Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb: UWG

Köhler / Bornkamm / Feddersen

39., neu bearbeitete Auflage 2021
ISBN 978-3-406-75427-2
C.H.BECK

schnell und portofrei erhältlich bei
beck-shop.de

Die Online-Fachbuchhandlung beck-shop.de steht für Kompetenz aus Tradition. Sie gründet auf über 250 Jahre juristische Fachbuch-Erfahrung durch die Verlage C.H.BECK und Franz Vahlen.
beck-shop.de hält Fachinformationen in allen gängigen Medienformaten bereit: über 12 Millionen Bücher, eBooks, Loseblattwerke, Zeitschriften, DVDs, Online-Datenbanken und Seminare. Besonders geschätzt wird beck-shop.de für sein

umfassendes Spezialsortiment im Bereich Recht, Steuern und Wirtschaft mit rund 700.000 lieferbaren Fachbuchtiteln.

von Verbrauchern (zB Hausfrauen, Rentner, Migranten, Touristen, Arbeitslose, Studenten), ist auf ein durchschnittliches Mitglied dieser Zielgruppe abzustellen **(§ 3 IV 1).** Handelt es sich dabei um eine **bes. schutzbedürftige** und **eindeutig identifizierbare Gruppe** von Verbrauchern (zB Kinder, Jugendliche, Kranke, Behinderte), ist auf die Sicht eines durchschnittlichen Mitglieds dieser Gruppe abzustellen, wenn für den Unternehmer **vorhersehbar** ist, dass seine geschäftliche Handlung das wirtschaftliche Verhalten **nur** dieser Gruppe wesentlich beeinflusst **(§ 3 IV 2).** Es kommt also darauf an, wie ein durchschnittliches Mitglied einer solchen Gruppe auf die geschäftliche Handlung typischerweise reagiert. – Die genannten Regelungen stellen eine Umsetzung des Art. 5 II lit. b, III 1 UGP-RL dar und sind dementsprechend richtlinienkonform auszulegen; vgl. dazu Erwägungsgrund 18 und 19 UGP-RL). Eine besondere Ausprägung des Schutzes von bes. schutzbedürftigen Personen stellt **§ 4a II 2** dar. Jedoch ist sehr zw., ob diese Regelung mit der UGP-RL vereinbar ist (→ § 4a Rn. 2.8 ff.).

(2) Schutz von Minderheiten. Soweit sich eine geschäftliche Handlung nicht auf eine eindeutig identifizierbare Gruppe von besonders schutzbedürftigen Verbrauchern beschränkt (§ 3 IV 2), ist auf den Durchschnittsverbraucher abzustellen (§ 3 IV 1). Das hat zunächst zur Folge, dass der Werbende auf die Kenntnis- und Verständnismöglichkeiten von Minderheiten, die **unterdurchschnittlich** informiert, verständig und aufmerksam sind, an sich nicht Rücksicht nehmen muss (vgl. BGH GRUR 2002, 550 (552) – *Elternbriefe;* BGH GRUR 2003, 1057 – *Einkaufsgutschein*). Das kann aber dann nicht gelten, wenn der Werbende **bewusst** unwahre oder missverständliche Behauptungen aufstellt und er darauf spekuliert, dass ein gewisser Teil der Angesprochenen auf sein Angebot „hereinfällt" (dazu → § 5 Rn. 279). Hier geht es nämlich nicht um den Schutz des Werbenden vor unzumutbaren Anforderungen und um das berechtigte Informationsinteresse der Mehrheit der angesprochenen Verbraucher, sondern um den Schutz der sozial und intellektuell schwächeren Schichten der Bevölkerung. Schutz verdienen ferner die Personen, bei denen der Werbende bewusst darauf spekuliert, dass sie nicht die Zeit aufbringen, sein Angebot kritisch zu überprüfen (wie zB beim Adressbuchschwindel). – Aber auch durchschnittlich informierte und verständige Verbraucher können eine Werbeaussage unterschiedlich auffassen (BGH GRUR 2004, 162 (163) – *Mindestverzinsung*). In diesem Fall genügt es für eine Irreführung iSd § 5 nicht, dass nur etwa 15 bis 20 % der angesprochenen Verbraucher irregeführt werden. Vielmehr muss die Werbeaussage geeignet sein, einen erheblichen Teil der durchschnittlich informierten, aufmerksamen und verständigen Durchschnittsverbraucher irrezuführen (BGH GRUR 2004, 162 (163) – *Mindestverzinsung;* dazu → § 5 Rn. 2.106 ff.). 33

beck-shop.de DIE FACHBUCHHANDLUNG

bb) Der angemessen gut informierte Verbraucher. Maßgebend ist der Wissensstand, den der Werbende bei einem Durchschnittsverbraucher voraussetzen darf (*Wiebe* FS Köhler, 2014, 799 (808)). Dies hängt zum einen davon ab, ob der Werbende jedermann oder nur eine bestimmte Zielgruppe anspricht. Bei einer Werbung, die sich nur an Fachleute richtet, darf ein höherer Wissensstand vorausgesetzt werden als bei einer Werbung, die an jedermann gerichtet ist. Wendet sich die Werbung hingegen an Gruppen bes. schutzbedürftiger Verbraucher, bei denen typischerweise ein geringerer Wissensstand vorliegt, muss der Werbende darauf Rücksicht nehmen (vgl. § 3 IV 2 und Art. 5 III 1 UGP-RL). Zum anderen hängt der Wissensstand von der Art des Produkts ab. (Darauf zielt die betriebswirtschaftliche Unterscheidung zwischen sog **Erfahrungs-, Such-** und **Vertrauensgütern** ab; vgl. *Beater,* Unlauterer Wettbewerb, 2011, § 15 Rn. 143 ff. mwN). **Beispiel:** Wird beim Abschluss eines Netzkartenvertrages ein Mobiltelefon (nahezu) unentgeltlich hinzugegeben, so weiß der durchschnittlich informierte Verbraucher, dass er dieses Gerät letztlich nicht geschenkt bekommt, sondern über die Gebühren des Netzkartenvertrags finanziert (BGH GRUR 1999, 261 (263) – *Handy-Endpreis*). – Die Frage, inwieweit von den angesprochenen Verkehrskreisen die Beschaffung weiterer Informationen zu erwarten ist, stellt sich dagegen erst beim Kriterium der Verständigkeit. 34

