



BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

I ZR 4/06

Verkündet am:
5. Juni 2008
Führinger
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: nein
BGHR: ja

Millionen-Chance

UWG §§ 3, 4 Nr. 6; Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken
Art. 5 Abs. 2

Dem Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften wird zur Auslegung der Richtlinie 2005/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Mai 2005 über unlautere Geschäftspraktiken im binnenmarktinternen Geschäftsverkehr zwischen Unternehmen und Verbrauchern und zur Änderung der Richtlinie 84/450/EWG des Rates, der Richtlinien 97/7/EG und 2002/65/EG des Europäischen Parlaments und des Rates sowie der Verordnung (EG) Nr. 2006/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates (ABl. EG Nr. L 149 v. 11.6.2005, S. 22) folgende Frage zur Vorabentscheidung vorgelegt:

Ist Art. 5 Abs. 2 der Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken dahin auszulegen, dass diese Vorschrift einer nationalen Regelung entgegensteht, nach der eine Geschäftspraktik, bei der die Teilnahme von Verbrauchern an einem Preisausschreiben oder Gewinnspiel vom Erwerb einer Ware oder von der Inanspruchnahme einer Dienstleistung abhängig gemacht wird, grundsätzlich unzulässig ist, ohne dass es darauf ankommt, ob die Werbemaßnahme im Einzelfall Verbraucherinteressen beeinträchtigt?

BGH, Beschl. v. 5. Juni 2008 – I ZR 4/06 – OLG Düsseldorf
LG Duisburg

Der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 19. März 2008 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Bornkamm und die Richter Pokrant, Prof. Dr. Büscher, Dr. Kirchhoff und Dr. Koch

beschlossen:

- I. Das Verfahren wird ausgesetzt.
- II. Dem Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften wird zur Auslegung der Richtlinie 2005/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Mai 2005 über unlautere Geschäftspraktiken im binnenmarktinternen Geschäftsverkehr zwischen Unternehmen und Verbrauchern und zur Änderung der Richtlinie 84/450/EWG des Rates, der Richtlinien 97/7/EG und 2002/65/EG des Europäischen Parlaments und des Rates sowie der Verordnung (EG) Nr. 2006/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates (ABl. EG Nr. L 149 v. 11.6.2005, S. 22) folgende Frage zur Vorabentscheidung vorgelegt:

Ist Art. 5 Abs. 2 der Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken dahin auszulegen, dass diese Vorschrift einer nationalen Regelung entgegensteht, nach der eine Geschäftspraktik, bei der die Teilnahme von Verbrauchern an einem Preisausschreiben oder Gewinnspiel vom Erwerb einer Ware oder von der Inanspruchnahme einer Dienstleistung abhängig gemacht wird, grundsätzlich unzulässig ist, ohne dass es darauf ankommt, ob die Werbemaßnahme im Einzelfall Verbraucherinteressen beeinträchtigt?

Gründe:

- 1 I. Die Klägerin, die Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs, nimmt die Beklagte, ein Einzelhandelsunternehmen, wegen wettbewerbswidriger

Bewerbung einer „Bonusaktion“ auf Unterlassung und Erstattung von Abmahnkosten in Anspruch.

2 Die Beklagte, die in Deutschland etwa 2.700 Filialen unterhält, warb in der Zeit vom 16. September bis 13. November 2004 unter dem Hinweis „Einkaufen, Punkte sammeln, gratis Lotto spielen“ für die Teilnahme an der Bonusaktion „Ihre Millionenchance“. Kunden konnten im genannten Zeitraum „Bonuspunkte“ sammeln; sie erhielten bei jedem Einkauf für 5 € Einkaufswert je einen Bonuspunkt. Ab 20 Bonuspunkten bestand die Möglichkeit, kostenlos an den Ziehungen des Deutschen Lottoblocks am 6. oder 27. November 2004 teilzunehmen. Hierzu mussten die Kunden auf einer in den Filialen der Beklagten erhältlichen Teilnahmekarte unter anderem die Bonuspunkte aufkleben und sechs Lottozahlen nach ihrer Wahl ankreuzen. Die Beklagte ließ die Teilnahmekarten in ihren Filialen einsammeln und leitete sie an ein Drittunternehmen weiter, das dafür sorgte, dass die entsprechenden Kunden mit den jeweils ausgewählten Zahlen an der Ziehung der Lottozahlen teilnahmen. Die Werbung erfolgte u.a. mit folgendem – auszugsweise und verkleinert wiedergegebenen – Werbematerial:

TEILNAHMEKARTEN IN IHRER P -FILIALE!

