

Wettbewerbsrecht

Liebe Studentinnen,
liebe Studenten,

nach meiner Beobachtung und Einschätzung können sich viele von Ihnen den Schwerpunktvorlesungen nur nebenbei widmen, weil sie parallel auf die Übungen im Pflichtstoffbereich konzentrieren müssen. Der Besuch der Schwerpunktvorlesungen ist typischerweise eine erste Kontaktaufnahme mit dem Fach, das mit vollem Engagement erst gelernt wird, wenn es zu einem späteren Zeitpunkt des Studiums um die Vorbereitung auf die Examensklausur geht. In den mündlichen Vorlesungen zum Schwerpunkt konzentriere ich mich daher auf ausgewählte wichtige oder besonders anschauliche Inhalte und auf Verständniszusammenhänge in der Hoffnung, dass Sie auf diese Weise möglichst viel mitnehmen und verstehen, auch wenn sie sich dem Fach zunächst nicht mit voller Kraft widmen können. Die mündliche Vorlesungsveranstaltung ist deshalb nicht konsequent auf inhaltliche Vollständigkeit gerichtet (wie es notwendig wäre, wenn Sie Semesterabschlussklausuren schreiben würden).

Das Vorlesungsmanuskript strebt dagegen nach inhaltlicher Vollständigkeit und geht folglich in Teilen über die mündliche Veranstaltung hinaus. Es führt zum Beispiel Querbezüge zu den anderen Fächern des Teilschwerpunkts auf. Diese werden in der Vorlesung nicht oder nicht in der gleichen Ausführlichkeit behandelt, weil sich die Vorlesung stets auch an Einsteiger wendet, die das andere Fach noch gar nicht kennen. Das Vorlesungsmanuskript soll den in meiner Verantwortung liegenden Schwerpunktstoff für Sie studierbarer machen, das Rekapitulieren der Vorlesung erleichtern und eine Grundlage für die Vorbereitung auf die spätere Examensklausur liefern. Die Manuskripte werden im Laufe des Semesters, in dem die betreffende Vorlesung gehalten wird, ins Netz gestellt. Ich stelle sie grundsätzlich erst im Nachhinein zur Verfügung. So kann ich Dinge einarbeiten, die mir im Laufe der Vorlesung aufgefallen sind. Die Texte werden im Weiteren nicht aktualisiert, sondern drei Semester später, wenn die Vorlesung turnusgemäß wieder anzubieten ist, durch eine neue Version ersetzt. Wenn Sie sich anhand des Manuskripts auf die Examensklausur vorbereiten, sollten Sie jeweils auf die neuste Version zurückgreifen.

Viel Freude und Erfolg beim Schwerpunktstudium! (Gilt selbstverständlich auch für das Pflichtfachstudium.) Bitte wenden Sie sich an mich, wenn Sie Hinweise oder Anregungen zur Verbesserung der Vorlesung oder des Vorlesungsmanuskripts haben oder Ihnen Unrichtigkeiten auffallen.

Prof. Dr. Axel Beater

I. Teil: Grundlagen

§ 1: Überblick, Wettbewerb, Rechtsgeschichte

A. Terminologie

Gegenstand der Vorlesung ist das Recht gegen den unlauteren Wettbewerb. Es ist im **UWG** (= Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, Nomos Nr. 51) geregelt. Zur Vereinfachung wird im Folgenden der Ausdruck „Wettbewerbsrecht“ verwendet, der das Gebiet griffig von den Nachbargebieten (Äußerungsrecht, Medienrecht, Urheberrecht, Markenrecht, Kartellrecht) abgrenzt.

Die Bezeichnung „Recht des unlauteren Wettbewerbs“ ist falsch. Unlauterer Wettbewerb ist nicht rechtens, sondern soll gerade zurückgedrängt werden. Der deutsche Gesetzgeber hat deshalb vom „Gesetz zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs“ (1896) beziehungsweise vom „Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb“ (1909, 2004) gesprochen. Das österreichische Gesetz trug von Anfang an denselben Titel. Das schweizerische Gesetz hieß dagegen zunächst „Bundesgesetz über den unlauteren Wettbewerb“ (UWG 1943) und ist 1986 bewusst in „Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb“ umbenannt worden, denn es soll den lautereren und nicht den unlauteren Wettbewerb regeln; *Botschaft zum UWG 1986*, Bundesblatt (BBl.) II 1983, 1058.

Die Bezeichnung „Lauterkeitsrecht“ ist ebenfalls verfehlt, da sie unzutreffende Vorstellungen erweckt. Das UWG regelt allein die Unzulässigkeit des unlauteren, nicht dagegen die Zulässigkeit des lautereren Wettbewerbs.

Umgekehrt ist es nicht sinnvoll, in Bezug auf das Kartellrecht von Wettbewerbsrecht zu sprechen. Das Kartellrecht regelt nämlich nicht allgemein den Wettbewerb. Es enthält insbesondere keinen Generaltatbestand, der alle unzulässigen Wettbewerbspraktiken erfassen kann, sondern ist in seiner Grundstruktur eine Ansammlung abschließender Einzeltatbestände.

B. § 1 Abs. 1 UWG

Nach § 1 Abs. 1 UWG schützt das Wettbewerbsrecht die Marktteilnehmer vor unlauteren geschäftlichen Handlungen (Satz 1) und die Allgemeinheit vor Verfälschungen des Wettbewerbs (Satz 2).

I. Unternehmer, Marktteilnehmer

Für den Schutz vor unlauteren geschäftlichen Handlungen sind vier Akteure zu unterscheiden. Ihnen ist – wenn auch in verschiedener Form – gemeinsam, dass sie marktbezogen tätig sind, also entweder „geschäftliche Handlungen“ vornehmen oder „Anbieter oder Nachfrager von Waren oder Dienstleistungen“ sind oder „geschäftliche Entscheidungen“ treffen.

Der „*Unternehmer*“ ist in **§ 2 Abs. 1 Nr. 8 UWG** definiert. Er ist derjenige, der die unlautere geschäftliche Handlung entweder selbst vornimmt oder zu dessen Gunsten die Handlung vorgenommen wird. Im Deliktsrecht würde man von dem Täter sprechen, vor dessen Handlungen die Marktteilnehmer geschützt werden sollen. „Marktteilnehmer“ sind die drei in § 1 Abs. 1 Satz 1 UWG genannten und im Weiteren vorgestellten Akteure, § 2 Abs. 1 Nr. 3 UWG.

„*Mitbewerber*“ sind Unternehmen, die mit dem handelnden Unternehmen als Anbieter oder Nachfrager in einem konkreten Wettbewerbsverhältnis stehen, **§ 2 Abs. 1 Nr. 4 UWG** (Einzelheiten später).

„*Verbraucher*“ sind natürliche Personen, die Waren oder Dienstleistungen zu einem Zweck nachfragen oder anbieten, der keiner gewerblichen oder selbstständigen beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden kann, **§§ 13 BGB, 2 Abs. 2 UWG** (Einzelheiten später).

„*Sonstige Marktteilnehmer*“ sind Personen, die als Anbieter oder Nachfrager tätig, aber weder Mitbewerber noch Verbraucher sind, **§ 1 Abs. 1 Satz 1, 2 Abs. 1 Nr. 3 UWG**. In Betracht kommen hauptsächlich Unternehmen, die mit dem handelnden Unternehmen (siehe oben) nicht in einem Wettbewerbsverhältnis stehen (Einzelheiten später).

II. Schutz der Mitbewerber, Sonderdeliktsrecht

§ 1 Abs. 1 Satz 1 UWG nennt als erstes den Schutz der Mitbewerber vor unlauteren geschäftlichen Handlungen. Der Schutz des Mitbewerbers vor Beeinträchtigungen durch einen unternehmerischen Konkurrenten folgt prinzipiell den allgemeinen deliktsrechtlichen Regeln. Liegt eine unlautere geschäftliche Handlung vor, so erwachsen dem betroffenen Mitbewerber daraus Ansprüche auf Beseitigung und Unterlassung (§ 8 Abs. 1 Satz 1) und Schadensersatz (§ 9 Abs. 1 UWG) gegen den handelnden Unternehmer. Spezielle Tatbestände zum Schutz des Mitbewerbers sind vor allem in § 4

UWG normiert. Wichtig ist insbesondere das Verbot der gezielten Behinderung, § 4 Nr. 4 UWG.

Der Mitbewerberschutz ist die ursprüngliche Wurzel des Wettbewerbsrechts und läuft auf ein Sonderdeliktsrecht für Unternehmen hinaus.

Unternehmen, die einen Mitbewerber schädigen, unterliegen nach dem UWG Haftungsmaßstäben, die strenger sind als die der §§ 823 ff. BGB. Ein Unternehmen kann nämlich in besonderer Weise davon profitieren, wenn es den Mitbewerber irgendwie „ausschaltet“. Jeder Käufer, Lieferant und Geschäftspartner, der dem Mitbewerber abspenstig gemacht wird, ist potenziell ein eigener Neukunde. Umgekehrt trifft die Schädigung den Mitbewerber doppelt, wenn seine geschäftliche Einbuße zu einem direkten Vorteil des handelnden Unternehmens führt. Unlautere Geschäftspraktiken gegenüber dem Mitbewerber sind also besonders verlockend. Daher werden beispielsweise Äußerungen über den Mitbewerber nach strengeren Regeln behandelt.