cc) Der angemessen aufmerksame Verbraucher. Die Aufmerksamkeit bezieht sich auf die Wahrnehmung des Angebots und der darin enthaltenen Informationen (*Lettl,* Der lauterkeitsrechtliche Schutz vor irreführender Werbung in Europa, 2004, 93). Werden dem Durchschnittsverbraucher die Informationen in verkehrsüblicher Weise so nahe gebracht, dass er sie unschwer zur Kenntnis nehmen kann, so ist von ihm eine entspr. Kenntnisnahme auch zu erwarten (vgl. auch BGH GRUR 2002, 160 (162) – *Warsteiner III* zu den Informationen auf den Rück-Etiketten auf Bierflaschen). Der Grad der Aufmerksamkeit, den der Verbraucher einer Werbung entgegenbringt, ist jedoch abhängig von der jeweiligen Situation, in der er mit ihr konfrontiert wird (sog **situationsadäquate Aufmerksamkeit;** vgl. BGH GRUR 2000, 619 (621) – *Orient-* 35

Teppichmuster; BGH GRUR 2004, 162 (163) – *Mindestverzinsung;* BGH GRUR 2004, 605 (606) – *Dauertiefpreise;* BGH WRP 2015, 1098 Rn. 22 – *TIP der Woche;* BGH WRP 2018, 413 Rn. 27 – *Tiegelgröße*). Dies stellt keinen Gegensatz zum unionsrechtlichen Verbraucherleitbild, sondern lediglich eine Präzisierung dar (vgl. *Bornkamm* WRP 2000, 830 (834 f.); *Helm* FS Tilmann, 2003, 135 (143 ff.)). Der Grad der Aufmerksamkeit ist vor allem von der Art und Bedeutung der angebotenen Waren oder Dienstleistungen für den Verbraucher abhängig (BGH WRP 2015, 1098 Rn. 22 – *TIP der Woche;* BGH WRP 2018, 413 Rn. 27 – *Tiegelgröße*). Beim Erwerb geringwertiger Gegenstände des täglichen Bedarfs (sog. **Erfahrungsgüter**) oder beim ersten Durchblättern von Werbebeilagen oder Zeitungsanzeigen wird sich auch der verständige Verbraucher meist nicht die Zeit für eine gründliche Prüfung des Angebots nehmen, sich ihm also nur „flüchtig" zuwenden (BGH WRP 2018, 413 Rn. 27 – *Tiegelgröße*). Die Begriffe „verständig" und „flüchtig" schließen sich daher nicht aus (BGH GRUR 2000, 619 (621) – *Orient-Teppichmuster;* BGH GRUR 2002, 81 (83) – *Anwalts- und Steuerkanzlei*). Anders verhält es sich beim Angebot nicht nur geringwertiger Gegenstände. Hier wird der Verbraucher die Werbung idR mit größerer Aufmerksamkeit wahrnehmen. Dies gilt vor allem für Waren von nicht unerheblichem Preis und nicht nur kurzer Lebensdauer (sog. **Suchgüter**). Bei ihnen wird der Verbraucher eine Werbung nicht nur flüchtig betrachten, sondern sich ihr mit situationsadäquat gesteigerter Aufmerksamkeit zuwenden und seine Kaufentscheidung erst dann treffen, wenn er sich weiter informiert hat. Geht es um **Lebensmittel** oder **Kosmetikprodukte,** wird der Verbraucher seine Kaufentscheidung regelmäßig auch von ihrer Zusammensetzung abhängig machen. Er wird daher bspw. regelmäßig nicht nur die Schauseite einer Verpackung, sondern auch die an anderer Stelle angebrachten näheren Angaben wahrnehmen (BGH WRP 2016, 838 Rn. 15 – *Himbeer-Vanille-Abenteuer II;* BGH WRP 2018, 413 Rn. 27, 28 – *Tiegelgröße*). Mögliche Missverständnisse flüchtiger oder uninteressierter Leser sind daher unerheblich (BGH GRUR 2000, 619 (621) – *Orient-Teppichmuster*). Allerdings entbindet dies den Werbenden nicht davon, wichtige Informationen mit der gebotenen Klarheit und Deutlichkeit zu übermitteln. **Beispiel:** Wer blickfangmäßig einen Preis herausstellt, den der Verbraucher auf das Komplettangebot, nämlich PC mit Monitor, bezieht, kann sich nicht damit salvieren, dass er an anderer Stelle im Zusammenhang mit der Produktbeschreibung darauf hinweist, der Preis gelte nur für einen Teil der Geräte, nämlich den PC ohne Monitor (BGH GRUR 2003, 249 – *Preis ohne Monitor*). – Von Bedeutung ist auch die **Zeitspanne,** die dem Verbraucher für die nähere Prüfung des Angebots zur Verfügung steht. **Beispiel:** Wirbt ein Buchclub in einer Werbebroschüre Mitglieder mit dem Angebot der unentgeltlichen Überlassung von fünf Büchern und kann der Verbraucher die Broschüre zu Hause in Ruhe durchsehen und hat er nach Erhalt der fünf Testbücher noch zehn Tage Zeit, um sich zu entscheiden, ob er die Bücher behalten und Mitglied werden will, so stellt dies keine unangemessene unsachliche Beeinflussung dar (BGH GRUR 2003, 890 (891) – *Buchclub-Kopplungsangebot*).