JA! **WIRBELN**
DIE GROSSE LOTTO-MILLIONEN-CHANCE!

GÜLTIG AB MONTAG 25.10.04

560 SMART IM GESAMTWERT VON ÜBER 7,6 MILLIONEN € ZU GEWINNEN!

PL. SONDERVERLOSUNG!

smart forfour

JEDE WOCHE WIRD 70x DER GROSSE SMART IM WERT VON JE 13.690,- € VERLOST!

In der Zeit vom 16.9. bis 13.11.2004

SO LEICHT KÖNNEN SIE LOTTO-MILLIONÄR WERDEN:

- in Ihrer P -Filiale zum kleinen Preis einkaufen
- je 5,- Euro Einkaufswert pro Einkauf gibt es 1 Bonuspunkt
- schon ab 20 Bonuspunkten haben Sie Ihre Millionen-Chance – GRATIS!
- Punkte sammeln bis zum 13.11.04 und an der Lottoziehung des deutschen Lottoblocks*** am 6.11.04 oder am 27.11.04 teilnehmen

AKUPUNKTURGERÄT

- für Wellness und Wohlbefinden - profitieren Sie von den Erkenntnissen der chinesischen Tradition
- stimuliert und erkennt die Akupunkturpunkte
- stufenloser Intensitätsregler • inkl. Batterien
- 24 Monate Garantie
- Art.-Nr. 920154

19,99

akkustische Akupunktursuche
Akupunktur ganz ohne Nadeln

CE

CAIRONG INTERNATIONAL GMBH LUFTSPRUDELMATTE LSM 2774

- 304 Sprühdüsen machen Ihre Badewanne zum Whirlpool • 2- und 4-reihiger Sprudelbetrieb möglich • konstanter senkrechter Luftaustritt • Timerfunktion (15/30/60-Minuten) • 3-Stufen-Regler • variabler Programmmodus • rutschfeste Saugnapfe • inkl. spritzwassergeschützter Multifunktions-Fernbedienung • Maße ca. 100 x 30 cm • 36 Monate Garantie • Art.-Nr. 920165

49,99

Unverbindliche Preisempfehlung des Herstellers

Sie sparen: 49,96

MASSAGEMATTE

- 10 Vibrationsmotoren • 5 Massagemodi
- 4 Massagezonen, einzeln steuerbar
- Wärmefunktion • Timerfunktion
- Maße ca. 176 x 59 x 3,5 cm

39,99

JA! Ich will die **LOTTO-MILLIONEN-CHANCE!**

Bitte hier ausfüllen:

Name: _____
 Herr
 Vorname: _____
Frau
Straße/Nr.: _____

PLZ/Ort: _____
Bei besonders interessanten Angeboten und Gewinnspielen rufen Sie mich bitte unter folgender Telefon-Nummer an. Widerruf ist jederzeit bei der PI GmbH möglich.

* Telefon: _____

Geburtsdatum: . . . 19

* E-Mail: _____
Ja, ich bin damit einverstanden den E-Mail P -Newsletter mit den aktuellen Aktions-Angeboten und Infos rund um die „Kleinen Preise“ regelmäßig zu erhalten. Widerruf jederzeit möglich.
Nein, ich möchte zukünftig keinen P -Newsletter erhalten

* Geldinstitut: _____ Ich möchte den Gewinn per Scheck ausbezahlt haben.
* Bankleitzahl: _____
* Konto-Nr.: _____

Datum/Unterschrift: X

Hier bitte Ihre 6 Gewinnzahlen ankreuzen! Für Ihren 6er Tipp viel Glück!

1	2	3	4	5	6	7
8	9	10	11	12	13	14
15	16	17	18	19	20	21
22	23	24	25	26	27	28
29	30	31	32	33	34	35
36	37	38	39	40	41	42
43	44	45	46	47	48	49

Nur gültig mit unseitig angebrachten 20 Bonus-Punkten!