Nach **§ 824 Abs. 1 BGB** kann ein Betroffener gegen kreditgefährdende Tatsachenangaben nur vorgehen, wenn die Äußerung „*der Wahrheit zuwider*“ gemacht wurde. Die Beweislast für die Unwahrheit liegt also beim betroffenen Anspruchsteller.

Demgegenüber verbietet **§ 4 Nr. 2 UWG** das Äußern geschäftsschädigender Tatsachen über den Mitbewerber, die „*nicht erweislich wahr*“ sind. Das ist eine gegenüber dem Äußernden strengere Regelung, da sie die Beweislast für die Richtigkeit der gemachten Tatsachenangaben dem Äußernden auferlegt. Auf diese Weise soll der betroffene Mitbewerber möglichst davor bewahrt bleiben, durch solche Praktiken geschäftliche Nachteile zu erleiden. Derartige Äußerungen sind für ihn besonders gefährlich. Sie können zum direkten Verlust von Kunden führen, lassen sich ohne weiteren Aufwand in die Welt setzen und können nur schwer bekämpft werden.

III. Verbraucher, sonstige Marktteilnehmer

Der Schutz der Verbraucher und der sonstigen Marktteilnehmer vor unlauteren geschäftlichen Handlungen ist in unterschiedlichen Zusammenhängen relevant. Sie werden unter anderem in ihren geschäftlichen Entscheidungen geschützt, insbesondere gegenüber aggressiven (§ 4a Abs. 1 Satz 1 UWG) oder irreführenden (§ 5 Abs. 1 UWG) geschäftlichen Handlungen.

Der Schutz der Verbraucher folgte bislang anderen dogmatischen Regeln als der Mitbewerberschutz. Dem einzelnen Verbraucher stehen gegenüber unlauteren geschäftlichen Handlungen weder Beseitigungs- noch Unterlassungsansprüche zu (§ 8 Abs. 3 Nr. 1 UWG ist bewusst auf Mitbewerber begrenzt und nennt Verbraucher nicht). Vielmehr schützt das UWG primär die Verbraucherschaft, also Kollektivinteressen. Dem allgemeinen Zivil- und Deliktsrecht sind derartige Schutzsubjekte und Schutzgüter fremd. Das Wettbewerbsrecht weicht davon prinzipiell ab. Nach **§ 8 Abs. 3 Nr. 3 UWG** sind Verbrauchereinrichtungen gegenüber Wettbewerbsverstößen klagebefugt. Die Interessen der Verbraucherschaft können also durch Verbandsklagen gewahrt werden.

In Ausnahme davon kann der einzelne Verbraucher nach **§ 9 Abs. 2 Satz 1 UWG** unter bestimmten Voraussetzungen einen Anspruch auf Schadensersatz haben. Der Gesetzgeber hat damit eine europäische Richtlinie umgesetzt. Er hat dies in einer Art und Weise getan, die die Regelung zu einem Fremdkörper im deutschen Recht macht.

Der Schutz der sonstigen Marktteilnehmer ist nochmals anders. Das UWG erkennt sie in materiell-rechtlicher Hinsicht zwar als Schutzsubjekt an. Der Wortlaut der §§ 8 ff. UWG macht aber keine Angaben über ihre Anspruchsberechtigung, während die Anspruchsberechtigung von Mitbewerbern explizit geregelt wird.

IV. Interesse der Allgemeinheit an einem unverfälschten Wettbewerb

Das UWG schützt weiterhin das „*Interesse der Allgemeinheit an einem unverfälschten Wettbewerb*“, **§ 1 Abs. 1 Satz 2 UWG**. Das Wettbewerbsrecht geht insoweit über seine deliktsrechtlichen Ursprungsstrukturen hinaus, die auf den Schutz von Individuen begrenzt sind. Die Regelung hat eine geringe praktische, wohl aber eine hohe dogmatische Bedeutung.

1. Materieller Verständnis- und Auslegungsmaßstab

Die Vorschrift ist Ausdruck des Umstands, dass Wettbewerb des rechtlichen Schutzes bedarf, um funktionieren zu können. Er entsteht nämlich weder von selbst noch bleibt er automatisch bestehen, wenn er einmal entstanden ist. Wettbewerb hat die Neigung, sich selbst aufzuheben. Der zentrale Grund dafür sind die beteiligten Unternehmen. Sie haben kein Interesse an Wettbewerb und der damit verbundenen Bedrohung ihrer eigenen Existenz. Es liegt auf der Hand, dass sie über Strategien nachsinnen, wie sie dem Wettbewerb ausweichen können.

„Geschäftsleute des gleichen Gewerbes kommen selten, selbst zu Festen und zur Zerstreung, zusammen, ohne dass das Gespräch in einer Verschwörung gegen die Öffentlichkeit endet oder irgendein Plan ausgeheckt wird, wie man die Preise erhöhen kann“, *Adam Smith, An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*, 1. Auflage, 1776; hier zitiert in Übersetzung durch Recktenwald, *Der Wohlstand der Nationen*, DTV München, 8. Auflage, 1999, S. 112.

Das Kartellrecht, das kein Gegenstand (mehr) des Schwerpunkts ist, verbietet deshalb insbesondere wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen zwischen Unternehmen (§ 1 GWB, Art. 101 Abs. 1 AEUV), also zum Beispiel Preisabsprachen. Ein solcher Vertrag würde den Wettbewerb zulasten der Allgemeinheit ausschließen und ist deshalb nichtig, § 134 BGB, Art. 101 Abs. 2 AEUV.

Aus wettbewerbsrechtlicher Sicht formuliert § 1 Abs. 1 Satz 2 UWG zunächst den übergeordneten Gesamtzusammenhang der materiellen Verbotstatbestände (§§ 3 – 6 UWG). Wenn Unternehmen beispielsweise den Geschäftsbetrieb ihrer Mitbewerber sabotieren und sie dadurch vom Markt fernhalten oder wenn sie Verbraucher durch Anwendung körperlicher Gewalt zu ungewollten geschäftlichen Entscheidungen veranlassen, dann verletzen sie nicht nur die Interessen der betroffenen Mitbewerber oder der Verbraucherschaft, sondern verfälschen eben auch den Wettbewerb als solchen. In den beiden Beispielen müssen daher bei der Auslegung und Anwendung der materiellen Verbotstatbestände nicht nur die Interessen der betroffenen Mitbewerber oder der Verbraucherschaft herangezogen werden, sondern auch das allgemeine Interesse an einem unverfälschten Wettbewerb. Das herrschende Verständnis spricht insoweit von einer wettbewerbsfunktionalen Auslegung (dazu später).

2. Sanktionierungsebene

Der Wettbewerb würde ungut zur Disposition einzelner stehen, wenn die gerichtliche Bekämpfung unerlaubter geschäftlicher Handlung allein davon abhängen würde, ob der jeweils Betroffene Klage erhebt oder nicht. Während das allgemeine Zivil- und Deliktsrecht keine Ansprüche der „Allgemeinheit“ kennt, sieht das UWG vor, dass grundsätzlich jeder Wettbewerbsverstoß auch Klagerechte von bestimmten Verbänden und Einrichtungen auslöst. Dahinter steht der Gedanke, dass Wettbewerbsverstöße eben auch das Interesse der Allgemeinheit an einem unverfälschten Wettbewerb verletzen. Es kommen sowohl Klagen auf Beseitigung und Unterlassung (§ 8 Abs. 1, Abs. 3 Nr. 2 – 4 UWG) als auch auf Gewinnabschöpfung (§ 10 Abs. 1 UWG) in Betracht.

C. Wettbewerb

§ 1 Abs. 1 Satz 2 UWG liegt die Wertung zugrunde, Wettbewerb sei etwas Gutes.

I. Das Wettbewerbsparadoxon

Die Bewertung, ob Wettbewerb und die durch ihn ausgelösten Marktprozesse etwas Gutes oder etwas Negatives sind, wird durch eine Besonderheit erschwert. Der Markt stellt den ungebremsten Eigennutz als eine besonders starke Triebfeder menschlichen Handelns in den Dienst der Allgemeinheit. Wettbewerb kombiniert also zwei geradezu gegensätzliche Größen miteinander, nämlich das eigenwohlorientierte Verhalten mit dem Gemeinwohl. Dieses Paradoxon, dass sich die strikte Orientierung des Einzelnen an eigensüchtigen Motiven zum Wohl aller auswirken kann, schließt einfache Bewertungen marktwirtschaftlicher Prozesse weitgehend aus.

Zahlreiche abwertende Pauschalurteile über marktwirtschaftliche Systeme erklären sich aus einer Beschränkung des Blickwinkels darauf, dass Marktwirtschaft und Wettbewerb egoistisches Verhalten begünstigen. Die Vorbehalte speisen sich im Einzelnen aus unterschiedlichen Quellen.

