

Schriften zum Wirtschaftsrecht

Band 25

Folgenerwägungen im Richterrecht

**Die Berücksichtigung von Entscheidungsfolgen
bei der Rechtsgewinnung, erörtert am Beispiel des § 1 UWG**

Von

Dr. Thomas Sambuc



DUNCKER & HUMBLOT / BERLIN

THOMAS SAMBUC

Folgenerwägungen im Richterrecht

Schriften zum Wirtschaftsrecht

Band 25

Folgenerwägungen im Richterrecht

Die Berücksichtigung von Entscheidungsfolgen
bei der Rechtsgewinnung, erörtert am Beispiel des § 1 UWG

Von

Dr. Thomas Sambuc



DUNCKER & HUMBLOT / BERLIN

CIP-Kurztitelaufnahme der Deutschen Bibliothek

Sambuc, Thomas

Folgenerwägungen im Richterrecht : d. Berücks.
von Entscheidungsfolgen bei d. Rechtsgewinnung,
erörtert am Beispiel d. § 1 UWG. — 1. Aufl. —
Berlin : Duncker und Humblot, 1977.

(Schriften zum Wirtschaftsrecht ; Bd. 25)

ISBN 3-428-03900-9

Alle Rechte vorbehalten

© 1977 Duncker & Humblot, Berlin 41

Gedruckt 1977 bei Berliner Buchdruckerei Union GmbH., Berlin 61
Printed in Germany

ISBN 3 428 03900 9

Vorwort

Für Anregung, Kritik und Ermutigung schulde ich zahlreichen Tübinger und Konstanzer Kollegen, Freunden und Lehrern Dank, namentlich den Professoren Josef Esser und Ludwig Raiser, aus deren Seminaren diese Arbeit hervorgegangen ist, und nicht zuletzt Professor Friedrich Kübler, der sie als Dissertation betreut hat. Schließlich bin ich der Deutschen Vereinigung für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht zu besonderem Dank für die großzügige Unterstützung der Drucklegung verpflichtet. Das Manuskript wurde Ende 1975 abgeschlossen.

Konstanz/Bodensee, im Sommer 1976

T. S.

Inhaltsverzeichnis

Einleitung

| | |
|--|----|
| I. Zwei Gerichtsentscheidungen zum unlauteren Wettbewerb | 11 |
| II. Strukturwandel im Unlauterkeitsrecht | 13 |
| III. Stilwandel der Rechtsprechung | 16 |
| IV. Folgenerwägungen | 17 |
| 1. Die Verbreitung von Folgenerwägungen | 17 |
| 2. Stellungnahmen | 17 |
| V. Gang der Untersuchung | 20 |

Erster Teil

Methodologische Anleitung und Kontrolle der Rechtsgewinnung im Unlauterkeitsrecht

| | |
|--|----|
| I. Allgemeine Interpretationsansätze zu § 1 UWG | 22 |
| 1. Der Wortlaut | 22 |
| 2. Die klassische juristische Auslegung | 22 |
| 3. Die interessenjuristische Methode | 23 |
| 4. Generalklauseln und Hermeneutik | 25 |
| 5. Fazit | 27 |
| II. Spezifische Konkretisierungsbehelfe zu § 1 UWG | 28 |
| 1. Der Verweis auf ethische Forderungen | 28 |
| 2. Die Flucht in die Leerformeln | 30 |
| 3. Die Delegationsfunktion des § 1 UWG | 34 |

Zweiter Teil

Normbildung durch Gerichte

| | |
|--|----|
| I. Die Trennung von Judikative und Legislative in der Theorie | 40 |
| II. Die Konvergenz von Rechtsetzung und Rechtsanwendung | 41 |
| 1. Die Auflösung der Dichotomien | 41 |
| 2. Erkennen und Entscheiden | 42 |
| 3. Die Schranken gesetzlicher Konditionierung juristischen Ent- scheidens | 43 |
| 4. Ergebnisberücksichtigung | 46 |

| | |
|---|----|
| 5. Abstrakte/konkrete Konfliktlösungen | 48 |
| 6. Politisches/unpolitisches Entscheiden | 49 |
| III. Konvergenzprobleme | 50 |
| 1. Die Legitimation justizieller Regelbildung | 50 |
| 2. Die praktische Befähigung der Justiz zur Sozialgestaltung durch Normbildung | 51 |
| 3. Normsetzung und Folgenerwägungen | 52 |