Teilnahmebedingungen für die Lotto-Millionenchance von PI : Teilnehmer müssen das 18. Lebensjahr vollendet haben und dürfen nicht Mitarbeiter der P Warenhandels-gesellschaft mbH oder der PI GmbH sowie deren Angehörige sein. Nur vollständig ausgefüllte Karten mit 20 Bonus-Punkten und 6 deutlich lesbar angekreuzten Zahlen dürfen teilnehmen. Je 5 € Einkaufswert pro Einkauf erhalten Sie einen Bonus-Punkt. Bonus-Punkte sammeln können Sie vom 16.09. bis 13.11.2004. Der auf der P -Gewinnbox angegebene Ziehungstermin ist unverbindlich. Den genauen Teilnehmertermin für die Samstag-ziehung beim deutschen Lottoblock und die Bestätigung der angekreuzten Zahlen teilt PI allen Teilnehmern schriftlich mit. Der Gewinn wird auf das Teilnehmerkonto überwiesen oder als Scheck zugesandt. An einer der Smart-Sonderverlosungen nehmen die Teilnehmer automatisch teil, deren Karten rechtzeitig im Veranstaltungszeitraum abgegeben wurden. Der Rechtsweg ist ausgeschlossen. Für die korrekte Erfassung Ihrer Glückszahlen werden wir alles tun – können aber keine Gewähr übernehmen. PI haftet gegenüber Mitspielern für alle Schäden, die im Rahmen ihrer Dienstleistung entsprechend ihrer Teilnahmebedingung schuldhaft verursacht hat. Die vertragliche Haftung ist auf den tofachen Mitspieleinsatz beschränkt. Im Übrigen haftet PI nur bei Vorsatz und grober Fahrlässigkeit.

billig will ich

Meine Gewinnzahlen: Hier eintragen:

Für Ihre persönlichen Unterlagen

Karte bitte hier abtrennen, vollständig ausfüllen und in die Gewinnbox werfen.

Eine Veranstaltung der Lotto-Online-service PI GmbH
www.pl.de

Für Ihre persönlichen Unterlagen

Viel Glück mit und PI
– vielleicht sind Sie schon bald Millionär!

Achten Sie auf Ihre Post von PI
PI wird Ihnen Ihre Gewinnzahlen und den Lotto-Teilnehmertermin schriftlich bestätigen. Sie erhalten die Bestätigung innerhalb von zwei Wochen nach Einwurf der Teilnehmerkarte in die P -Gewinnbox.

Informationen auch unter: www.pl.de

JA! Ich habe **20 BONUS-PUNKTE** gesammelt und spiele jetzt um die **LOTTO-MILLIONEN!**

EINKAUFWERT SAMMELN GRATIS LOTTO SPIELEN!

BONUS PUNKT hier aufkleben	BONUS PUNKT hier aufkleben	BONUS PUNKT hier aufkleben	BONUS PUNKT hier aufkleben	BONUS PUNKT hier aufkleben	BONUS PUNKT hier aufkleben	BONUS PUNKT hier aufkleben	BONUS PUNKT hier aufkleben	BONUS PUNKT hier aufkleben	BONUS PUNKT hier aufkleben	BONUS PUNKT hier aufkleben
BONUS PUNKT hier aufkleben	BONUS PUNKT hier aufkleben	BONUS PUNKT hier aufkleben	BONUS PUNKT hier aufkleben	BONUS PUNKT hier aufkleben	BONUS PUNKT hier aufkleben	BONUS PUNKT hier aufkleben	BONUS PUNKT hier aufkleben	BONUS PUNKT hier aufkleben	BONUS PUNKT hier aufkleben	BONUS PUNKT hier aufkleben

... alle Bonus-Punkte aufgeklebt? Dann Karte ausfüllen und in die P -Gewinnbox werfen. Viel Glück!

MITMACHEN UND GEWINNEN ICH BIN DABEI!

PL SONDERVERLOSUNG!

JEDE WOCHE 70X DEN GROSSEN SMART IM WERT VON JE 13.690,- € ZU GEWINNEN!