- Eine wichtige Komponente ist religiöser Natur. Im Mittelalter wurde das Kaufmannswesen, das nun einmal nicht von der Nächstenliebe, sondern durch das Profitstreben geleitet wird, von der Kirche vielfach bekämpft.
- Ein weiterer Aspekt liegt möglicherweise in historisch-soziologischen Momenten. „Nur wagemutige, abgebrühte Kerle wagten es, im unsicheren Europa des Frühmittelalters mit Waren herumzureisen. Man musste schon abenteuerliches Blut in den Adern gehabt haben, um das Ungemach eines gefahrvollen Wanderlebens auf sich zu nehmen und damit Geld zu verdienen. Da zugleich die Kirche das Gewinnstreben verurteilte, musste es sich um gewissenlose Männer handeln,“ die den Kaufmannsstand bildeten.
- Andere setzen an den sozialdarwinistischen Zügen von Wettbewerb an oder kritisieren ganz allgemein die Unmenschlichkeit marktbedingter Ausleseprozesse. In den Augen von *Marx* und *Engels* hat der Wettbewerb „die persönliche Würde in den Tauschwert aufgelöst“ und

„kein anderes Band zwischen Mensch und Mensch übrig gelassen als das nackte Interesse, als die gefühllose bare Zahlung“. Auch *do ut des* stößt als menschlicher Handlungsmaßstab auf Vorbehalte.

Es kommt noch ein weiterer Aspekt hinzu, der heute durch die Mediengesellschaft ganz maßgeblich verstärkt wird. Menschen nehmen Steigerungen des persönlichen und des allgemeinen Wohlstands als selbstverständlich hin, während sie Einschränkungen ungleich stärker wahrnehmen. Weil sich „Leid“ medial besser „ausschlachten“ lässt und größeres Interesse auslöst als „Glück“, wird die öffentliche Wahrnehmung der Marktwirtschaft tendenziell dadurch bestimmt, dass in der Marktwirtschaft Menschen ihre Arbeit verlieren oder Unternehmen zusammenbrechen können. Die „Nachteile“ der Wirtschaft sind individuell sichtbar und dementsprechend gut zeigbar. Die mit der Marktwirtschaft verbundenen Vorteile kommen dagegen allen zu Gute und lassen sich daher nicht plakativ ausschachten. Sie geraten daher in der öffentlichen Wahrnehmung weitgehend aus dem Blick.

Die klassische Nationalökonomie ist der einseitigen Fixierung auf solche Aspekte bereits frühzeitig entgegengetreten und hat den Blick für die positiven Wirkungen von Wettbewerb geöffnet. Die Nächstenliebe ist in großen und offenen Gesellschaften als Handlungsmaxime überfordert. In den Augen von *Adam Smith* sind es nicht die Nächstenliebe oder die Gutmütigkeit („benevolence“) des Bäckers, die ihn zu nachtschlafender Zeit aufstehen lassen und dazu führen, dass wir unser täglich Brot und frische Brötchen erhalten können. Vielmehr animiere ihn seine Profitorientierung, die Brötchen zu backen und damit Vorteile für die Gesamtgesellschaft zu schaffen. Jeder, der einem anderen irgendeinen Tausch anbiete, schlage vor: Gib mir, was ich möchte, und du bekommst, was du brauchst. Durch solche Angebote erhielten wir alle guten Dienste, auf die wir angewiesen seien. Das, was wir zum Essen brauchen, erwarteten und erhielten wir nicht aufgrund des Wohlwollens des Metzgers, Brauers oder Bäckers, sondern dadurch, dass sie ihre eigenen Interessen wahrnahmen.

Im Anschluss an diesen Zusammenhang berufen sich Befürworter des Marktsystems auf den Gemeinwohlnutzen von Wettbewerb.

„Dadurch soll die Kraft der Nation aufs höchste gesteigert, Produktion und Handel zur höchsten Blüte gebracht werden. Jeder soll seinen Egoismus anspannen, um zu leisten, was er leisten kann; er soll Tag und Nacht auf Verbesserung sinnen, um dadurch sein Geschäft empor zu bringen und den

Gegner aus dem Felde zu schlagen“, *Kohler*, Der unlautere Wettbewerb, 1914, S. 17.

In den Augen des früheren EG-Vertrags ermöglicht Wettbewerb unter anderem eine „*harmonische, ausgewogene und nachhaltige Entwicklung des Wirtschaftslebens*“ und „*eine Hebung der Lebenshaltung und der Lebensqualität*“, **Art. 2 EG a.F.**

In den Augen des US-Supreme Court beschert die Marktwirtschaft eine bestmögliche Verteilung von Gütern, niedrigste Preise, die höchste Qualität und den größten Fortschritt, *Black J. in Northern Pacific Railway v. United States*, 356 U.S. 1, 4 (1958).

Der deutsche Gesetzgeber hat das GWB unter anderem damit begründet, dass dieses Gesetz die Freiheit des Wettbewerbs sicherstellen solle, um die dem Wettbewerb „innewohnenden Tendenzen zur Leistungssteigerung“ und die „bestmögliche Versorgung der Verbraucher“ zu gewährleisten, *Regierungsentwurf und Begründung zum GWB vom 22.1.1955*, BT-Drucks. II/1158, S. 21.

II. Wettbewerbsfunktionen

In der wettbewerbstheoretischen Literatur werden zahlreiche Wettbewerbsfunktionen unterschieden. Im Vordergrund stehen die wirtschaftspolitischen Funktionen.

Diese Funktionen lassen sich aus unterschiedlichen Blickwinkeln beschreiben. Es gibt keine einheitliche Terminologie. Wer mehr lesen möchte: *Beater*, Unlauterer Wettbewerb, 2011, Rdnr. 110 ff.

1. Steuerung von Warenangebot und Preis

Die wichtigste wirtschaftspolitische Funktion ist die Steuerung des Warenangebots und des Preisniveaus. Wettbewerb führt in der Einschätzung des Gesetzgebers „zur bestmöglichen Versorgung der Verbraucher“, *Regierungsentwurf und Begründung zum GWB vom 22.1.1955*, BT-Drucks. II/1158, S. 21. Wettbewerb basiert auf dem Prinzip von Angebot und Nachfrage und deren Bedeutung für den Preis. Überwiegt zum Beispiel die Nachfrage nach einem Gut das Angebot, so wird der Preis aufgrund des Wettbewerbs der Nachfrager um Abschlüsse mit den Anbietern solange steigen, bis Angebot und Nachfrage wieder ins Gleichgewicht gelangen. Solche steigenden Preise wiederum bieten Gewinnchancen und locken

andere Unternehmen an mit der Folge, dass sich das Angebot erweitert und die Preise sinken.

Diese Steuerung des Angebots erfolgt dezentral. Sie bestimmt sich nicht nach abstrakten Vorgaben, sondern nach den Wünschen der Abnehmer und den Möglichkeiten der Anbieter. Es ist allein die unsichtbare Hand des Marktes, die für eine Ausrichtung des Angebots an den Wünschen der Nachfrager sorgt. Der Markt zwingt die Unternehmen zugleich, sich den immer wieder ändernden Marktdaten (Modeströmungen, Kaufkraft etc.) dauernd anzupassen (Anpassungsflexibilität).

Das Wettbewerbssystem hat damit sämtlichen anderen, denkbaren Systemen den unschätzbaren Vorteil voraus, nicht mit angemäßigem Wissen über die Zukunft arbeiten zu müssen. Jede Planung von Wirtschaftsprozessen oder „optimaler Betriebsgrößen“ setzt Zielprojektionen voraus, die sich als völlig falsch erweisen können. Das Versagen der planwirtschaftlichen Systeme hat hierin eine seiner wichtigen Ursachen.

Marktwirtschaftliche Systeme verzichten bewusst auf konkrete Vorstellungen über die Zukunft. Sie halten damit den wettbewerblichen Prozess für alle im Voraus gar nicht absehbaren Entwicklungen offen und können so flexibel auf die sich unaufhörlich ändernden Daten reagieren.

Beispiel: Altenau

Fehlt der Wettbewerb, so stehen dem Abnehmer beziehungsweise dem Verbraucher keine Alternativen zu Verfügung. Die Anbieter brauchen sich nicht um die Wünsche ihrer Kunden zu kümmern und können ihre Preise beliebig hoch festsetzen.

2. Verteilungsfunktion

Unter Verteilungsfunktion versteht man, dass Wettbewerb für eine „leistungsgerechte“ Einkommensverteilung sorgt, indem er den Unternehmer mit dem höchsten Gewinn belohnt, der die „beste“, das heißt die am Markt erfolgreichste, Leistung anbietet. Die am Markt erfolgreichste Leistung ist diejenige, die von den Verbrauchern und unternehmerischen Abnehmern am stärksten nachgefragt wird. Ökonomisch wird also derjenige Anbieter belohnt, der den Nachfragern dasjenige anbietet, wofür sie ihr knappes Geld am ehesten ausgeben.

Die Marktwirtschaft geht davon aus, dass Verbraucher und unternehmerische Nachfrager selbst am besten wissen, was gut für sie ist. Die Verbraucher urteilen durch ihre Kaufentscheidungen („Abstimmung an der Ladentheke“) wie ein Schiedsrichter darüber, welcher Anbieter zum Zug kommt und welcher nicht. Wer Wettbewerb ausschließt, nimmt den Verbrauchern Wahlmöglichkeiten und entmündigt sie.