beck-shop.de
DIE FACHBUCHHANDLUNG

36 **dd) Der angemessen kritische (verständige) Verbraucher.** Bei der Kritikfähigkeit (= Verständigkeit = Umsichtigkeit) des Verbrauchers geht es – wie im Unionsrecht (→ Rn. 23) – vornehmlich um seine Fähigkeit, Informationen richtig einzuordnen und daraus zutreffende Schlüsse zu ziehen. Mit der Formel vom „angemessen kritischen" Verbraucher ist das Maß an Kritikfähigkeit (Verständigkeit, Umsichtigkeit) gemeint, das **vernünftigerweise** bei den angesprochenen Verbraucherkreisen vorausgesetzt werden darf (dazu GK-UWG/*Fritzsche* § 2 Rn. 798, 808). Dabei sind insbes. folgende Umstände von Bedeutung: **(1) Zielgruppe** Es macht einen Unterschied, ob der Werbende sich an jedermann oder nur an eine bestimmte Zielgruppe (Fachleute, Kinder und Jugendliche, Immigranten, Aussiedler, usw) wendet. Im letzteren Fall kommt es auf die Verständigkeit eines durchschnittlichen Mitglieds der Gruppe an (vgl. Art. 5 III 1 UGP-RL). **(2) Angebot.** Von Bedeutung ist weiter, welches Produkt zu welchen Bedingungen der Werbende anbietet, welche Vor- und Nachteile für den Verbraucher damit verbunden sind und wie es um Vergleichsmöglichkeiten bestellt ist (vgl. *Streinz* FS Köhler, 2014, 745 (750)). Beim Kauf **hochwertiger** und **langlebiger** Güter ist vom verständigen Verbraucher zu erwarten, dass er seine Entscheidung erst nach reiflicher Überlegung und Prüfung von Vergleichsangeboten trifft. Eine Beeinträchtigung der Entscheidungsfreiheit iSd § 4a I ist daher noch nicht bei einer „umgekehrten Versteigerung" von Gebrauchtwagen anzunehmen (vgl. BGH GRUR 2003, 626 (627) – *Umgekehrte Versteigerung II*). Der verständige Verbraucher wird bei Buchung einer Flugreise, wenn ihm mitgeteilt wird, dass die anfallenden Steuern und Gebühren vom jeweiligen Flugziel und der Flugroute abhängen und der endgültige Flugpreis nach der Auswahl der gewünschten Flugverbindung angezeigt wird, den dort angege-

benen Preis als Gesamtpreis iSd PAngV auffassen (BGH WRP 2003, 1222 (1223) – *Internet-Reservierungssystem*). Aus der Sicht des verständigen Verbrauchers ist es auch zu beurteilen, ob Produkte substituierbar sind und daher iSd § 6 verglichen werden dürfen (vgl. BGH GRUR 2002, 828 (830) – *Lottoschein*). **(3) Werturteile.** Vom verständigen Verbraucher ist zu erwarten, dass er zwischen humorvollen, nicht ernst gemeinten Behauptungen und echter Kritik zu unterscheiden weiß (vgl. BGH GRUR 2002, 982 (984) – *DIE „STEINZEIT" IST VORBEI!;* BGH GRUR 2010, 161 Rn. 20, 23 – *Gib mal Zeitung*). Dem entspricht es, wenn der (nicht umgesetzte) Art. 5 III 2 UGP-RL „die übliche und rechtmäßige Werbepraxis, übertriebene Behauptungen oder nicht wörtlich zu nehmende Behauptungen aufzustellen", als nicht unlauter ansieht.

ee) Der durchschnittlich empfindliche Verbraucher. Soweit es um die Beeinträchtigung der sonstigen Rechte und Rechtsgüter des Verbrauchers durch **belästigende** geschäftliche Handlungen (§ 7) geht (→ Rn. 32), hilft der Maßstab des durchschnittlich informierten, aufmerksamen und verständigen Durchschnittsverbrauchers nicht weiter, weil er auf den Schutz der (insbes. rechtsgeschäftlichen) Entscheidungsfreiheit zugeschnitten ist. Maßgebend ist insoweit der (gegenüber belästigenden Wettbewerbsmaßnahmen) **durchschnittlich (normal) empfindliche** Verbraucher oder sonstige Marktteilnehmer (BGH GRUR 2010, 1113 Rn. 15 – *Grabmalwerbung;* BGH GRUR 2011, 747 Rn. 17 – *Kreditkartenübersendung*), der also weder bes. feinfühlig reagiert noch bes. unempfindlich ist. **37**

d) Feststellung der Auffassung des Durchschnittsverbrauchers. Der Begriff des Durchschnittsverbrauchers beruht nicht auf einer statistischen Grundlage (Erwägungsgrund 18 S. 5 UGP). Vielmehr müssen sich die Gerichte „auf ihre eigene Urteilsfähigkeit unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des Gerichtshofs verlassen" (Erwägungsgrund 18 S. 6 UGP-RL; EuGH WRP 2012, 1509 Rn. 53 – *Purely Creative*). Der Richter kann aber, wenn er sich kein sicheres Urteil zutraut, eine **Verkehrsbefragung** durchführen (vgl. EuGH Slg. 1998, I-4657 Rn. 32 = GRUR-Int. 1998, 795 – *Gut Springenheide;* dazu eingehend *Lettl,* Der lauterkeitsrechtliche Schutz vor irreführender Werbung in Europa, 2004, 109 ff. mwN; weiter → § 5 Rn. 3.1 ff.; → § 12 Rn. 2.76 ff.). **38**