560 SMART IM GESAMTWERT VON ÜBER 7 MILLIONEN Euro

smart forfour

in der Zeit vom 16.9. bis 13.11.2004 www.pl.de

Teilnahmebedingungen für die Smart-Sonderverlosungen von PI : Teilnehmer müssen das 18. Lebensjahr vollendet haben und dürfen nicht Mitarbeiter der P Warenhandels-gesellschaft mbH oder der PI GmbH sowie deren Angehörige sein. Die Teilnahme an der im Zeitraum vom 16.09. bis zum 13.11.2004 wöchentlich jeweils am Mittwoch der darauffolgenden Woche erstmals am 29.09.2004 stattfindenden Sonderverlosung erfolgt durch Einwurf der Teilnehmerkarte in die P -Gewinnbox und ist nicht von einem Kauf abhängig. Ein gleichzeitiger Kauf beeinflusst nicht die Gewinnchancen. Die Teilnahme ist auch ohne Bonuspunkte sowie unter www.pl.de möglich. Die Gewinne können nicht in bar ausgezahlt werden. Die Gewinnbenachrichtigung erfolgt schriftlich. Der Rechtsweg ist ausgeschlossen.

3 Die Klägerin sieht in der Bonusaktion der Beklagten eine wettbewerbswidrige Verknüpfung des Warenabsatzes mit einem Gewinnspiel. Die Kunden der Beklagten erlangten zwar eine kostenlose Teilnahme an der Lotterie, jedoch bestche ei-

ne rechtliche Abhängigkeit zwischen der kostenlosen Teilnahme und dem Erwerb von Waren bei der Beklagten. Eine solche Verknüpfung verstöße gegen § 4 Nr. 6 UWG.

4 Die Klägerin hat beantragt, die Beklagte zu verurteilen,

1. es zu unterlassen, im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs in an den Letztverbraucher gerichteter Werbung oder sonst werblich den Verkauf von Waren zu bewerben mit der Ankündigung eines Gewinnspiels in der Weise, dass der Kunde beim Erwerb von Waren Bonuspunkte erhält, bei deren Sammlung er die Möglichkeit hat, an den Ausspielungen des Deutschen Lotto- und Totoblocks teilzunehmen,
insbesondere wenn dies geschieht, wie in der Anlage K 1 und K 2 wiedergegeben (es folgt die Wiedergabe des Werbeprospekts),
2. an die Klägerin 189 € nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 29. Oktober 2004 zu zahlen.

5 Das Landgericht (LG Duisburg WRP 2005, 764) hat die Beklagte antragsgemäß verurteilt. Die dagegen gerichtete Berufung der Beklagten hat das Berufungsgericht (OLG Düsseldorf, Urt. v. 13.12.2005 – I-20 U 81/05, juris) mit der Maßgabe zurückgewiesen, dass der Unterlassungstenor durch die Einfügung des Wortes „kostenlos“ stärker der konkreten Verletzungsform angepasst wurde.

6 Mit der vom Senat zugelassenen Revision verfolgt die Beklagte ihren Antrag auf Abweisung der Klage weiter. Die Klägerin beantragt, das Rechtsmittel zurückzuweisen.

7 II. Der Erfolg der Revision hängt, soweit die Verurteilung zur Unterlassung in Rede steht, davon ab, ob die Regelung in §§ 3, 4 Nr. 6 UWG mit der Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken in Einklang steht. Ist dies der Fall, ist die Revision zurückzuweisen. Würde das in § 4 Nr. 6 UWG vorgesehene Verbot des mit einem Umsatzgeschäft gekoppelten Preisausschreibens oder Gewinnspiels dagegen über den von der Richtlinie gesetzten Maximalschutz hinausge-

hen, wäre das angegriffene Urteil aufzuheben; die Klage wäre – soweit die Klägerin Unterlassung begehrt – abzuweisen. In diesem Fall sähe sich der Senat genötigt, die Bestimmung des § 4 Nr. 6 UWG in der Weise auszulegen, dass – entgegen dem mit dieser Bestimmung verfolgten gesetzgeberischen Ziel – allein die Kopplung eines Preisausschreibens oder eines Gewinnspiels mit dem Erwerb einer Ware oder mit der Inanspruchnahme einer Leistung nicht ausreichen würde, um die Unlauterkeit im Regelfall zu begründen.

8 1. Die für die Umsetzung der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken gesetzte Frist ist nach Art. 19 Satz 1 der Richtlinie am 12. Juni 2007 abgelaufen; nach Art. 19 Satz 3 der Richtlinie wären die Vorschriften, die zur Umsetzung der Richtlinie erforderlich sind, spätestens ab dem 12. Dezember 2007 anzuwenden. Bislang ist eine Umsetzung der Richtlinie in Deutschland noch nicht erfolgt. Nach dem derzeitigen Stand des Gesetzgebungsverfahrens ist eine Änderung oder Streichung der aus der Sicht des Senats problematischen Bestimmung des § 4 Nr. 6 UWG auch nicht vorgesehen (vgl. den am 21.5.2008 von der Bundesregierung beschlossenen Entwurf eines Ersten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb).