Ein Maßstab, der darauf abstellt, wofür Verbraucher und sonstige Nachfrager tatsächlich ihr Geld ausgeben, ist der vielleicht härteste Maßstab überhaupt. Solche Entscheidungen sind in meinen Augen „ehrlich“ und „aussagekräftig“, weil der Urteilende (= Verbraucher, unternehmerische Abnehmer) die Konsequenzen eines etwaigen Fehlkaufs selbst zu tragen hat. Dagegen bringen bloße Auskünfte (etwa im Rahmen von Meinungsumfragen), für deren Richtigkeit oder Falschheit der Äußernde nicht einzustehen hat, die Gefahr des „Maulheldentums“ mit sich. So findet etwa ein Großteil der Bevölkerung die Produktion von Eiern in Legebatterien nicht gut, kauft die aus solcher Produktion stammenden Eier aber trotzdem, weil diese – aufgrund ihrer Produktionsweise – eben weniger kosten als aufwändig ökologisch produzierte Eier.

3. Fortschrittsfunktion

Unter Fortschrittsfunktion versteht man, dass der Wettbewerb immer wieder zur Neuerung zwingt und damit sicherstellt, dass gegebenenfalls auch einer sich ändernden Nachfrage Rechnung getragen werden kann. Wettbewerb sorgt auf diese Weise zugleich für technischen Fortschritt.

Besondere Bedeutung hat dies für Innovationen. Wer ein überlegenes Produkt als erster auf den Markt bringt, erzielt einen Vorsprung. Die Konkurrenten sind deshalb gezwungen, die Neuerung entweder nachzuahmen oder die eigenen Produkte so zu verbessern, dass sie wieder wettbewerbsfähig sind.

„...die Buorgeoisie [= die Marktwirtschaft] hat bewiesen, was die Tätigkeit der Menschen zustande bringen kann. Sie hat ganz andere Wunderwerke vollbracht als ägyptische Pyramiden, römische Wasserleitungen und gothische Kathedralen. ... Die Buorgeoisie reißt durch die rasche Verbesserung aller Produktionsinstrumente, durch die unendlich erleichterte Kommunikation alle, auch die barbarischsten Nationen in die Zivilisation“, *Marx/Engels*, Manifest der Kommunistischen Partei, Reclam Stuttgart 1969, S. 26, 28.

4. Gesellschaftspolitische Funktionen

Besonders umstritten sind gesellschaftspolitische Funktionen des Wettbewerbs. Wettbewerb kann zu wirtschaftlicher Macht und Souveränität führen und hat damit auch eine gesellschaftspolitische Dimension. Die Einordnung, welche Funktion und Bedeutung dem Wettbewerb insoweit zukommt, berührt in besonderem Maße politische Überzeugungen und ist dementsprechend kontrovers. Eine „Nation aus Ladenbesitzern“, als die Großbritannien häufig charakterisiert worden ist, funktioniert und verhält sich anders als eine „Gesellschaft der Arbeiter und Bauern“, **Art. 1 DDR-Verfassung 1974**.

Ein sozialistisches System wird beispielsweise privatwirtschaftliche Vereinigungen wegen ihrer Tendenz zur „*Begründung wirtschaftlicher Macht*“ verbieten, **Art. 14 Abs. 1 DDR-Verfassung 1974**. Die marxistische These, eine Akkumulation privater ökonomischer Macht führe zu einer verhängnisvollen Zusammenballung politischer Macht, gilt nicht weniger für den Staat selbst. Den praktischen Beweis dafür, dass es besser ist, dem Privatmann ökonomische Macht vorzuenthalten und diese Macht stattdessen allein beim Staat selbst zu konzentrieren, hat der Marxismus jedoch schwerlich geliefert. Es gibt in der Geschichte der Industriestaaten bis heute kein Beispiel dafür, dass politische Macht, die eine Verfügung über die Produktionsmittel einschließt, mit der politischen Freiheit der Bürger vereinbar ist.

Verfechter von Wettbewerbssystemen, die auf individuellen Freiheiten basieren, sehen deren Vorteil auch in Demokratie- und Freiheitsaspekten. Wettbewerb und individuelle Freiheiten erlauben jedermann, selbst seines Glückes Schmied zu sein. In ökonomischer Hinsicht folgt daraus, dass aufgrund der dynamischen Komponente des Wettbewerbs prinzipiell jedermann durch Wettbewerb zu Reichtum gelangen und „Macht“ erwerben beziehungsweise Reichtum und „Macht“ verlieren kann. Offene Märkte schließen Standesprivilegien Einzelner aus. Sie lassen es nicht zu, dass die Möglichkeit ökonomischen Wohlergehens wie zu Zeiten der Zünfte das garantierte Vorrecht eines exklusiven Zirkels ist, der sich auf die Mitglieder der Zunft beschränkt. In den Augen des GWB-Gesetzgebers sind „politische Demokratie und Marktwirtschaft ... ohne Dezentralisierung der Macht nicht denkbar“, *Regierungsentwurf und Begründung eines Zweiten Gesetzes zur Änderung des GWB* vom 18.8.1971, BT-Drucks. VI/2520, S. 16.

a. Entmachtungsargument

Wenn Märkte offen sind, hat prinzipiell jedermann die Möglichkeit, durch Wettbewerb zu Reichtum zu gelangen. Wer arm ist, kann dies ändern.

Umgekehrt muss jeder durch Wettbewerb um seine in der Vergangenheit erworbene Position fürchten, wenn er sich zukünftig nicht mehr durchsetzen kann. Die Marktwirtschaft ist ein extremes „Entmachtungsinstrument“. Die wirtschaftliche Macht eines Unternehmens hält nur solange an, wie es den Verbrauchern und Nachfragern dasjenige anbietet, was die Verbraucher und Nachfrager wollen, und solange es dies besser tut als seine Mitbewerber. Sobald das Unternehmen Dinge anbietet, die die Verbraucher und Nachfrager nicht wollen, ist es mit seiner finanziellen „Macht“ vorbei.

Die Einführung des GWB ist vom Gesetzgeber ausdrücklich auch mit der Zielsetzung gerechtfertigt worden, dass ein freier Wettbewerb wirtschaftliche Macht da beseitigt, wo sie die Wirksamkeit des Wettbewerbs und die ihm innewohnenden Tendenzen zur Leistungssteigerung beeinträchtigt, *Regierungsentwurf und Begründung zum GWB vom 22.1.1955, BT-Drucks. II/1158, S. 21.*

Regierungsentwurf und Begründung eines Zweiten Gesetzes zur Änderung des GWB vom 18.8.1971, BT-Drucks. VI/2520, S. 16: „In gesellschaftspolitischer Sicht zerstören übermäßige Ballungen wirtschaftlicher Macht die Grundlage unserer freiheitlichen Ordnung. Politische Demokratie und Marktwirtschaft sind ohne Dezentralisierung der Macht nicht denkbar“.

b. Freiheitsargument

Standesprivilegien oder hohe Marktzutrittsschranken schließen freien Wettbewerb aus und zementieren bestehende gesellschaftliche Verhältnisse. Die gesellschaftspolitische Diskussion zieht daraus unterschiedliche, zum Teil sehr weitgehende Folgerungen. Wettbewerb setzt vielfach Kapital und damit Eigentum voraus, über dessen Einsatz der Unternehmer allein entscheiden können muss. Privatautonomie, Privateigentum und Wettbewerb gehören unmittelbar zusammen.

Von den großen westlichen Ländern am stärksten derart individualistisch und kapitalistisch geprägt sind die Vereinigten Staaten. Im amerikanischen Schrifttum wird Eigentum (*property*) manchmal sogar als die älteste Institution der Menschheit, älter als Verein, Ehe, Vertrag oder Religion vermutet.

Aus diesen Zusammenhängen wird von manchen abgeleitet, ein marktwirtschaftliches System sei in der Lage, ein Höchstmaß an wirtschaftlicher Handlungsfreiheit zu gewährleisten, etwa Vertragsfreiheit,

Gewerbefreiheit, Investitionsfreiheit, Eigentumsrecht, Vereinigungsfreiheit (Freiheitsargument).

c. Wohlstandsargument

Nach Zahlen des Stat. Bundesamtes ist das verfügbare Realeinkommen der privaten Haushalte in der Bundesrepublik zwischen 1950 und 1992 um das Vierfache (!) gestiegen, *Nieschlag/Dichtl/Hörschgen*, Marketing, 18. Auflage 1997, S. 50 f. mwN.

D. Rechtsgeschichte

I. Zünfte/Europa

Das Wettbewerbsrecht setzt eine Marktwirtschaft und damit Wettbewerbsfreiheit voraus. Die Wirtschaftsweise im Mittelalter war in Europa jedoch weitgehend von einem System der Gewerbeunfreiheit bestimmt, namentlich von den Zünften.

Die Zünfte kontrollierten als Berufszwangsverbände die Tätigkeit ihrer Mitglieder und konnten Zunftgenossen und Außenstehende auf Unterlassung und Schadensersatz in Anspruch nehmen. Insbesondere stand ihnen gegen Nichtmitglieder (Bönhasen) ein Pfändungsrecht bei handhafter Tat zu und sie machten davon nachhaltig Gebrauch. Das Zünftesystem war ein System der Wettbewerbsunfreiheit, das Wettbewerb und Konkurrenz ausschloss und Märkte völlig abschottete.

Die Zünfte verhinderten jeglichen wirtschaftlichen Fortschritt. Der Arbeitsprozess, das Herstellungsverfahren und damit die Qualität waren streng nach Überlieferung reglementiert. So wurden Verbesserungen und technischer Fortschritt und neue Produktionsverfahren unterdrückt, in Neuerern sah man gefährliche Konkurrenten. Das Schaffen neuer Produkte oder Qualitäten war unerwünscht.