beck-shop.de
DIE FACHBUCHHANDLUNG

IV. Schutzsanktionen

Dass § 1 S. 1 den Schutz der Verbraucher (und sonstigen Marktteilnehmer) als Zweck des UWG anführt, rechtfertigt nicht den Schluss, es müssten ihnen aus einem Wettbewerbsverstoß auch lauterkeitsrechtliche Ansprüche erwachsen. Es besteht insoweit auch kein Sanktionsdefizit gegenüber dem Schutz der Mitbewerber (so aber *Fezer* WRP 2003, 127 (128)). Es ist nämlich zwischen den Gefahren unlauteren Wettbewerbs für Mitbewerber (Horizontalverhältnis) einerseits und für Verbraucher und sonstige Marktteilnehmer (Vertikalverhältnis) andererseits zu unterscheiden. Beim Schutz der Mitbewerber geht es darum, die Beeinträchtigung von Wettbewerbschancen zu bekämpfen. Das ist sachlich gerechtfertigt, weil die Unternehmen die Träger des Wettbewerbs sind und es um die Erhaltung ihrer Wettbewerbsfähigkeit geht. Beim Schutz der Verbraucher und sonstigen Marktteilnehmer geht es vornehmlich um den Schutz vor Beeinträchtigungen ihrer rechtsgeschäftlichen Entscheidungsfreiheit und ihrer Berufs- und Privatsphäre. Dieser Schutz wird generalpräventiv gewährleistet durch den lauterkeitsrechtlichen Unterlassungsanspruch. Dass dieser Anspruch nur den Mitbewerbern (§ 8 III Nr. 1) und bestimmten Verbänden und Kammern (§ 8 III Nr. 2–4) eingeräumt wird und nicht auch dem einzelnen Verbraucher, hat seinen Grund darin, die Risiken einer Popularklage zu vermeiden. Andernfalls müsste im Interesse der Wirtschaft vor übermäßigen Belastungen durch eine Vielzahl von Klagen wegen (angeblicher) Wettbewerbsverstöße das lauterkeitsrechtliche Schutzniveau abgesenkt werden (Begr. RegE UWG 2004 zu § 8, BT-Drs. 15/1487, 22). Im Übrigen ist der Verbraucher ausreichend durch das **Bürgerliche Recht** geschützt, das ein sorgfältig abgestuftes und ausdifferenziertes System von **vertraglichen** und **deliktischen** Ansprüchen des Verbrauchers bereithält (näher → § 8 Rn. 3.4; → § 9 Rn. 1.10; BGH GRUR 2017, 748 Rn. 30; BGH GRUR 2009, 980 Rn. 10 ff. – *E-Mail-Werbung II;* BGH NJW 2017, 2119 Rn. 30; *Köhler* GRUR 2003, 265 (267) und GRUR 2012, 1073 (1080); *Engels/Salomon* WRP 2004, 32 (33); *Lettl* GRUR 2004, 449 (460); Harte/Henning/*Keller* § 2 Rn. 173). Eine Schutzlücke ist nicht erkennbar und sollte sie künftig einmal entstehen, müsste sie im Bürgerlichen Recht und nicht etwa im Lauterkeitsrecht geschlossen werden. Wollte man dem Verbraucher zusätzlich ein lauterkeitsrechtliches Vertragsauflösungsrecht oder einen lauterkeitsrechtlichen Schadensersatzanspruch einräumen, so **39**

würde das bürgerlichrechtliche Sanktionensystem empfindlich gestört. Aus diesem Grund hat der Gesetzgeber völlig zu Recht klargestellt, dass § 3 nicht als Schutzgesetz iSd § 823 II BGB anzusehen ist, vielmehr die §§ 8–10 die lauterkeitsrechtlichen Sanktionen von Wettbewerbsverstößen abschließend regeln (ganz hM; → § 8 Rn. 3.4; jurisPK/*Seichter* § 8 Rn. 24; aA *Sack* GRUR 2004, 625 (629 f.); *Sack* WRP 2009, 1330). Eine Ausnahme gilt insoweit nur für die Strafbestimmungen der §§ 16–19, da insoweit keine erschöpfende Regelung der zivilrechtlichen Rechtsfolgen erfolgt ist (vgl. Begr. RegE UWG 2004 zu § 8, BT-Drs. 15/1487, 22).

D. Schutz des Allgemeininteresses an einem unverfälschten Wettbewerb

I. Fragestellung

40 Als weiteren Schutzzweck führt § 1 S. 2 das „Interesse der Allgemeinheit an einem unverfälschten Wettbewerb" an. Was das im Einzelnen bedeutet, bedarf noch der Klärung (vgl. dazu Harte/Henning/*Podszun* Rn. 61 ff.; *Pichler,* Das Verhältnis von Kartell- und Lauterkeitsrecht, 2009, 143 ff.).

