetzeszwecke zu berücksichtigen sind. Auch die BGH-Entscheidung „Kontaktanzeigen“³³ ist insoweit ein gutes Anschauungsbeispiel. Es mag auf den ersten Blick einleuchtend erscheinen, dass der BGH die Norm des § 119 OWiG, die ein Werbeverbot für Prostitution vorsieht, als Marktverhaltensregelung qualifiziert hat. Werbung ist schließlich ein Paradebeispiel für ein Marktverhalten. Aber bei dieser Erkenntnis darf man nicht stehen bleiben. Bei genauerer Betrachtung zeigt sich, dass das Werbeverbot nicht die Verbraucher als Nachfrager schützen soll. Im Gegenteil: Für die Nachfrager bedeutet die Werbung einer Prostituierten ein Gewinn an Transparenz über die Marktlage. Das Werbeverbot dient vielmehr anderen Zwecken. Es schützt den Teil der Allgemeinheit, der Anstoß an Prostitution nimmt. Damit ist aber, wie im Schrifttum zu Recht kritisiert wird³⁴, der Schutzbereich des UWG verlassen. Es fällt daher schwer, einen Verstoß gegen § 119 OWiG über das Lauterkeitsrecht zu sanktionieren.

Erlauben sie mir nun noch eine abschließende Bemerkung zu § 4 Nr. 11 UWG, auch wenn ich damit das Revier von Herrn Kollegen Köhler betrete. Dieser Verbotstatbestand wird zukünftig ein Zwitterleben führen. Liegt dem Gesetzesverstoß eine Norm zugrunde, die das Marktverhalten zum Schutz der Mitbewerber regelt – etwa das Ladenschlussgesetz – ist der Anwendungsbereich der nur den Verbraucherschutz betreffenden Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken nicht betroffen. Wird demgegenüber gegen eine Marktverhaltensnorm verstoßen, die die Verbraucher schützt, ist eine richtlinienkonforme Auslegung geboten. Dem EuGH wird es demnach auch zukünftig nicht an Arbeit mangeln.

6. Man mag schließlich bemängeln, dass einzelne Fallgruppen unlauteren Handels nicht in den Katalogbeispielen genannt sind. Insoweit wird vor allem die allgemeine Marktbehinde-

³² OLG Oldenburg WRP 2007, 685.

³³ BGH GRUR 2006, 1042 – Kontaktanzeigen.

³⁴ *Ohly*, WRP 2008, 177, 184; in der Tendenz ebenso *Scherer*, WRP 2006, 401 ff., die aber m.E. zu weitgehend auch die Normen des Jugendschutzrechtes als vom Schutzzweck nicht erfasst ansieht. Hier wird der Jugendliche auch als Verbraucher geschützt.

rung angeführt. Der Verzicht auf eine ausdrückliche Regelung könnte sich jedoch als vorausschauend erweisen, weil sie der Rechtsprechung einen notwendigen Entscheidungsspielraum lässt. Denn im Schrifttum wird mit guten Gründen die Auffassung vertreten, dass die allgemeine Marktbehinderung nicht nach dem Lauterkeitsrecht, sondern angemessener allein nach dem Kartellrecht zu beurteilen ist.³⁵

C. Verhältnis der Beispielstatbestände zueinander und zur Generalklausel

Die Bewertung der Beispielstatbestände wäre unvollständig ohne einen abschließenden Blick auf ihr Verhältnis zueinander und zur Generalklausel in § 3 UWG.

I. Verhältnis der Beispielstatbestände zueinander und zu den Spezialtatbeständen

Lässt sich ein Sachverhalt unter mehrere Regelbeispiele subsumieren, so stehen diese selbständig nebeneinander. In der richterlichen Praxis hat es sich als zweckmäßig erwiesen, die Fallgruppe zu wählen, bei welcher der Unlauterkeitsschwerpunkt liegt. M.E. hätte daher die lauterkeitsrechtliche Beurteilung eines Angebots einer Zeitschrift mit Sonnenbrille³⁶, das sich an Jugendliche richtet, vorrangig nach § 4 Nr. 2 UWG und nicht nach § 4 Nr. 1 UWG erfolgen müssen. Am Ergebnis hätte sich freilich nichts geändert.