Die nationalen Rechte gegen den unlauteren Wettbewerb sind weitgehend mit dem Aufkommen der Gewerbefreiheit entstanden, die sich in den einzelnen Ländern ganz unterschiedlich durchgesetzt hat.

Die Seefahrernation England hatte wettbewerbsfeindliche Strukturen besonders früh überwunden. Ausgangspunkt ist das „Statute of Monopolies“

von 1623, in dessen Folge England zum eindeutigen industriellen Vorreiter wurde. Im zentralistischen Frankreich konnten sich Zünfte und Zunftwirtschaft länger halten, wurden aber durch die französische Revolution endgültig überwunden.

Durch das Aufkommen von Gewerbefreiheit und Wettbewerb kam es zu neuen geschäftlichen Verhaltensweisen, so dass sich auch für die Gerichte neue Aufgaben stellen. Am Anfang stehen Fälle wie die betrügerische Reklame, das Anschwärzen von Konkurrenten und das Verletzen fremder Betriebsgeheimnisse. Die Richter griffen zur Beurteilung dieser Fälle auf die hergebrachten Deliktstatbestände zurück.

Da sich England und Frankreich zu den führenden Wirtschaftsnationen entwickelten, waren es auch die englischen und französischen Gerichte, die erste wettbewerbsrechtliche Urteile fällten. Die englischen Gerichte blieben dabei jedoch sehr zurückhaltend und beschränkten sich auf das Ausbilden weniger Spezialtatbestände. Dagegen entwickelte die Judikatur zum französischen Deliktsrecht etwa ab Mitte des 19. Jahrhunderts umfangreiche Regeln über die „concurrency déloyale“ (concurrere = lat.: zusammenlaufen, mit etwas zusammentreffen). Das französische Deliktsrecht beschränkte sich damit nicht auf einen abschließenden Katalog wettbewerbslich relevanter Einzeltatbestände, sondern schuf im Kern ein eigenständiges Wettbewerbsrecht.

Die Neuerungen des französischen Rechts griffen auf andere Länder über und dienten vielfach als Vorbild. So wurde etwa in der Schweiz und in Italien, deren Deliktsrechte dem französischen wesensverwandt sind, das allgemeine Verbot von concurrency déloyale von den Gerichten Ende des 19. Jahrhunderts übernommen.

Die spätere deutsche Bezeichnung „unlauterer Wettbewerb“ ist ebenfalls eine Übersetzung des französischen Begriffs *concurrency déloyale*. Gleichwohl etablierte sich das Wettbewerbsrecht in Deutschland nur sehr zögerlich.

II. Deutschland

1. Gewerbefreiheit

Die Situation in den deutschen Einzelstaaten zu Beginn des 19. Jahrhunderts war durch mehrere Faktoren gekennzeichnet. Deutschland war ein wirtschaftlich schwaches Land, das sich sehr um wirtschaftlichen Aufschwung und Anschluss an das Niveau seiner Nachbarn bemühte. Die

letzten Formen des Zünftwesens und die damit verbundenen wirtschaftlichen Beschränkungen konnten nur langsam überwunden werden. Wettbewerbs- und Gewerbefreiheit setzten sich in den einzelnen Ländern nur schleppend durch, wenn man von den unter französischem Einfluss stehenden Gebieten einmal absieht. Die Zersplitterung Deutschlands in viele Einzelstaaten war ein weiteres Hindernis auf dem Weg zu wirtschaftlicher Gesundung, insbesondere die notwendige Vereinheitlichung des Patentwesens kam nur unbefriedigend voran. Im Ergebnis konnten erst im Deutschen Reich die Grundlagen für ein modernes Wirtschaftsrecht gelegt und die Rechtszersplitterung überwunden werden.

Wichtig ist vor allem die zunächst für das Gebiet des Norddeutschen Bundes und später reichseinheitlich geltende **Gewerbeordnung vom 21.6.1869**. Nach deren § 4 stand „den Zünften und kaufmännischen Korporationen ... ein Recht, Andere von dem Betriebe eines Gewerbes auszuschließen“, nicht zu. Der Einfluss der Zünfte war mit dieser Regelung de jure endgültig überwunden. Man sah die Gewerbefreiheit als den Weg zu lebensvoller Entwicklung von Wirtschaft und Wohlstand an, so die *Motive zur GewO*, Verhdlg. des Reichstags des norddeutschen Bundes, 1869 Bd. 3, Drucks. Nr. 13, 107.

Die spätere **Reichsverfassung** wies in Art. 4 Nr. 5, Nr. 6 die Gesetzgebungskompetenz für Erfindungspatente und den Schutz des geistigen Eigentums dem Reich zu. Damit stand der Weg für die einheitliche Schutzgesetzgebung offen, die auch bald darauf einsetzte. Den Anfang machte **1874** das **Gesetz über Markenschutz** (dazu *Wadle*, JuS 1974, 761 ff.), aus dem später das Warenzeichengesetz hervorging. **1876** (\$) folgten mit den **Gesetzen betreffend das Urheberrecht** an Werken der bildenden Künste und betreffend den Schutz der Fotografien gegen unbefugte Nachbildung Vorläufer des heutigen Urhebergesetzes. Zur gleichen Zeit trat ferner das noch heute gültige Gesetz betreffend das Urheberrecht an **Mustern und Modellen** in Kraft. Den vorläufigen Abschluss bildete **1877** ein **Patentgesetz**.

2. Apollinaris-Entscheidung

Die genannten Gesetze erwiesen sich schnell als fehlerhaft und unzureichend. Dies ließ schnell Forderungen aufkommen, Fälle unlauteren Wettbewerbs rechtlich auch dann zu erfassen, wenn sie nicht Gegenstand eines gesetzlich speziell normierten Einzeltatbestands sind. Da das Wettbewerbsrecht deliktsrechtliche Bezüge hat, kann unlauteres Geschäftsverhalten unter Umständen auch durch Normen des allgemeinen Zivilrechts erfasst werden. Dementsprechend gab es im 19. Jahrhundert

eine Reihe unterschiedlicher Ansätze, unlauteren Wettbewerb über das Deliktsrecht einzufangen.

Der rechtsgeschichtlich bedeutsamste Vorstoß stützte sich auf die **Art. 1382, 1383 Code civil** und die daraus entwickelten Regeln über die concurrence déloyale. Da in Teilen Süddeutschlands französisches Recht galt, hatte die dortige Instanzrechtsprechung die wettbewerbsrechtlichen Regeln tendenziell übernommen und zum Teil auch außerhalb des Anwendungsbereichs des MarkenschutzG von 1874 Schutz gewährt.

RG vom 30.11.1880 (Apollinaris), RGZ 3, 67 ff. lehnte es jedoch ab, über die gesetzlich geregelten Bereiche hinaus wettbewerbsrechtliche Pflichten anzuerkennen. Die höchsten Richter gingen im Wege eines Umkehrschlusses davon aus, dass gegen unlauteren Wettbewerb nur vorgegangen werden könne, wenn die betreffende Handlung gesetzlich verboten sei und dass alles erlaubt sein müsse, was nicht verboten ist. Sie sahen daher das MarkenschutzG und das ADHGB als abschließende Regeln an, die nicht durch das allgemeine Bürgerliche Recht ergänzt werden können. Ein allgemeiner Grundsatz wie die concurrence déloyale sei dem deutschen Recht fremd. Für eine Abhilfe sei allein der Gesetzgeber zuständig.

3. UWG 1896

Die Rechtswissenschaft hatte der Beurteilung unlauteren Wettbewerbs zunächst vielfach abwartend oder hilflos gegenüber gestanden. Die Zahl der Stimmen, die dem RG eine zu enge Linie vorwarfen und sich für Schutz aussprachen, nahm aber allmählich zu. Seine Rechtsprechung wurde zunehmend als Irrweg erkannt. Das erste Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb wurde am 27. Mai 1896 verabschiedet. Es war ein nicht völlig gelungener erster Versuch, das Recht gegen den unlauteren Wettbewerb zu regeln („Zwitterding mit gewerbepolizeilicher Note“). Zahlreiche wichtige Grundentscheidungen des heutigen Rechts gehen aber auf das UWG 1896 zurück.

a. Die Grundwertung: Verbot unlauteren Wettbewerbs

Die Grundwertung des UWG 1896 deckte sich mit den damaligen wie heutigen wirtschaftspolitischen Auffassungen: Es bekannte sich zur Wettbewerbsfreiheit und verbot lediglich den unlauteren Wettbewerb. Das wichtige Grundprinzip des französischen Rechts, das Generalklauselsystem, übernahm das UWG 1896 jedoch nicht.

Man versprach sich von einer solchen Norm keine effektive Abhilfe, da die Gerichte auch die zuvor existenten Generalklauseln nicht zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs genutzt hatten. Das neue Gesetz sollte im Interesse der Rechtssicherheit auf eine solche Vorschrift verzichten und sich darauf beschränken, die besonders zu Tage tretenden Auswüchse des missbräuchlichen Wettbewerbs zu verhindern.