II. Abgrenzung zu sonstigen Allgemeininteressen

41 Die ältere Rspr. hatte der Generalklausel des § 1 UWG 1909 noch die Funktion beigemessen zu verhindern, dass Wettbewerb *„unter Missachtung gewichtiger Interessen der Allgemeinheit"* betrieben wird (BGH GRUR 1997, 761 (764) – *Politikerschelte;* BGHZ 140, 134 (138 f.) = GRUR 1999, 1128 – *Hormonpräparate;* BGHZ 144, 255 (266) – *Abgasemissionen;* BGH GRUR 2000, 237 (238) – *Giftnotrufbox;* BGH GRUR 2002, 360 (362) – *H. I. V. POSITIVE II*). Dabei blieb aber unklar, was unter solchen Allgemeininteressen zu verstehen war. Seit Inkrafttreten des UWG 2004 ist diese Frage geklärt. Der klare Wortlaut des § 1 S. 2 („Interesse der Allgemeinheit an einem unverfälschten Wettbewerb") schließt eine Deutung aus, auch sonstige, außerhalb der Schutzzwecke des UWG liegende Allgemeininteressen mittels des Lauterkeitsrechts zu schützen. Dass die **europäischen** und **deutschen Grundrechte** den Anwendungsbereich des § 3 einschränken können, steht auf einem anderen Blatt. Vielmehr geht es in § 1 S. 2 ausschließlich um das Allgemeininteresse an einem unverfälschten Wettbewerb. Wie in der Begründung des RegE UWG 2004 ausgeführt, ist der Schutz „sonstiger Allgemeininteressen weiterhin nicht Aufgabe des Wettbewerbsrechts" (vgl. Begr. RegE UWG 2004 zu § 1, BT-Drs. 15/1487, 16). Das Lauterkeitsrecht soll und darf nicht zu Zwecken instrumentalisiert werden, die außerhalb seines Regelungsbereichs, nämlich des **Marktverhaltens,** liegen (*Köhler* NJW 2002, 2761 (2763); *Ullmann* GRUR 2003, 817 (821)). Anliegen etwa des Schutzes der **Rechtspflege,** des **Arbeitnehmerschutzes,** des **Umweltschutzes,** des **Tierschutzes** usw lassen sich mit dem Instrumentarium des Lauterkeitsrechts nicht durchsetzen, außer wenn die Interessen der Marktteilnehmer (und ggf. der Wettbewerb) betroffen sind (ähnlich Harte/Henning/*Podszun* Rn. 71). „Das UWG hat den Wettbewerb zu schützen. Andere Gesetze haben andere Schutzzwecke" (*Geis* FS Tilmann, 2003, 121 (128)). Dies gilt auch dann, wenn solche Allgemeininteressen grundgesetzlich geschützt sind. Diese Selbstbeschränkung des Lauterkeitsrechts auf seine eigentliche Funktion als Regelung des Marktverhaltens kommt im Erfordernis einer „geschäftlichen Handlung" (§ 2 I Nr. 1) und auch im Rechtsbruchtatbestand (§ 3a), der von Marktverhaltensregelungen spricht, zum Ausdruck.

beck-shop.de
DIE FACHBUCHHANDLUNG

III. Schutz des Wettbewerbs als Institution

1. Allgemeines

42 Die getrennte Erwähnung des Interesses der Allgemeinheit an einem unverfälschten Wettbewerb in § 1 S. 2 macht deutlich, dass es noch um mehr geht als um den Schutz der Marktteilnehmer und deren individuelle oder kollektive Interessen: Es geht um den Schutz des Wettbewerbs als **Institution.** Das ist aber keine neue Einsicht, vielmehr war dies bereits zum früheren Lauterkeitsrecht anerkannt (vgl. BVerfG GRUR 2002, 455 – *Tier- und Artenschutz; Baumbach/Hefermehl,* 22. Aufl. 2001, Einl. Rn. 51; *Raiser,* Rechtsschutz und Institutionenschutz im Privatrecht, 1963, 156; *Möschel,* Pressekonzentration und Wettbewerbsgesetz, 1978, 133 ff.).

2. Begriff des unverfälschten Wettbewerbs

a) Unionsrechtliche Grundlagen. Der Begriff des „unverfälschten Wettbewerbs" in § 1 S. 2 knüpft an die Terminologie des Unionsrechts an. Das gilt zunächst für das primäre Unionsrecht (vgl. ex-Art. 3 lit. g EG: „Schutz des Wettbewerbs vor Verfälschungen"; nunmehr Protokoll Nr. 27 über den Binnenmarkt und den Wettbewerb v. 13.12.2007, ABl. 2007 C 306, 156: „Der Binnenmarkt umfasst ein System, das den Wettbewerb vor Verfälschungen schützt"). Er bezieht sich insoweit nicht nur auf das Kartellrecht (vgl. Art. 101 I AEUV: „Verfälschung des Wettbewerbs"), sondern auch auf das Markenrecht (vgl. EuGH GRUR 2003, 604 Rn. 48 – *Libertel*) und vor allem auf das Lauterkeitsrecht. Das gilt weiter für das sekundäre Unionsrecht. So heißt es in Erwägungsgrund 3 der Werbe-RL 2006/114/EG, dass irreführende und unzulässig vergleichende Werbung geeignet sei, „zur Verfälschung des Wettbewerbs im Binnenmarkt zu führen". In Erwägungsgrund 8 S. 2 UGP-RL heißt es „… und gewährleistet damit einen lauteren Wettbewerb …". – Der Begriff des unverfälschten Wettbewerbs bringt damit zum Ausdruck, dass der reale Wettbewerbsprozess auf Grund eines wettbewerbswidrigen Verhaltens eines Marktteilnehmers einen anderen Verlauf nimmt oder doch nehmen kann. Unverfälscht ist der Wettbewerb in Bezug auf das Lauterkeitsrecht folglich dann, wenn er nicht durch unlautere geschäftliche Handlungen verzerrt wird und sich sonach frei entfalten kann. Der Schutz des unverfälschten Wettbewerbs ist daher iErg nichts anderes als der Schutz des **freien Wettbewerbs** (vgl. BGH GRUR 2002, 825 – *Elektroarbeiten; v. Ungern-Sternberg* FS Erdmann, 2002, 741 (763)). Darin enthalten ist der Schutz der Grundbedingungen und der Funktionen des Wettbewerbs (dazu *Hetmank* GRUR 2014, 437). **43**