9 Spätestens seit dem 12. Dezember 2007 ist der Senat gehalten, das innerstaatliche Recht richtlinienkonform auszulegen (vgl. EuGH, Urt. v. 4.7.2006 – C-212/04, Slg. 2006, I-6057 = NJW 2006, 2465 Tz. 115 u. 124 – Adeneler/ELOG; BGHZ 138, 55, 60 f. – Testpreis-Angebot, jeweils m.w.N.). Die beanstandete Werbung stammt zwar noch aus der Zeit vor Inkrafttreten der Richtlinie. Da jedoch der Unterlassungsanspruch auf die Abwehr künftiger Verletzungshandlungen gerichtet ist, ist eine Klage nur dann begründet, wenn die begehrte Unterlassung auch auf der Grundlage der zum Zeitpunkt der Verkündung des Urteils geltenden Rechtslage beansprucht werden kann (BGH, Urt. v. 9.6.2005

– I ZR 279/02, GRUR 2005, 1061, 1063 = WRP 2005, 1511 – Telefonische Gewinnauskunft, m.w.N.).

- 10 2. Nach § 4 Nr. 6 UWG handelt unlauter, wer die Teilnahme von Verbrauchern an einem Preisausschreiben oder Gewinnspiel von dem Erwerb einer Ware oder der Inanspruchnahme einer Dienstleistung abhängig macht, es sei denn, das Preisausschreiben oder Gewinnspiel ist naturgemäß mit der Ware oder Dienstleistung verbunden. Zwar führt die Erfüllung der Merkmale eines der Tatbestände des Beispielkatalogs des § 4 UWG nicht per se zur Unzulässigkeit des fraglichen Verhaltens. Hinzu kommen muss, dass die Wettbewerbshandlung geeignet ist, den Wettbewerb zum Nachteil der Mitbewerber, der Verbraucher oder der sonstigen Marktteilnehmer nicht nur unerheblich zu beeinträchtigen (§ 3 UWG). Der Streitfall gäbe aber nach den von der Rechtsprechung bisher aufgestellten Maßstäben keinen Anlass, die Unlauterkeit mit Blick auf die Bagatellklausel des § 3 UWG zu verneinen.
- 11 a) Mit Recht hat das Berufungsgericht angenommen, dass die beanstandete Werbung gegen §§ 3, 4 Nr. 6 UWG verstößt.
- 12 aa) Entgegen der Auffassung der Revision liegt ein Gewinnspiel vor. Dabei kann offenbleiben, ob der Anwendungsbereich von § 4 Nr. 6 UWG auf die Teilnahme an Gewinnspielen beschränkt ist, die keinen weiteren Einsatz erfordern (so etwa Köhler in Hefermehl/Köhler/Bornkamm, UWG, 26. Aufl., § 4 Rdn. 1.121) oder ob die Vorschrift auch die Teilnahme an entgeltlichen Glücksspielen erfasst (so wohl Piper in Piper/Ohly, UWG, 4. Aufl., § 4 Rdn. 1/132). Das Berufungsgericht ist aufgrund tatrichterlicher Würdigung, die von der Revision nicht angegriffen wird, zu der Annahme gelangt, dass die Teilnehmer an der Lotterie aufgrund der beanstandeten Werbung nicht den Eindruck hätten, sie müssten für die Teilnahme einen Einsatz erbringen.