§ 1 UWG 1896 enthielt – für die damalige Zeit gewagt und umstritten – eine weitreichende Regel über verbotene Werbung, war aber im Übrigen ganz auf einzelne, eng umrissene Verbotsregeln beschränkt. Die Vorschrift sollte eine Lücke schließen und eingreifen, wenn die strafrechtlichen Betrugsvorschriften mangels einer Vermögensbeschädigung keinen Schutz vor „betrügerischer Reklame“ bieten konnten.

b. Zivil- und strafrechtliches System

Das UWG 1896 enthielt sowohl zivil- wie strafrechtliche Vorschriften, denen ursprünglich eine gleichrangige Bedeutung für die Steuerung des Wettbewerbs zugemessen wurde. Das Gesetz entschied sich für eine Mixtur aus Zivilrechts- und Strafnormen, wollte also eine Steuerung durch die Zivilgerichte und die Strafverfolgungsbehörden. Wettbewerb sollte lediglich äußersten Grenzen, nämlich bestimmten Strafrechtsbestimmungen und ausgewählten zivilrechtlichen Normen unterliegen.

Ende des 19. Jahrhunderts, als man das Wettbewerbsrecht nur als eine äußerste Schranke der Gewerbefreiheit begriff, war die Entscheidung für strafrechtliche Sanktionierungen sachgerecht. Das heutige Wettbewerbsrecht hat die Stufe einer äußersten Schranke jedoch weit überschritten. Im heutigen UWG gibt es kein gleichberechtigtes Nebeneinander von Zivil- und Strafrecht mehr. Es gibt nur noch einzelne UWG-Strafrechtsnormen und diese haben eine geringe Bedeutung. Letztlich hat sich nur das Zivilrecht als wirksames Instrument erwiesen, den Wettbewerb zu steuern.

c. Klagemöglichkeiten

Das UWG 1896 sah scheinbar erstmals Klagemöglichkeiten für gewerbliche Verbände vor. Die Regelungstechnik fand sich bereits im WZG 1894, die eigentlichen Wurzeln gehen jedoch auf das erst 1869 endgültig überwundene Zünftesystem zurück.

Bei Schaffung der Gewerbeordnung erkannte man zwar, dass Innungen als Institute gewerblicher Selbstverwaltung eine den Beteiligten erwünschte gemeinnützige Wirksamkeit entfalten können, hob aber deren Kontroll- und Disziplinierungsmöglichkeiten vollständig auf. Das erwies sich schon bald als Überreaktion. Die dadurch entstandenen Auswüchse und Missbräuche führten zu wirtschaftspolitischem Umdenken und machten Reparaturen durch den Gesetzgeber notwendig.

An ihrem Anfang standen die Leistungsschutzgesetze und der Gedanke nach Selbstregulierung der Wirtschaft. Er führte 1881 zum Wiederbeleben der Innungen, an deren Stärkung ein öffentliches Interesse ausgemacht wurde. WZG 1894, UWG 1896 und teilweise sogar das HGB setzten diese Entwicklung fort, die *Otto von Gierke* plastisch beschrieb: „Wir haben ja nicht nur die Gewerbefreiheit, sondern auch eine Gewerbeordnung! Zur Begründung der Gewerbefreiheit genügte ein einziger Gesetzesparagraf. Der gesamte weitere Inhalt der Gewerbeordnung besteht aus Einschränkungen der wirtschaftlichen Freiheit, und alle Novellen, alle Ergänzungsgesetze haben diese Schutzwehren gekräftigt“. Inhaltlich griff der Gesetzgeber dabei auf Instrumente zur Selbststeuerung der Wirtschaft zurück, die nach wie vor bekannt waren und sich bei den Zünften als effektive Lenkungsmechanismen erwiesen hatten.

Es ist auch festzuhalten, dass sich das deutsche Recht bewusst gegen eine verwaltungsbehördliche Steuerung entschied, die im Gesetzesberatungsverfahren vereinzelt gefordert wurde. Schon frühzeitig hatte sich die Überzeugung durchgesetzt, dass Gewerbeordnung und Gewerbeverwaltungsrecht nicht der richtige Ort für das Wettbewerbsrecht gewesen wären. Eine Steuerung durch Verwaltungsbehörden hätte möglicherweise zu stark an die überwundene Aufsicht durch die Zünfte erinnert und dem politischen Wunsch nach „Selbstregulierung“ widersprochen. Ende des 19. Jahrhunderts kam noch die praktische Schwierigkeit hinzu, dass eine solche Verwaltung überhaupt erst einmal hätte aufgebaut werden müssen.

4. UWG 1909

Die materiellen Bestimmungen des UWG 1896 erwiesen sich schon bald als zu starr und als ein ungeeignetes Mittel, Auswüchsen des Wirtschaftslebens begegnen zu können. Nach Schaffung des BGB und 13 Jahre nach dem ersten UWG kam es dann zu dem Gesetz vom 7. Juni 1909, das fast 100 Jahre lang galt und an dessen Spitze eine an § 826 BGB angelehnte Generalklausel stand (= § 1 UWG 1909).

„Wer im geschäftlichen Verkehre zu Zwecken des Wettbewerbes Handlungen vornimmt, die gegen die guten Sitten verstoßen, kann auf Unterlassung und Schadensersatz in Anspruch genommen werden“, § 1 UWG 1909.

Die Generalklausel war eine unglaubliche Neuerung, da sie erstmals eine umfassende rechtliche Steuerung des Wettbewerbs erlaubte, der doch eigentlich „frei“, also im damaligen Sinne unbeschränkt sein sollte.

Über Notwendigkeit und Entbehrlichkeit einer Generalklausel ist bereits vor dem UWG 1896 ausgiebig diskutiert worden. Der Verzicht auf eine solche Vorschrift durch das UWG 1896 erwies sich bald als falsch. Der 1900 in Kraft getretene **§ 826 BGB** schuf kaum Abhilfe. Im Verlauf des Gesetzgebungsverfahrens zum UWG 1909 wurde die Notwendigkeit einer Regelung immer unstrittiger. Von der Notwendigkeit überzeugt, bediente man sich des § 826 BGB als Anschauungsobjekt dafür, wie die neue Vorschrift aussehen sollte. § 1 UWG 1909 stellte daher entscheidend darauf ab, ob ein geschäftliches Verhalten „*gegen die guten Sitten*“ verstieß.

a. Kaiserreich, Weimarer Republik, NS-Zeit

Das Wettbewerbsrecht wurde zunächst als das „Sonderrecht einer Berufsklasse“ begriffen und man stellte für die Ausfüllung von § 1 UWG 1909 entscheidend auf die „Anschauung des ehrbaren Kaufmannes im Handelsverkehr“ ab; so die frühe Formulierung von RG vom 11.4.1901 (Dampfschiffsgesellschaft), RGZ 48, 114, 125 zu § 826 BGB. Die Generalklausel wurde als Fremdkörper begriffen und nur sehr zögernd angewendet. Man empfand die Anwendung des § 1 UWG 1909 als Stigmatisierung, da der Betreffende eben gegen die anständigen gewerblichen Gepflogenheiten verstoßen hatte. Das wettbewerbsrechtliche Verständnis war entsprechend auf reine Konkurrentenschutzinteressen beschränkt und definierte die Wettbewerbswidrigkeit allein danach, ob die fragliche Handlung geeignet war, dem Handelnden „im Erwerbsleben in unlauterer Weise vor den Mitbewerbern geschäftliche Vorteile zu verschaffen“, RG vom 14.3.1911 (Firmenrecht), GRUR 1911, 276. Interessen der Verbraucherschaft blieben bei der Rechtsanwendung außen vor.

Gegen Ende der Weimarer Republik bis etwa zur Mitte der 30er Jahre setzte in der reichsgerichtlichen Judikatur ein dogmatischer Wandel ein. Das RG wandte sich von der Deutung ab, dass das Wettbewerbsrecht in erster Linie oder sogar ausschließlich als ein individuelles Konkurrentendeliktsrecht zu begreifen sei. Nach RG vom 24.1.1928 (Markenverband), RGZ 120, 47, 49 trete das Wettbewerbsrecht vielmehr „in Wahrheit doch ... den Auswüchsen des Wettbewerbs auch im öffentlichen Interesse entgegen“ und überlasse

daher „die Verfolgung der betreffenden Rechtsverletzungen nicht dem Belieben des unmittelbar Verletzten allein“. Zu diesen Ansätzen *Beater*, Unlauterer Wettbewerb, 2011, Rdnr. 305 ff.

Hitlers Machtergreifung führte zu Veränderungen, die für das Wettbewerbsrecht zum Teil schleichend, zum Teil deutlich und plakativ sichtbar waren. Aus Sicht der nationalsozialistischen Lehren, die wirtschaftspolitisch zwar weitgehend indifferent waren, sich aber mit dem Prinzip unternehmerischer Freiheit und Selbstverantwortlichkeit allesamt nicht vertrugen, lag es nahe, die wettbewerbsrechtlichen Kollektivinteressen stark zu betonen („Gemeinnutz geht vor Eigennutz“). RG vom 7.1.1936 (Sonnenkind), RGZ 150, 55, 56 stellte beispielsweise für die Beurteilung persönlicher Reklame maßgeblich auf die „Belange der deutschen Volkswirtschaft“ ab und nicht mehr auf „anständige Gepflogenheiten“ unter Unternehmern.