b) Abgrenzung zum Begriff des „Leistungswettbewerbs". Nicht dagegen geht es in § 1 S. 2 um den Schutz des sog. **Leistungswettbewerbs,** dh des Wettbewerbs mit Preis und Qualität einer Ware oder Dienstleistung. Dieser Begriff wurde zwar (seit RGZ 134, 342) auch in der Schutzzweckdiskussion zum UWG vielfach (FBO/*Fezer* § 3 Rn. 379 ff.; vgl. auch *Hetmank* GRUR 2014, 437 (439)) und auch vom BGH und vom BVerfG verwendet (vgl. BGH GRUR 1971, 322 (323) – *Lichdi-Center;* BVerfG GRUR 2001, 1058 (1059 f.) – *Therapeutische Äquivalenz;* BVerfG 2002, 455 – *Tier- und Artenschutz;* BVerfG GRUR 2008, 81 (82) – *Pharmakartell*). Er soll den Gegensatz zum (unlauteren) Nichtleistungswettbewerb ausdrücken. Doch kann der Begriff des Leistungswettbewerbs von vorneherein bestimmte Erscheinungsformen des Wettbewerbs, wie zB den Nachfragewettbewerb oder den Wettbewerb um die Aufmerksamkeit des Kunden, nicht erfassen (vgl. BGH GRUR 2002, 360 (367) – *H. I. V. POSITIVE II;* „Leistungswettbewerb…, auf dessen Schutz sich der Zweck des Wettbewerbsrechts allerdings nicht beschränkt"). Auch ist der Begriff unklar, weil es an praktikablen Kriterien zur Konkretisierung dessen, was „Leistung" und was „Nichtleistung" sein soll, fehlt, wie sich vor allem am Beispiel der Aufmerksamkeitswerbung und der Preisunterbietung zeigt (vgl. *Köhler,* Wettbewerbs- und kartellrechtliche Kontrolle von Nachfragemacht, 1979, 23 ff.). Auf viele Fragestellungen (zB Beurteilung belästigender Werbung) ist er von vornherein nicht zugeschnitten. Vor allem lässt sich der Begriff dazu missbrauchen, geschäftliche Handlungen, die nicht einem tradierten Wettbewerbsverständnis entsprechen, als „Nichtleistungswettbewerb" und damit als unlauter zu brandmarken. Ob die Unterscheidung zwischen Leistungswettbewerb und Nichtleistungswettbewerb im Kartellrecht praktikabel ist (vgl. einerseits BGHZ 199, 289 Rn. 55, 56 – *Stromnetz Berkenthin,* andererseits Immenga/Mestmäcker/*Möschel* GWB § 19 Rn. 102 ff.; Immenga/Mestmäcker/*Markert* GWB § 20 Rn. 15 ff.), mag dahinstehen. Jedenfalls eignet er sich nicht für das Lauterkeitsrecht (GLE/*Leistner* § 4 Rn. 21 ff.; Harte/Henning/*Podszun* Rn. 91; *Schricker/Henning-Bodewig* WRP 2001, 1367 (1396); Ohly/Sosnitza/*Sosnitza* Rn. 5; *v. Ungern-Sternberg* FS Erdmann, 2002, 741 (759)). Auch der UGP-RL ist der Begriff des Leistungswettbewerbs fremd. Er sollte daher jedenfalls für den Bereich des UWG aufgegeben werden, weil er in Grenzfällen nicht zur Abgrenzung zwischen lauteren und unlauteren geschäftlichen Handlungen beitragen kann. **44**

DIE FACHBUCHHANDLUNG

E. Das Verhältnis der Schutzzwecke zueinander

I. Gleichrangigkeit des Schutzes der Mitbewerber und des Schutzes der Verbraucher und sonstiger Marktteilnehmer

1. Parallelität der Schutzzwecke

45 Nach § 1 S. 1 stehen der Schutz der Mitbewerber (Horizontalverhältnis) und der Schutz der Verbraucher und sonstigen Marktteilnehmer (Vertikalverhältnis) **gleichrangig** nebeneinander. Nach § 1 S. 2 soll das UWG damit zugleich das Interesse der Allgemeinheit an der Erhaltung eines unverfälschten und damit funktionsfähigen Wettbewerbs schützen (vgl. Begr. RegE UWG 2004 zu § 1, BT-Drs. 15/1487, 16). Dies wird als **„integriertes Modell eines gleichberechtigten Schutzes der Mitbewerber, der Verbraucher und der Allgemeinheit"** bezeichnet (Begr. RegE UWG zu § 1, BT-Drs. 15/1487, 16). In den meisten Fällen werden durch eine unlautere geschäftliche Handlung die Interessen nicht nur der Mitbewerber, sondern auch der Marktgegenseite (Verbraucher und sonstige Marktteilnehmer), wenngleich vielfach in unterschiedlichem Ausmaß, berührt. Die Bekämpfung der Maßnahme dient dann dem Schutz aller Marktteilnehmer.

2. Selbständigkeit der Schutzzwecke

46 Gleichrangigkeit bedeutet aber auch **Selbständigkeit** der Schutzzwecke. Unlauterkeit kann daher auch dann vorliegen, wenn entweder nur die Interessen der Mitbewerber oder nur die Interessen der Marktgegenseite berührt sind. So kann der Vertrieb einer Produktnachahmung unlauter sein, auch wenn ausschließlich die Interessen des Originalherstellers als Mitbewerber betroffen sind (vgl. § 4 Nr. 3 lit. c), die Interessen der Verbraucher dagegen in keiner Weise berührt werden. Umgekehrt kann die Werbemaßnahme eines Monopolisten unter dem Aspekt des Verbraucherschutzes (zB wegen Irreführung) unlauter sein, obwohl davon keine Mitbewerber betroffen sind. Auch bei Maßnahmen der belästigenden Werbung (§ 7) kann es sich so verhalten, dass Interessen der Mitbewerber nicht oder nur am Rande betroffen sind.