II. Verhältnis zur Generalklausel

Eine andere Frage ist es – und damit kommt die Generalklausel ins Spiel –, ob in die lauterkeitsrechtliche Beurteilung eines Beispielstatbestandes die hinter einem anderen Beispiels- oder Spezialtatbestand stehende Wertung mit einbezogen werden kann. Denn nicht selten überlagern sich einzelne Fallgruppen oder sie gehen ineinander über: So z.B. § 4 Nr. 1 UWG und § 4 Nr. 11 UWG. Hier möchte ich noch einmal an die Werbung der Reparaturwerkstatt erinnern. Der Einfluss der Werkstatt auf den Kunden ist lauterkeitsrechtlich bedenklich, weil der Kunde zum vertrags- oder gar zum Rechtsbruch gegenüber der Versicherung verleitet wird. Zu einer Überschneidung kann es aber auch zwischen § 4 Nr. 10 UWG und § 7 UWG kommen: Eine behindernde Werbung kann auch belästigende Elemente enthalten.

Zwei Herangehensweisen stehen zur Verfügung: Man kann zum einen daran denken, die Gesamtwürdigung des beanstandeten Verhaltens bei dem Beispiels- oder Spezialtatbestand vorzunehmen, bei dem das Schwergewicht der Unlauterkeit liegt. Andererseits könnte aber die erhöhte Transparenz, die der Gesetzgeber mit seiner Konzeption verfolgte, dafür sprechen, die

³⁵ Lux, Der Tatbestand der allgemeinen Marktbehinderung, 2006, S. 372 ff.

³⁶ BGH GRUR 2006, 161 – Zeitschrift mit Sonnenbrille.

einzelnen Fallgruppen gedanklich stärker zu trennen und eine umfassende Würdigung des Gesamtverhaltens nur im Rahmen der Generalklausel des § 3 UWG zuzulassen. Für welchen Weg man sich entscheidet, hängt zum einen von der mehr oder weniger generalklauselartigen Fassung des jeweiligen Beispielstatbestandes und zum andern davon ab, welche Stellung der Generalklausel im System des neuen Lauterkeitsrechts zukommt. Dem möchte ich mich abschließend zuwenden.

Versteht man die gesetzlichen Beispielstatbestände nur als Erläuterung der Generalklausel im Sinne einer Interpretationshilfe, dann kann man, sofern ein Verhalten die Unlauterkeitsschwelle eines Beispielstatbestandes nicht überschreitet oder mehrere Beispielstatbestände berührt, ohne weiteres auf die Generalklausel zurückgreifen und hier eine Gesamtbewertung vornehmen.³⁷

M. E. sollte man die Bedeutung der Beispielstatbestände jedoch nicht auf eine bloße Erläuterung des § 3 UWG reduzieren. Anders als ein Beispielskatalog, der in ein neu geschaffenes Gesetz eingefügt wird und der eine erste Orientierungshilfe bieten soll, blickt unser Katalog auf eine fast 100-jährige Rechtsprechung zurück, die der Gesetzgeber erklärtermaßen wiedergeben wollte. Werden vor diesem historischen Hintergrund einzelne Tatbestände formuliert, dann erschöpft sich deren Wirkung nicht in einer beispielhaften Erläuterung dessen, was unlauter ist, sondern die tatbestandlichen Grenzen der einzelnen Beispiele sollen zugleich zum Ausdruck bringen, dass außerhalb dieser Grenzen ein Verbot nicht ohne weiteres begründet werden kann, vielleicht sogar die Zone des Erlaubten betreten wurde.³⁸ Würde man dies anders sehen und immer dann, wenn die tatbestandlichen Grenzen eines Beispielstatbestandes überschritten sind, ohne weiteres auf die Generalklausel zurückgreifen, würde man die Wertung des Gesetzgebers unterlaufen und die konkretisierende Aufzählung wäre weitgehend bedeutungslos.³⁹ Den Beispielen kommt insoweit eine gewisse Begrenzungsfunktion zu.