Im Anschluss an ein Urteil des Großen Senats für Zivilsachen finden sich ab 1936 Urteilsformulierungen, die sich zur Definition der guten Sitten auf das „gesunde Volksempfinden“ beriefen, zum Beispiel RG vom 27.3.1936 (Diamantine), GRUR 1936, 810, 812. Im Schrifttum wurde bereits früh mit einer Diskussion insbesondere über die Frage begonnen, unter welchen Voraussetzungen ein Unternehmen ausländisch oder „arisch“ sei.

Nimmt man die einschlägige Rechtsprechung zum Maßstab, so dürfte die inhaltliche Zäsur zeitlich in etwa mit der Reichskristallnacht zusammenfallen. RG vom 25.2.1936 (Rechenschaftsbericht I), RGZ 150, 298, 303 sah Werbung, die auf den ausländischen oder jüdischen Charakter von Konkurrenzunternehmen verwies, noch als wettbewerbswidrig an. Es entspreche nicht den guten Sitten, wenn Eigenschaften, die mit dem Gegenstande des Wettbewerbs nichts zu tun hätten, nur zu dem Zwecke erwähnt würden, „um zur Förderung des eigenen Wettbewerbs gegen den Mitbewerber Stimmung zu machen“.

RG vom 4.2.1939 (Dachpappenfabrik II), GRUR 1939, 652, 654 knickte dann ein. Obwohl das Urteil Werbeanspielungen auf persönliche Eigenschaften von Mitbewerbern nach wie vor als wettbewerbswidrig ansah, hielt es den Hinweis auf die Zugehörigkeit eines Mitbewerbers zum Judentum oder auf den jüdischen Charakter eines gewerblichen Unternehmens für zulässig, da es der deutsche Volksgenosse ablehne, mit einem Juden in geschäftliche Verbindung zu treten oder eine solche aufrechtzuerhalten.

b. DDR und Wende

Das UWG blieb in der DDR erstaunlicherweise in Kraft, obwohl es aus der dortigen Sicht „aus den üblen Erfahrungen des Kapitalismus der freien Konkurrenz erwachsen“ war, „den dringenden Wünschen der Kapitalisten entsprach“, *Freitag* in: *Recht der Außenwirtschaft* 1968, Nr. 7/8, S. 1, 3. In den Augen der DDR erklärte sich das – westdeutsche – Verständnis der guten Sitten aus einem einzigen Anliegen, das „die Erhaltung des kapitalistischen Konkurrenzmechanismus, die Erhaltung der kapitalistischen Produktionsverhältnisse, die Sicherung der Ausbeutung“ bezweckte, so *Woltz*, *Zur Rolle des Rechts gegen den unlauteren Wettbewerb in der sozialistischen Gesellschaftsordnung*, Dissertation (B) Potsdam 1988, S. 195.

Die Gründe für die Nichtaufhebung hingen mit Außenhandelsinteressen der DDR und mit der PVÜ zusammen, der die Sowjetunion 1965 beigetreten und die nach DDR-Recht ab 1956 in Ostdeutschland „wieder anzuwenden“ war. Die praktische Bedeutung des UWG war aus unterschiedlichen Gründen freilich minimal. „Wirtschaftsrechtliche“ Streitigkeiten zwischen sozialistischen Betrieben, zum Teil auch zwischen den Betrieben und den wirtschaftsleitenden Organen, waren 1970 der Zuständigkeit der allgemeinen Gerichtsbarkeit entzogen und dem Staatlichen Vertragsgericht als Organ des Ministerrats zugewiesen worden, das nach anderen Rechtsgrundlagen judizierte.

Es kam insgesamt zu drei Entscheidungen des Obersten Gerichts der DDR zum UWG. In diesen Urteilen findet sich jedoch insbesondere keine Aussage zum Begriff der guten Sitten im Sinne von § 1 UWG 1909, die im Hinblick sowohl auf die unterschiedlichen Definitionen in der Weimarer und der NS-Zeit als auch im Hinblick auf die Systemunterschiede zwischen Markt- und Planwirtschaft sicher interessant gewesen wäre.

Nach *Woltz*, *Zur Rolle des Rechts gegen den unlauteren Wettbewerb*, Potsdam, 1988, 196 waren die guten Sitten für die sozialistische Rechtsordnung mit „neuem sozialistischen Inhalt“ zu füllen. Mit den guten Sitten konform gingen „alle in der DDR im Rahmen des volkswirtschaftlichen Reproduktionsprozesses vorgenommenen Handlungen, die der Festigung der sozialistischen Produktionsverhältnisse dienen, in Übereinstimmung mit den Prinzipien der kameradschaftlichen Zusammenarbeit stehen und sich im Rahmen der Gesetzlichkeit bewegen“.

Die deutsche Einheit hat dazu geführt, dass das Wettbewerbsrecht auf einmal mit völlig unterschiedlichen Geschäftsverhalten beziehungsweise mit

Unternehmen und Konsumenten konfrontiert wurde, die ein ganz anderes Wirtschaftssystem gewohnt waren. Dies hat den Gerichten durchaus Probleme bereitet, da ihre Rechtsprechung auf ein Unternehmer- und Verbraucherverhalten zugeschnitten war, wie es sich in Westdeutschland ausgebildet hatte.

Im Streitfall von BGH vom 9.2.1995 (Arbeitsplätze bei uns), GRUR 1995, 742 ff. warb ein ostdeutscher Lebensmittelhändler für Esswaren ostdeutscher Produktion mit der Fußnote: „Dieses Produkt schafft Arbeitsplätze bei UNS!“. Der BGH ließ die Werbung zu und dürfte dabei von der damaligen innenpolitischen Lage nicht unbeeinflusst gewesen sein. Mit der sonstigen Rechtsprechung des Gerichts zum damaligen Verbot gefühlsbetonter Werbung, an der das Urteil im Übrigen festhielt, lässt sich die Entscheidung schwerlich vereinbaren.

c. Bundesrepublik

Das Entstehen der Bundesrepublik im westlichen Teil Deutschlands hat die Rahmenbedingungen, auf die das Wettbewerbsrecht zugeschnitten ist und die es letztlich voraussetzt, nicht verändert beziehungsweise gegenüber der NS-Zeit wieder hergestellt. Das Gebiet sah sich zwar verfassungsrechtlichen Neuerungen gegenüber, doch betrafen diese im Unterschied zu den Veränderungen in der DDR nicht die Grundlagen, sondern eher Randfragen der Materie.

In wettbewerbsrechtlicher Hinsicht kehrte mit dem Untergang der Hitler-Diktatur das „Anstandsgefühl des verständigen Durchschnittsgewerbetreibenden“ als Maßstab für den Inhalt der guten Sitten zurück, zunächst im Schrifttum und dann auch in der Rechtsprechung.

Mit dieser Rückkehr lebte zugleich die Fixierung auf den Konkurrentenschutz wieder auf, zu deren Überwindung das RG gegen Ende der Weimarer Zeit angesetzt hatte. Diese Entwicklung war eine historische Gegenreaktion auf das Negieren individueller Unternehmensinteressen, das mit der „Gleichschaltung“ der Wirtschaft durch die Nationalsozialisten verbunden war. Eine solche Reaktion lag in den Anfangsjahren der neuen Bundesrepublik nahe, weil die innovativen Ansätze des RG von der NS-Ideologie kräftig missbraucht worden waren, während die ursprüngliche, auf den individuellen Konkurrentenschutz gemünzte, konservative Dogmatik insoweit unverdächtig geblieben war.

Es setzte sich im Weiteren immer stärker die Auffassung durch, dass es zur Bestimmung der guten Sitten beziehungsweise der Unlauterkeit nicht auf ethische oder moralische Anstandsmaßstäbe ankommt, sondern auf wettbewerbsbezogene Wertungen. Die zwischenzeitlichen Änderungen des UWG führten insbesondere 1965 zum Klagerecht für Verbraucherverbände (heute: qualifizierte Verbrauchereinrichtungen, **§ 8 Abs. 3 Nr. 3 UWG**), veränderten die Grundstruktur des Gesetzes aber kaum.

Anders liegt es dagegen mit dem materiellen Richterrecht. Die Gerichte hatten das UWG derart ausgedehnt, dass es in geradezu schädlicher Weise ausgewuchert war. Etwa 1995 setzt ein deutlicher Wandel ein, der die Verbotsfreudigkeit früherer Urteile korrigierte. BGH vom 5.2.1998 (Testpreis-Angebot), BGHZ 138, 55, 63 f. ließ – im Vorgriff auf eine Richtlinie der EU – die vergleichende Werbung zu und räumte damit wettbewerblichen Verbraucherinteressen eigenständiges Gewicht ein.

Dieser Wandlungsprozess war mitveranlasst und begleitet durch einen Einfluss des Europarechts, der immer dominanter geworden ist. Es hat den deutschen Gesetzgeber mehrfach und grundlegend tätig werden lassen.

5. UWG 2004

2004 hat der Gesetzgeber das UWG neu gefasst und strukturiert. Die entscheidende Neuerung liegt in der gesetzlichen Verankerung mehrerer wettbewerbsrechtlicher Schutzzwecke. Das UWG 1909 richtete sich nach traditionellem Verständnis allein an den Schutzinteressen aus, die unter Mitbewerbern bestehen. Das UWG 2004 fußte ansonsten auf denselben Grundprinzipien und zum Teil auch auf denselben Einzelnormen wie das UWG 1909. Seitdem ist das UWG aufgrund von zahlreichen europäischen Vorgaben in vielen Einzelheiten verändert worden und hat begonnen, seinen Charakter zu verändern. So hat etwa die Generalklausel durch die sehr detaillierten neuen Regelungen stark an Bedeutung verloren. Ebenso gibt es jetzt einen wettbewerbsrechtlichen Schadensersatzanspruch des einzelnen Verbrauchers.