beck-shop.de
DIE FACHBUCHHANDLUNG

3. Konflikt der geschützten Interessen

47 Problematisch sind allein Fälle, in denen es zu einem **Konflikt** der Interessen zwischen den betroffenen Mitbewerbern einerseits und den Interessen der Marktgegenseite andererseits kommt. Vielfach ist der Konflikt durch eine klare gesetzliche Entscheidung gelöst. So etwa bei Verstößen gegen das Ladenschlussgesetz, die nach § 3a lauterkeitsrechtlich sanktioniert sind. Zwar haben Verbraucher ein Interesse an längeren Ladenöffnungszeiten. Doch dieses Interesse hat der Gesetzgeber zu Gunsten des Schutzes der Arbeitnehmer und der Mitbewerber bewusst zurückgestellt. In anderen Fällen muss der Konflikt durch Auslegung der betreffenden Norm entschieden werden. Am Beispiel einer vergleichenden Preiswerbung, bei der der Werbende immer wieder gezielt solche Produkte aus dem Sortiment eines Mitbewerbers auswählt, bei denen der Preisunterschied überdurchschnittlich groß ist (vgl. EuGH GRUR 2003, 533 Rn. 82 – *Pippig Augenoptik/Hartlauer*): Daraus mag der Verkehr den Eindruck gewinnen, dass die vom Mitbewerber geforderten Preise generell überhöht seien und darin könnte man eine „Herabsetzung" des Mitbewerbers iSd § 6 II Nr. 5 erblicken. Andererseits besteht ein Interesse der Verbraucher daran, die tatsächlichen Preisunterschiede bei den verglichenen Produkten und nicht nur den durchschnittlichen Unterschied zwischen den vom Werbenden und den vom Mitbewerber verlangten Preisen zu erfahren. – Die Lösung solcher Konflikte hat letztlich anhand einer **Abwägung der Interessen** der Mitbewerber und der Verbraucher zu erfolgen (vgl. auch BGHZ 139, 378 (383 f.) – *Vergleichen Sie*). Im konkreten Fall hat der EuGH (GRUR 2003, 533 Rn. 82 – *Pippig Augenoptik/Hartlauer*) zu Gunsten der Verbraucherinteressen entschieden, weil vergleichende Werbung dazu beitragen solle, die Vorteile der verschiedenen vergleichbaren Erzeugnisse objektiv herauszustellen (vgl. Erwägungsgrund 6 Werbe-RL 2006/114/EG).

II. Verhältnis des Institutionsschutzes zum Marktteilnehmerschutz

1. Ergänzungsfunktion

a) Allgemeines. Mit dem Schutz der Marktteilnehmer vor unlauterem Wettbewerb wird zugleich auch immer der Wettbewerb als Institution geschützt. Zutr. heißt es in der Begründung zum RegE UWG 2004, der eigentliche Zweck des UWG liege darin, das Marktverhalten der Unternehmen im Interesse der Marktteilnehmer, insbes. der Mitbewerber und der Verbraucher und damit (!) zugleich das Interesse der Allgemeinheit an einem unverfälschten Wettbewerb zu regeln (Begr. RegE UWG 2004 zu § 1, BT-Drs. 15/1487, 16). Auch die UGP-RL steht auf diesem Standpunkt (vgl. Erwägungsgrund 8 S. 2 UGP-RL). Umgekehrt ist eine Verfälschung des Wettbewerbs ohne gleichzeitige nachteilige Auswirkungen auf Mitbewerber, Verbraucher oder sonstige Marktteilnehmer nicht vorstellbar. Dementsprechend hatte § 3 I UWG 2008 unlautere geschäftliche Handlungen nicht schlechthin verboten, sondern nur dann, wenn sie geeignet waren, die Interessen von Mitbewerbern, Verbrauchern oder sonstigen Marktteilnehmern spürbar zu beeinträchtigen. Dass § 3 I auf diese Spürbarkeitsklausel verzichtet, ändert daran nichts, weil die Spürbarkeit bei den einzelnen Unlauterkeitstatbeständen zu prüfen oder – bei den Per-se-Verboten – zu unterstellen ist. Dennoch ist der Schutz der Institution Wettbewerb nicht die bloße Folge des Schutzes der Marktteilnehmer. Eigenständige ergänzende Bedeutung als Schutzzweck kommt dem Allgemeininteresse an einem unverfälschten Wettbewerb sowohl auf der Tatbestandsebene als auch auf der Rechtsfolgenebene zu. **48**

b) Institutionsschutz auf der Tatbestandsebene. Ein Rückgriff auf das Allgemeininteresse an einem unverfälschten Wettbewerb ist insbes. in den Fällen der **allgemeinen Marktbehinderung** (dazu näher → § 4 Rn. 12.1 ff.) unerlässlich (aA *Ohly* GRUR 2004, 891 (894)). Es geht dabei um geschäftliche Handlungen, die zwar nicht von vornherein unlauter, aber doch wettbewerblich bedenklich sind. Wenn solche Handlungen entweder für sich allein oder iVm den zu erwartenden gleichartigen Maßnahmen von Mitbewerbern die ernstliche Gefahr einer Ausschaltung des Wettbewerbs auf dem betreffenden Markt begründen, rechtfertigt dies nach der Rspr. unter dem Gesichtspunkt des Institutionsschutzes das Unlauterkeitsurteil (vgl. BGHZ 114, 82 = GRUR 1991, 616 (617) – *Motorboot-Fachzeitschrift;* BGH GRUR 2001, 80 (81) – *ad-hoc-Meldung;* BGH GRUR 2001, 752 (753) – *Eröffnungswerbung;* BGH GRUR 2004, 960 (961) – *500 DM-Gutschein für Autokauf*). Die Ergänzungsfunktion kommt ferner dann zum Tragen, wenn der Nachteil einer unlauteren geschäftlichen Handlung für den einzelnen Marktteilnehmer für sich gesehen keine Auswirkungen auf den Wettbewerb hat, aber in der Summe doch den Wettbewerb verfälschen kann. **49**

beck-shop.de
DIE FACHBUCHHANDLUNG

c) Institutionsschutz auf der Rechtsfolgenebene. Das Allgemeininteresse an einem unverfälschten Wettbewerb rechtfertigt auch die Anspruchsberechtigung der in § 8 III Nr. 2–4 genannten Verbände, Einrichtungen und Kammern (vgl. BGH GRUR 2000, 1089 (1090) – *Missbräuchliche Mehrfachverfolgung;* BGH GRUR 2002, 357 (358) – *Missbräuchliche Mehrfachabmahnung*). Es rechtfertigt weiter die bundesweite Geltung eines Verbots auf Grund eines sich nur regional auswirkenden Wettbewerbsverstoßes (vgl. BGH GRUR 1999, 509 (510) – *Vorratslücken*). **50**