Konkrete Folge für die Rechtsanwendung ist, dass die Generalklausel dann nicht heranzuziehen ist, wenn sämtliche Umstände, die geeignet sein können, die Unlauterkeit der beanstandeten Werbemaßnahme zu begründen, bereits bei der Subsumtion der Beispielstatbestände berücksichtigungsfähig sind und hier ein Verbot nicht zu begründen vermögen. Ein Rückgriff auf § 3 UWG erfordert vielmehr einen gesteigerten Begründungsaufwand und ist nur möglich, wenn zusätzliche Unlauterkeitsumstände erkennbar sind, die außerhalb des jeweiligen Bei-

³⁷ Dafür spricht auch die Gesetzesbegründung, wenn es dort heißt: Eine wichtige Neuregelung ist die Aufnahme des Beispielskataloges der unlauteren Handlungen in § 4 UWG. Hierdurch wird die Generalklausel des § 3 UWG näher erläutert, BT-Drucks. 15/1438, S. 13 rechte Spalte.

³⁸ So auch *Doepner*, FS für Sander 2008, S. 67, 76 f.

³⁹ *Gärtner/Heil*, WRP 2005, 20, 23; *Lux*, Der Tatbestand der allgemeinen Marktbehinderung, 2006, S. 345; *Schünemann*, WRP 2004, 925, 928.

spielstatbestandes liegen und daher zuvor bei dessen Prüfung nicht zum Tragen gekommen sind.⁴⁰ Ein anderes Vorgehen würde die den Beispielstatbeständen zu Grunde liegenden Wertungen unterlaufen.⁴¹

Aber „grau, teurer Freund, ist alle Theorie“ und daher sei das Gesagte an einem Beispiel verdeutlicht. Im Fall „Direktansprache am Arbeitsplatz II“⁴² hat der BGH das beanstandete Wettbewerbsverhalten eines Headhunters auch nach neuem Recht auf der Grundlage der wettbewerbsrechtlichen Generalklausel beurteilt. Zur Begründung hat er angeführt, dass der Beispielstatbestand der gezielten Behinderung und der Tatbestand der unzumutbaren Belästigung nur einzelne Gesichtspunkte der beanstandeten Wettbewerbshandlung erfassen könnten. Nur im Rahmen der Generalklausel sei eine Abwägung sämtlicher geschützter Interessen möglich. Es fällt auf, dass der BGH weder den Behinderungs- noch den Belästigungstatbestand ausdrücklich geprüft hat. Es ist jedoch – zu seinen Gunsten – davon auszugehen, dass er diese Prüfung gedanklich vollzogen und keinen der beiden Tatbestände als erfüllt angesehen hat. Weil er bei dieser gedanklichen Vorprüfung nicht alle zu berücksichtigenden Interessen erfassen konnte, hat er auf § 3 UWG zurückgegriffen.

Dieses Vorgehen halte ich für bedenklich, weil es den Eindruck vermittelt, dass die nur teilweise Erfüllung der Tatbestandsvoraussetzungen mehrerer Fallgruppen jedenfalls in der Summenwirkung ohne weiteres die Anwendung des § 3 UWG begründen könnte. Damit würde das Ziel des Gesetzgebers unterlaufen, die Rechtsanwendung mit dem Beispielskatalog transparenter zu machen und die Praxis zu zwingen, die unlauterkeitsbegründenden Umstände präzise zu benennen. Aus der Entscheidung „Direktansprache am Arbeitsplatz II“ darf daher keinesfalls gefolgert werden, dass die gerichtliche Praxis sich die schwierigen Klimmzüge bei der Prüfung der einzelnen Fallgruppen ersparen darf. Sie kann deren Einschlägigkeit nicht etwa – wie es in manchen instanzgerichtlichen Urteilen zu lesen ist – offen lassen mit der Begründung, es käme jedenfalls eine Unlauterkeit aufgrund einer Gesamtwürdigung aller Umstände nach § 3 UWG in Betracht.⁴³ Dies wäre ein gefährlicher und mit dem Gesetz nicht zu vereinbarender Weg. Wenn ein Gericht ein Verbot auf § 3 UWG stützen möchte, muss es zuvor offen legen, warum es die Legitimation für das Unwerturteil nicht aus den Beispielstatbeständen gewinnen kann. Nur wenn der Richter herausarbeitet, warum ein Beispielstatbes-

⁴⁰ OLG Frankfurt a.M. GRUR 2005 1064, 1066 – Lion-Sammelaktion; *Dröge*, Lauterkeitsrechtliche Generalklauseln im Vergleich, 2007, S. 53; so auch für das Schweizer Recht *Baudenbacher*, Lauterkeitsrecht, 2001, Art. 2 Rn. 14.