Dritter Teil

Folgenerwägungen in der Rechtsprechung zu § 1 UWG

| | |
|--|----|
| I. Erste Folgenerwägungen des Reichsgerichts: „Volkswirtschaft“ und „Allgemeinheit“ | 53 |
| II. Die frühe Nachkriegsrechtsprechung: Konsolidierung | 57 |
| III. Marktbezogene Unlauterkeit | 60 |
| IV. Folgen für das Publikum | 75 |
| V. Folgen für die Pressestruktur | 82 |
| VI. Folgen für die Intimsphäre | 85 |
| VII. Folgen für die technische Innovation | 88 |

Vierter Teil

Folgenerwägungen im Entscheidungsprozeß

| | |
|--|-----|
| I. Vorbemerkung | 90 |
| II. Regelvollzug und Regelbildung im Unlauterkeitsrecht | 91 |
| 1. Regelvollzug | 91 |
| 2. Regelbildung | 92 |
| III. Der Entscheidungsprozeß | 94 |
| 1. Auflösung von Entscheidungssituationen durch Folgenorientie- rung | 94 |
| 2. Eine utilitaristische Rechtsprechung | 94 |
| 3. Konkretisierende Komparation | 96 |
| 4. Konkretisierende Komparation in Rechtsprechung und Gesetzge- bung | 97 |
| 5. Betriebliche und politische Entscheidungstheorien in der Rechts- wissenschaft? | 98 |
| IV. Folgenerwägungen: Terminologie | 100 |
| 1. „Ergebnis“ | 100 |
| 2. „Rechtsfolgen“ | 100 |
| 3. „Entscheidungsfolgen“ | 101 |

Inhaltsverzeichnis

9

| | |
|---|-----|
| 4. „Output“ / „Outcome“ | 103 |
| 5. „Folgenerwägungen“ | 104 |
| V. Folgenerwägungen und sozialrechtliche Unlauterkeit | 105 |

Fünfter Teil

Der praktische Wert von Folgenerwägungen

| | |
|--|-----|
| I. Wirkungsweisen und deren Nutzen | 108 |
| 1. Regelvollzug | 108 |
| 2. Dogmatik | 109 |
| 3. Regelbildung | 110 |
| 4. Unzulässige Folgenargumente | 111 |
| II. Folgenerwägungen als Legitimationsgrundlage des Richterrechts? | 112 |
| 1. Legitimationsdefizit des Richterrechts | 112 |
| 2. Legitimität als soziales Phänomen | 113 |
| 3. Legitimitätstypen | 114 |
| 4. Legitimation des Richterrechts | 117 |
| 5. Legitimation durch Erfolg im Wettbewerbsrecht: Bestands- und Funktions-sicherung | 119 |
| 6. Legitimation durch Begründung | 121 |

Sechster Teil

Instrumentale Bedingungen der Normbildung durch Gerichte

| | |
|--|------------|
| I. Information | 127 |
| II. Gerichtliche Prognosen | 128 |
| III. Prognosen in den Sozialwissenschaften | 129 |
| 1. Hypothetisch-deduktive Prognosen | 130 |
| 2. Projektionen und Trendprognosen | 132 |
| IV. Der Wert gerichtlicher Prognosen | 133 |
| V. Technologie | 136 |
| Zusammenfassende Thesen | 138 |
| Literaturverzeichnis | 141 |

Abkürzungsverzeichnis

Der Gebrauch von Abkürzungen folgt *Hildebert Kirchner*, Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache, 2. Auflage, Berlin 1968.

Die folgenden Abkürzungen werden zusätzlich verwendet:

| | |
|-----------------|--|
| AfP | Archiv für Presserecht |
| ebda. | ebenda |
| Fn. | Fußnote |
| GRUR Int. | Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Auslands- und Internationaler Teil |
| Harvard L. R. | Harvard Law Review |
| Hrsg. | Herausgeber |
| JbRSozRTh | Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie |
| J. of Publ. L. | Journal of Public Law |
| KJ | Kritische Justiz |
| Mod. L. R. | Modern Law Review |
| PVS | Politische Vierteljahresschrift |
| Rdnr. | Randnummer |
| U. of Pa. L. R. | University of Pennsylvania Law Review |
| zit. | zitiert bei |
| ZRP | Zeitschrift für Rechtspolitik |

“We must urge upon judges that in their law-declaring function they are indeed lawmakers with the responsibilities for wise social engineering that rests upon all lawmakers.