- 13 Der Annahme eines Gewinnspiels steht im konkreten Fall auch nicht entgegen, dass die Beklagte den Gewinn nicht selbst auslobt, sondern nur die unentgeltliche Teilnahme an einer Ziehung des staatlichen Lotto- und Totoblocks im Falle eines bestimmten Mindestumsatzes verspricht (a.A. für diese Fallkonstellation Köhler in Hefermehl/Köhler/Bornkamm aaO § 4 Rdn. 6.6; MünchKomm.UWG/Leible, § 4 Nr. 6 Rdn. 37). Die beanstandete Werbung stellt nicht darauf ab, dass der Kunde mit den gesammelten Bonuspunkten das Entgelt für den Lottoschein einspart. Vielmehr stellt sie den möglichen Gewinn, die „Millionen-Chance“, heraus und macht damit deutlich, dass dem Teilnehmer eine Gewinnchance versprochen wird. Insoweit werden die Spiellust und die Hoffnung auf einen leichten Gewinn unmittelbar für den Warenabsatz ausgenutzt. Dies zu verhindern, ist Zweck der Bestimmung des § 4 Nr. 6 UWG (vgl. die Begründung zum Regierungsentwurf, BT-Drucks. 15/1487, S. 18).
- 14 bb) Entgegen der Ansicht der Revision macht die Beklagte die Teilnahme am Gewinnspiel auch von dem Erwerb von Waren abhängig. Hiervon ist auszugehen, wenn eine rechtliche oder tatsächliche Verknüpfung zwischen der Teilnahme am Gewinnspiel und dem Absatz des Produkts besteht (BGH, Urt. v. 3.3.2005 – I ZR 117/02, GRUR 2005, 599, 600 = WRP 2005, 876 – Traumcabrio; Urt. v. 19.4.2007 – I ZR 57/05, GRUR 2007, 981 Tz. 29 = WRP 2007, 1337 – 150% Zinsbonus). Ob dies der Fall ist, bestimmt sich aus der Sicht des durchschnittlich informierten, aufmerksamen und verständigen Verbrauchers (BGH GRUR 2005, 599, 600 – Traumcabrio). Diese Voraussetzung ist im Streitfall gegeben. Der Umstand, dass den Verbrauchern eine Teilnahme an dem Lotteriespiel auch gegen Zahlung eines Entgelts möglich gewesen wäre, vermag hieran nichts zu ändern.
- 15 b) Zu Recht ist das Berufungsgericht auch davon ausgegangen, dass die streitgegenständliche Wettbewerbshandlung nach den bislang von der Rechtsprechung aufgestellten Grundsätzen geeignet ist, den Wettbewerb zum Nachteil der

Mitbewerber, der Verbraucher oder der sonstigen Marktteilnehmer nicht nur unerheblich zu beeinträchtigen (§ 3 UWG). Dabei kann offenbleiben, ob im Falle des § 4 Nr. 6 UWG stets von der Erheblichkeit der Wettbewerbsbeschränkung auszugehen ist (so Köhler, GRUR 2005, 1, 7; ders. in Hefermehl/Köhler/Bornkamm aaO § 3 Rdn. 74 und § 4 Rdn. 6.5; Seichter in Ullmann, juris-PK/UWG, § 4 Nr. 6 Rdn. 9; anders wohl Schönemann in Harte/Henning, UWG, § 3 Rdn. 259). Denn die breit gestreute Werbung stellt den möglichen Millionengewinn in den Mittelpunkt und erzeugt damit eine erhebliche Anlockwirkung. Dies reicht aus, um eine nicht unerhebliche Beeinträchtigung i.S. des § 3 UWG i.V. mit Art. 5 Abs. 2 lit. b der Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken zu bejahen (dazu Köhler in Hefermehl/Köhler/Bornkamm aaO § 3 Rdn. 49a).

- 16 3. Aus der Sicht des Senats bestehen Zweifel, ob die Regelung in §§ 3, 4 Nr. 6 UWG mit der Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken vereinbar ist.
- 17 a) Die Richtlinie führt zu einer Vollharmonisierung des Lauterkeitsrechts in ihrem Anwendungsbereich mit der Folge, dass es dem nationalen Gesetzgeber verwehrt ist, strengere Bestimmungen aufrechtzuerhalten oder neu zu schaffen. Der vorliegende Fall fällt in den Anwendungsbereich der Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken, da es sich um eine Geschäftspraxis im Geschäftsverkehr zwischen Unternehmen und Verbrauchern i.S. von Art. 2 lit. d der Richtlinie handelt und die Bestimmung des § 4 Nr. 6 UWG wirtschaftlichen Interessen des Verbrauchers dient.
- 18 b) Ob die §§ 3, 4 Nr. 6 UWG die Gewinnspielwerbung in einem stärkeren Umfang einschränken als die Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken ist in der Literatur umstritten. Teilweise wird angenommen, das Verbot des §§ 3, 4 Nr. 6 UWG sei nicht richtlinienkonform (Seichter in Ullmann aaO § 4