⁴¹ Vgl. *Hefermehl/Köhler/Bornkamm*, 26. Aufl. 2008, § 3 Rn. 8.

⁴² BGH GRUR 2006, 426, 427 – Direktansprache am Arbeitsplatz II.

⁴³ So aber OLG München MD 2005, 241; Eine vorherige Prüfung der Beispielstatbestände fordern auch: *Henning-Bodewig*, GRUR 2004, 713, 716; *Ohly*, GRUR 2004, 889, 897; *Sosnitzka/Kostuch*, WRP 2007, 166, 169; *Schmeding*, Wettbewerbliche Grenzen der Abwerbung von Arbeitskräften, 2006, S. 25.

tand nicht eingreift, kann er beurteilen, ob sich die Unlauterkeit nach § 3 UWG auf einen Aspekt stützen lässt, der bisher unberücksichtigt geblieben ist.

Im Fall „Direktansprache am Arbeitsplatz II“ hätte man den Aspekt der Belästigung bei der in § 4 Nr. 10 UWG vorzunehmenden Interessenabwägung berücksichtigen können und sollen. Dies hätte zudem den Vorteil gehabt, dass die Konkretisierung des schwierigen Tatbestandes der „gezielten Behinderung“ wieder ein Stück weiter gebracht worden wäre. Dieses Versäumnis hat der Senat allerdings in einer späteren Entscheidung unter dem Namen „Testfoto III“⁴⁴ nachgeholt. Dort hat er richtigerweise die belästigende Wirkung einer Werbemaßnahme in den generalklauselartig gefassten Tatbestand des § 4 Nr. 10 UWG einfließen lassen und entschieden, dass in den Fällen, in denen ein Wettbewerbsverstoß nur durch Fotoaufnahmen hinreichend bestimmt dargelegt und bewiesen worden ist, die Anfertigung der Fotos innerhalb der Geschäftsräume des Verletzers nicht unlauter ist, wenn ein überwiegendes Interesse des Geschäftsinhabers an der Vermeidung einer möglichen Betriebsstörung nicht besteht, insbesondere die (konkrete) Gefahr einer erheblichen Belästigung nicht gegeben ist.

D. Zusammenfassung

Meine Damen und Herren, ich komme zum Schluss. Der Beispielskatalog des § 4 UWG hat – wenn auch mit gewissen Einschränkungen – seine Bewährungsprobe jedenfalls in der bisherigen Probezeit bestanden. Ob er auch für weitere Bewährungsproben aufgrund der europäischen Vorgaben gewappnet ist, werden wir gleich von Herrn Kollegen Köhler hören.

Mit der Normierung von Beispielstatbeständen verfolgte der Gesetzgeber das Ziel, die Generalklausel zu präzisieren und die Transparenz der Rechtsanwendung zu steigern. Diesem Ziel ist er ein Stück näher gekommen. Weiterhin wird es jedoch die Judikative sein, die die konkreten Grenzen des wettbewerbsrechtlich Erlaubten festlegt. Auch wenn sich der Gesetzgeber weitgehend nur auf eine Kodifizierung tradierter Fallgruppen beschränkt hat, wird der Praxis doch die Orientierung und der Einstieg in die Unlauterkeitsprüfung erleichtert. In dieser Einschätzung sehe ich mich vor allem durch Gespräche mit Anwälten und Richterkollegen bestätigt. Die Kodifizierung diszipliniert den Richter bei seiner gedanklichen Arbeit. Sie zwingt ihn, die Unlauterkeitsumstände deutlich zu benennen und die einzelnen Fallgruppen gedanklich stärker als unter der Geltung des alten Rechts zu trennen. Die mehr oder weniger generalklauselartige Fassung der einzelnen Beispielstatbestände werte ich positiv. Der Verzicht auf eine weitergehende gesetzgeberische Konkretisierung wird durch den Vorteil der Flexibilität und der notwendigen Anpassungsmöglichkeit an gewandelte Anschauungen bei der

⁴⁴ BGH GRUR 2007, 802, 803 – Testfotos III.

Rechtsanwendung aufgewogen. Wenn wir Fortschritt mit Carl Friedrich von Weizsäcker nicht als Bruch mit der Tradition, sondern als „weitergeführte Tradition“ verstehen, könnte man die UWG-Reform mit der Konkretisierung der Generalklausel durch Beispielstatbestände durchaus als fortschrittlich bezeichnen.