2. Begrenzungsfunktion

Dem Interesse der Allgemeinheit an einem unverfälschten Wettbewerb kann aber auch eine den Schutz der Mitbewerber oder der sonstigen Marktteilnehmer **begrenzende** Funktion zukommen. Insoweit kann es in der Tat zu **Schutzzweckkonflikten** kommen. So werden dem Interesse eines Herstellers, vor Produktnachahmungen geschützt zu werden, durch das Interesse der Mitbewerber und der Verbraucher am Vertrieb von Nachahmungen Grenzen gezogen (→ § 4 Rn. 3.4). **51**

F. Unternehmer als Normadressaten

I. Das UWG als Marktverhaltensrecht

52 Das UWG regelt das Verhalten von **Unternehmern** gegenüber Mitbewerbern, Verbrauchern und sonstigen Marktteilnehmern beim Absatz und Bezug von Waren oder Dienstleistungen, einschließlich des Abschlusses und der Durchführung von Verträgen. Normadressaten sind also Unternehmer einschließlich der Personen, die zugunsten eines Unternehmers handeln (§ 2 I Nr. 6).

II. Das Unternehmerleitbild des UWG

53 Der Schutz der Interessen von Mitbewerbern, Verbrauchern und sonstigen Marktteilnehmern wird durch entsprechende Verhaltensanforderungen an die Unternehmer gewährleistet. Daraus ergibt sich die Frage, welches **Maß an Rücksicht** auf die Interessen der Marktteilnehmer vom Unternehmer zu fordern ist. Dies ist die Frage nach dem **Unternehmerleitbild** des UWG. Im Verhältnis zu **Verbrauchern** (B2C), also im Anwendungsbereich der UGP-RL (B2C), wird dieses Unternehmerleitbild durch den Maßstab der **„beruflichen Sorgfalt“** (Art. 5 II lit. a iVm Art. 2 lit. h UGP-RL) bzw. **„unternehmerischen Sorgfalt“** (§ 3 II iVm § 2 I Nr. 7) festgelegt. Im Verhältnis zu **sonstigen Marktteilnehmern** sind mangels besonderer Regelung vergleichbare Maßstäbe anzulegen, wobei allerdings typischerweise geringere Verhaltensanforderungen zu stellen sind. Im Verhältnis zu **Mitbewerbern** ist von den Grundsätzen der **Wettbewerbsfreiheit,** der **Nachahmungsfreiheit** und der **Meinungsfreiheit** auszugehen. Beeinträchtigungen von Mitbewerbern bis hin zur Verdrängung vom Markt sind daher hinzunehmen, soweit sie kartellrechtlich nicht verboten sind und auch keine sonstigen besonderen Umstände vorliegen, die ein Verbot der Handlung erfordern.

beck-shop.de
DIE FACHBUCHHANDLUNG

Definitionen

2 (1) **Im Sinne dieses Gesetzes bedeutet**

1. **„geschäftliche Handlung“ jedes Verhalten einer Person zugunsten des eigenen oder eines fremden Unternehmens vor, bei oder nach einem Geschäftsabschluss, das mit der Förderung des Absatzes oder des Bezugs von Waren oder Dienstleistungen oder mit dem Abschluss oder der Durchführung eines Vertrags über Waren oder Dienstleistungen objektiv zusammenhängt; als Waren gelten auch Grundstücke, als Dienstleistungen auch Rechte und Verpflichtungen;**
2. **„Marktteilnehmer“ neben Mitbewerbern und Verbrauchern alle Personen, die als Anbieter oder Nachfrager von Waren oder Dienstleistungen tätig sind;**
3. **„Mitbewerber“ jeder Unternehmer, der mit einem oder mehreren Unternehmern als Anbieter oder Nachfrager von Waren oder Dienstleistungen in einem konkreten Wettbewerbsverhältnis steht;**
4. **„Nachricht“ jede Information, die zwischen einer endlichen Zahl von Beteiligten über einen öffentlich zugänglichen elektronischen Kommunikationsdienst ausgetauscht oder weitergeleitet wird; dies schließt nicht Informationen ein, die als Teil eines Rundfunkdienstes über ein elektronisches Kommunikationsnetz an die Öffentlichkeit weitergeleitet werden, soweit die Informationen nicht mit dem identifizierbaren Teilnehmer oder Nutzer, der sie erhält, in Verbindung gebracht werden können;**
5. **„Verhaltenskodex“ Vereinbarungen oder Vorschriften über das Verhalten von Unternehmern, zu welchem diese sich in Bezug auf Wirtschaftszweige oder einzelne geschäftliche Handlungen verpflichtet haben, ohne dass sich solche Verpflichtungen aus Gesetzes- oder Verwaltungsvorschriften ergeben;**
6. **„Unternehmer“ jede natürliche oder juristische Person, die geschäftliche Handlungen im Rahmen ihrer gewerblichen, handwerklichen oder beruflichen Tätigkeit vornimmt, und jede Person, die im Namen oder Auftrag einer solchen Person handelt;**