Nr. 6 Rdn. 5 f.; MünchKomm.UWG/Leible, § 4 Nr. 6 Rdn. 21). Nach anderer Auffassung geht das Verbot nicht über die Richtlinie hinaus, weil eine Kopplung von Preisausschreiben und Gewinnspielen mit Umsatzgeschäften den Erfordernissen der beruflichen Sorgfalt widerspräche (vgl. Köhler in Hefermehl/Köhler/Bornkamm aaO § 4 Nr. 6 Rdn. 6.4; Fezer/Hecker, UWG, § 4-6 Rdn. 24; Lehmler, UWG, § 4 Nr. 6 Rdn. 2; Lutz, GRUR 2006, 908, 910).

19 c) Die Zweifel an der Vereinbarkeit der nationalen Regelung des § 4 Nr. 6 UWG mit der Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken sind nicht von der Hand zu weisen.

20 Freilich ist der nationale Gesetzgeber nicht gehindert, die in der Richtlinie enthaltenen Generalklauseln über die in der Richtlinie selbst enthaltenen Bestimmungen hinaus weiter zu konkretisieren. Maßstab ist insoweit die Vorschrift des Art. 5 Abs. 2 der Richtlinie. Sie umschreibt mit dem Verbot eines Verhaltens, das den Erfordernissen der beruflichen Sorgfaltspflicht widerspricht und geeignet ist, die Verbraucher wesentlich zu beeinflussen, die allgemeine Generalklausel, die ihrerseits die aggressive und die irreführende Werbung als nicht erschöpfende Fallgruppen umfasst (Art. 5 Abs. 4, Art. 6, 7, 8 und 9 der Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken). Fraglich ist aber, ob der nationale Gesetzgeber danach über die Sachverhalte hinaus, die in der Richtlinie als Per-se-Verbote ausgestaltet sind (vgl. Anlage I zur Richtlinie), Regelungen einführen oder bestehen lassen darf, die unabhängig von einer Gefährdung der Verbraucherinteressen im Einzelfall ein bestimmtes Verhalten generell untersagen (vgl. Erwägungsgrund 7 letzter Satz der Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken).

21 Die Vorschrift des § 4 Nr. 6 UWG stellt auf eine solche Gefährdung der Verbraucherinteressen im Einzelfall nicht ab. Sie unterwirft gekoppelte Preisausschreiben und Gewinnspiele im Zusammenwirken mit § 3 UWG einem Verbot, das

unabhängig davon Geltung beansprucht, ob von dem Angebot eine unsachliche Beeinflussung der Verbraucher ausgeht, ob die Teilnahmebedingungen klar und deutlich angegeben sind oder ob die Verbraucher über ihre Gewinnchancen irreführt werden. Hätte die Richtlinie Preisausschreiben und Gewinnspiele, die mit einem Umsatzgeschäft gekoppelt sind, generell untersagen wollen, hätte es nahegelegen, sie als eine Geschäftspraxis, die unter allen Umständen als unlauter gilt, in die Anlage I der Richtlinie aufzunehmen. Dies gilt umso mehr, als die Frage, wie gekoppelte Preisausschreiben und Gewinnspiele zu beurteilen sind, im Vorfeld des Erlasses der Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken durchaus umstritten war. So hatte der – später nicht mehr weiterverfolgte – Vorschlag der Europäischen Kommission für eine Verordnung über Verkaufsförderung im Binnenmarkt in Art. 2 lit. h und i zunächst vorgesehen, dass Preisausschreiben und Gewinnspiele mit einer Verpflichtung zum Kauf verbunden sein können (KOM (2001) 546 endg., ABl. EG Nr. C 75 v. 26.3.2002, S. 11), während ein überarbeiteter Vorschlag in dieser Hinsicht zwischen Preisausschreiben und Gewinnspielen

unterschied und lediglich bei Preisausschreiben, nicht aber bei Gewinnspielen eine solche Kopplung zulassen wollte (vgl. die Mitteilung der Kommission vom 25.10.2002, KOM (2002) 585 endgültig).

Bornkamm

Pokrant

Büscher

Kirchhoff

Koch

Vorinstanzen:

LG Duisburg, Entscheidung vom 24.02.2005 - 21 O 144/04 -

OLG Düsseldorf, Entscheidung vom 13.12.2005 - I-20 U 81/05 -