But we must urge upon them no less that their law-making function is subject to limitations that do not bind the legislative lawmaker, and that a compromise between the general security and social progress is likely to be involved in every important step that they take.”

(*Roscoe Pound*)

Einleitung

I. Zwei Gerichtsentscheidungen zum unlauteren Wettbewerb

Die 1869 für den Norddeutschen Bund und zwei Jahre darauf für das Deutsche Reich proklamierte Gewerbefreiheit blieb zunächst — getreu der „Mission des neunzehnten Jahrhunderts . . . , die Rechtsordnung so zu gestalten, daß der Initiative des einzelnen Wirtschaftssubjektes möglicher Spielraum gelassen werde“¹ — ohne privatrechtliche Schranken. Zwar wurde mit dem Markenschutzgesetz von 1874 der Grundstein für einen umfassenden gewerblichen Rechtsschutz gelegt; für die Kontrolle von Wettbewerbsmißbräuchen und -auswüchsen erwies sich dieses Gesetz jedoch als ein Hindernis: Das Reichsgericht entschied 1880, das Markenschutzgesetz treffe für den Bereich geschäftlichen Handelns eine abschließende Regelung; was es nicht verbiete, sei mithin erlaubt².

Nach gemeinem Recht hätte die Handlungsweise des Beklagten (eine krasse Ausbeutung fremden Rufes) als *dolos*, nach französischem Recht (der Fall spielte im Geltungsbereich des *code civil*) als Verstoß gegen Art. 1382 CC qualifiziert werden können. Beider Anwendung lehnte das RG ab. Ohne den Fall dogmatisch zu vertiefen, darf davon ausgegangen werden, daß der erwähnte Schluß in seinem „öden Formalismus“³ zumindest nicht zwingend ist⁴.

¹ *Sombart*, Die deutsche Volkswirtschaft im neunzehnten Jahrhundert, S. 130.

² RG vom 30. XI. 1880, RGZ 3, 67 — „*Apollinaris*“. Das RG hielt diesen Standpunkt lange aufrecht, vgl. etwa RGZ 18, 93 (99 f.).

³ *Kohler*, Unlauterer Wettbewerb, S. 57.

⁴ Vgl. etwa zur selben Frage die abweichende Entscheidung des LG Straßburg vom 30. X. 1885, abgedruckt bei *Kohler*, S. 45 ff. Mögliche Beweggründe

Das Urteil stieß auf harte Kritik. *Kohler* meinte, „es wäre doch seltsam, anzunehmen, daß nunmehr jeder dolus im Verkehr gestattet wäre, sofern er nur nicht in eine Verletzung des Markenrechts überginge“⁵. Und *Baumbach* befand: „Hier hatte wieder einmal das beklagenswerte, noch heute nicht ganz überwundene Haften des deutschen Richters am Buchstaben, hier hatte die Neigung des Deutschen zur Scholastik einen verhängnisvollen Sieg gefeiert über die Bedürfnisse des Lebens“⁶. Die Folge war, daß das Reichsgericht zum „Hüter der Unanständigkeit“⁷ wurde.

Ähnliche Vorwürfe braucht sich die Rechtsprechung zum Unlauterkeitsrecht⁸ heute kaum gefallen zu lassen. Betrachten wir etwa eine neuere Entscheidung des Oberlandesgerichts Frankfurt/M.⁹:

Ein großer Verbrauchermarkt hatte gegenüber einem Nahrungsmittelproduzenten den Verbleib von dessen Teemarke im Handelssortiment von der Zahlung einer Pauschale (DM 1000,—) abhängig gemacht. Ein Verband von Markenartikelproduzenten, dem der solcherart genötigte Hersteller angehörte, klagte gegen dieses Vorgehen des Supermarktes unter Berufung auf die §§ 1, 3 UWG. Das OLG gab ihm Recht und führte zur Begründung u. a. aus, es sei „davon überzeugt, daß in aller Regel die Auswirkung solcher Geschäftspraktiken, wie sie die Beklagte verteidigt, nicht darin besteht, dem Verbraucher die erzielten ‚Eintrittsgelder‘ in dieser oder jener Form weiterzugeben. Vielmehr wird die Regel darin bestehen, daß das ‚Eintrittsgeld‘ vorweg dem Gewinn des Einzelhändlers zugeschlagen wird und daß die Mehrkosten, die der Hersteller erbringen muß, um sich den Marktzutritt zu verschaffen, auf den Einkaufspreis aufgeschlagen werden. Das System wirkt sich dann preisverteuernd aus... Die Verbraucher werden dadurch benachteiligt, daß sich die Angebotspalette verkürzt und sie nur noch auf ein Erzeugnis (oder auf wenige Erzeugnisse) angewiesen sind; die Mitbewerber werden benachteiligt, indem sie — wenn sie nur kleinere Umsätze erzielen können — den Herstellern weniger Marktmacht entgegensetzen und deshalb keine ‚Eintrittsgelder‘ abnötigen können“¹⁰.

der Rechtsprechung des RG erörtert *Steindorff*, *Summum ius summa iniuria*. S. 61.

⁵ *Kohler*, S. 43 f.

⁶ *Baumbach*, Kommentar (1929), S. 123.

⁷ *Baumbach / Hefermehl*, Kommentar, Einl. UWG Anm. 13.

⁸ Zur Terminologie: „Unlauterkeitsrecht“ wird im folgenden verstanden als Recht des unlauteren Wettbewerbs, das zusammen mit dem „Wettbewerbsbeschränkungsrecht“ (GWB) das „Wettbewerbsrecht“ bildet.

⁹ OLG Frankfurt vom 6. 5. 1975, WRP 75, 367 — „Eintrittsgelder“.

¹⁰ WRP 1975, 369.

Ein Vergleich der beiden Urteile demonstriert eindringlich den fundamentalen Wandel, den die Rechtsprechung zum unlauteren Wettbewerb in knapp hundert Jahren sowohl in inhaltlicher (dazu II.) als auch in stilistischer (dazu III.) Hinsicht erfahren hat.

II. Strukturwandel im Unlauterkeitsrecht¹¹

Ein Jahr nach der Apollinaris-Entscheidung des Reichsgerichts beschrieb *Otto Mayer* den damaligen Stand der Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs in zutreffender und — im Hinblick auf das seinerzeit bereits stark ausdifferenzierte französische Recht der „concurrency déloyale“ — kritisch vergleichender Weise:

„Das Gebiet des Gewerbebetriebs ist uns ein Gebiet wirklicher Freiheit, auf welchem jede einzelne Handlung nach ihrem Rechtstitel nicht erst gefragt wird. Dem Mitbewerber ist von vorne herein alles erlaubt, was nicht besonders und ausdrücklich verboten ist. So wird bei uns das Strafgesetzbuch zum Hauptregulator der Mitbewerbung¹².“

Spätestens jedoch die Gewährung subjektiver Klagerechte im ersten UWG von 1896, die die Verwirklichung der objektiven Rechtsordnung auch im Bereich des Unlauterkeitsrechts dem „Kampf ums Recht“ der Privatrechtssubjekte (hier: der Gewerbetreibenden) anheimstellte, siedelte dieses Rechtsgebiet im Privatrecht an. Nichts illustriert diese Tatsache besser als der Umstand, daß sich der Streit um den Schutzgegenstand des Unlauterkeitsrechts für Jahrzehnte auf die Alternative „Immaterialgüterrecht“ oder „Persönlichkeitsrecht“ konzentrierte.

Diese allein auf den Konkurrentenschutz bezogene Betrachtungsweise des unlauteren Wettbewerbs überdauerte zunächst auch die Ergänzung des kasuistischen UWG von 1896 durch die Generalklausel des neuen § 1 im Jahre 1909. Noch immer war man dem frühliberalen Harmoniedenken zu stark verbunden, als daß man einen Antagonismus von Wettbewerbsfreiheit hier, Konsumenten- und öffentlichen Interessen dort hätte annehmen können. Gewiß kam es vor, daß Kaufleute ihre Kunden durch unwahre Angaben über Beschaffenheit oder Herkunft der Ware, über Preisbemessung u. ä. zum Geschäftsabschluß drängten. In solchen Praktiken sah man bedauerliche, nichtsdestoweniger punktuelle Entgleisungen bürgerlicher Wohlanständigkeit, in denen sich das Phänomen „unlauterer Wettbewerb“ im wesentlichen erschöpfte. Das ist deutlich zu erkennen an § 1 UWG 1896, aber auch noch an der Äuße-

¹¹ Vgl. zum folgenden ausführlich *Ott*, Festschrift für Raiser, S. 403 ff.

¹² *Mayer*, ZHR 26 (1881), S. 434.