Das UWG 2004 wurde – aus einem Größenwahndenken heraus – in seiner Strukturierung auf eine EU-Richtlinie zugeschnitten, die es damals noch gar nicht gab. Man deklarierte es als deutschen Versuch, bevorstehende Angleichungsmaßnahmen der EU auf dem Gebiet des Wettbewerbsrechts zu beeinflussen. Irgendeine Auswirkung auf den Inhalt der **RL 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken** hatte das UWG 2004 erwartungsgemäß nicht.

Der Gesetzgeber hat das UWG seitdem mehrfach novelliert. In der Regel geschah dies ebenfalls aufgrund von Vorgaben des Europarechts, weil die RL 2005/29/EG entweder noch nicht richtig umgesetzt wurde oder von europäischer Seite aus ergänzt wurde und neue Umsetzungsakte erforderlich machte.

§ 2: Rechtsgrundlagen und Rechtsanwendung

A. Unternehmerische Freiheit und Verbotstatbestände

Das Wettbewerbsrecht basiert auf dem Grundsatz der unternehmerischen Freiheit (auch: Gewerbefreiheit). Unternehmerische Tätigkeit ist „frei“. Sie ist erlaubt und erwünscht, um der Allgemeinheit die Vorteile zugutekommen zu lassen, die unternehmerische Initiative und die wohlfahrtsschaffenden Wirkungen der Marktwirtschaft mit sich bringen. Es spricht von Rechts wegen eine prinzipielle Vermutung für die Zulässigkeit geschäftlichen Handelns. Dementsprechend verbietet das UWG geschäftliche Handlungen nur, wenn sie unlauter sind. Das Gesetz fragt bewusst nicht nach der Zulässigkeit beziehungsweise der Lauterkeit von Wettbewerb. Die inhaltliche Fragestellung und Begründungslast liegt darin, Gründe für die Unlauterkeit beziehungsweise das Verbot von geschäftlichen Handlungen zu finden. Jede Anwendung von Normen des UWG schränkt die unternehmerische Wettbewerbsfreiheit ein. Solche Einschränkungen sind nur gerechtfertigt, wenn sie auf einem sachlich akzeptablen Grund beruhen. Gibt es einen solchen Grund nicht, so muss die unternehmerische Tätigkeit frei bleiben, also von Rechts wegen erlaubt sein.

Ein Beispiel ist die irgendwie „anstößige“ Werbung, die einen schockierenden Charakter hat, aber noch nicht die Schwelle eines Verstoßes gegen die Menschenwürde erreicht. Es wäre verfehlt, dem Werbenden die Rechtfertigung für die Zulässigkeit seiner Werbung aufzuerlegen beziehungsweise danach zu fragen, welchen legitimen Grund es beispielsweise für sexistische Werbung und entsprechende „Auswüchse“ im Wettbewerb gibt. Moralvorstellungen sind wichtig und Reklameaktionen oft widerlich. Es ist aber nicht die Aufgabe von Richtern, über moralische Standards zu befinden und eine justizielle Zensur zu üben. Die Durchsetzung von „richtigen“ Vorstellungen ist keine Angelegenheit des Wettbewerbsrechts, *Beater*, Unlauterer Wettbewerb, 2011, Rdnr. 2449 ff.

Das Schicksal solcher Werbung kann und muss allein dem Markt überlassen bleiben. Schockierende Werbung schafft sich auf diese Weise in aller Regel von selbst ab. Sie „funktioniert“ nämlich in den meisten Fällen nicht, weil sich die Werbeadressaten angewidert abwenden und im Extremfall das umworbene Produkt sogar bewusst meiden. Die Benetton-Werbung beispielsweise hat dem Unternehmen keinen geschäftlichen Aufwind verschafft und sogar zu Schadensersatzklagen der vertreibenden Einzelhändler geführt, etwa BGH vom 23.7.1997 (Benetton I), BGHZ 136, 295 ff.

B. Wettbewerbsfunktionale Anwendung und Schutzzwecke

Die §§ 3 – 6 UWG verwenden vielfach unbestimmte Rechtsbegriffe. Das sind Tatbestandsvoraussetzungen, mit denen der Gesetzgeber dem Rechtsanwender keine konkreten Vorgaben macht. Als Beispiele sind Ihnen aus dem Zivilrecht etwa „Treu und Glauben“ (§ 242 BGB) oder die „guten Sitten“ (§§ 138 Abs. 1, 817 Abs. 1, 826 BGB) bekannt. Das Wettbewerbsrecht kennt zum Beispiel das „gezielte Behindern“ (§ 4 Nr. 4 UWG), die „unzulässige Beeinflussung“ (§ 4a Abs. 1 Satz 2 UWG), die „irreführende“ Werbung (§ 5 Abs. 1 UWG) und als zentralen Grundbegriff die „Unlauterkeit“, § 3 Abs. 1 UWG.

Das Vorliegen dieser Tatbestandsvoraussetzungen ist unter Rückgriff auf die Funktionsweisen des Wettbewerbs („*unverfälschte[r] Wettbewerb*“, **§ 1 Satz 2 UWG**), die Schutzzwecke des Wettbewerbsrechts („*Schutz der Mitbewerber, Verbraucher und sonstigen Marktteilnehmer*“, **§ 1 Satz 1 UWG**) und die Teleologie der jeweiligen Vorschrift zu verstehen. Allgemein müssen dafür die geschäftliche Handlung und die betroffenen Interessen der Marktteilnehmer wettbewerbsbezogen bestimmt, in ihrem Gewicht bewertet und in ihrem Verhältnis zueinander gewichtet werden, ähnlich *Regierungsentwurf und Begründung zum UWG vom 22.8.2003*, BT-Drucks. 15/1487, S. 17.

I. „Wettbewerbsfunktionale“ Anwendung

Das zentrale inhaltliche Kriterium für die Bestimmung, Gewichtung und Bewertung der beteiligten wettbewerbsrechtlichen Schutzinteressen ist die Überlegung, wie Wettbewerb funktioniert (= „wettbewerbsfunktionale“ Rechtsanwendung) und wirkt. Wettbewerb beruht auf zwingenden Funktionszusammenhängen und kann ohne bestimmte Handlungsspielräume und -möglichkeiten nicht bestehen. Das Wettbewerbsrecht hat sich sozusagen an der „Natur der Sache“ zu orientieren.

Die Marktwirtschaft basiert zentral auf dem Zusammenspiel von Angebot und Nachfrage. Der dahinterstehende Mechanismus operiert mit Freiheiten, insbesondere mit der Wettbewerbs- und Angebotsfreiheit des Unternehmers und der Entscheidungs- und Nachfragefreiheit von Verbrauchern und unternehmerischen Abnehmern. Dadurch werden allen Beteiligten spezielle Funktionen und gleichermaßen Chancen wie Risiken zugewiesen, ohne die der Wettbewerb nicht funktioniert.

Der Unternehmer muss beispielsweise allein entscheiden können, welche Produkte er anbietet und welche Preise er verlangt, denn er hat die Folgen dieser Entscheidung im Guten wie im Schlechten zu tragen. Ist seine Entscheidung „falsch“, weil sie an den Wünschen der Nachfrager vorbeigeht, so bleibt er auf seiner Ware sitzen und wird durch den Markt bestraft. Ist seine Entscheidung „richtig“, weil sie eine bestehende Nachfrage befriedigt, so wird er vom Markt belohnt.

Die Abnehmer und Verbraucher wiederum entscheiden, ob ihnen die vom Unternehmer angebotenen Produkte den verlangten Preis wert sind oder ob sie ihr Geld lieber in einer anderen Weise verwenden. Sie müssen in dieser Entscheidung ebenfalls frei sein, weil auch sie mit den Folgen ihrer Wahl zu leben haben. Ist ihre Entscheidung „richtig“, so haben sie ihre Mittel in einer für sie sinnvollen Weise ausgegeben. Ist sie „falsch“, so haben sie ihr Geld vergeudet. Zugleich „urteilen“ die Nachfrager durch ihre Kaufentscheidung wie eine Art Schiedsrichter darüber, welcher Unternehmer geschäftlichen Erfolg hat und welcher nicht.

Aus dem Grundsatz der Wettbewerbsfreiheit folgen weitere Bewertungskriterien. Beschränkungen der Wettbewerbsfreiheit (= Einordnung einer geschäftlichen Handlung als unlauter) sind nur zulässig, soweit sie von einem rechtfertigenden Grund getragen werden. Daraus lässt sich eine Art wettbewerbsrechtliches Verhältnismäßigkeitsprinzip ableiten. Wenn zum Beispiel § 3 Abs. 1 UWG zwei verschiedene Lösungen ermöglicht, die unlauteren Wettbewerbspraktiken im gleichen Ausmaß entgegenwirken, dann ist die Lösung vorzugswürdig, die zu geringeren Beschränkungen der wettbewerblichen Freiheiten führt.

Diese Linie liegt der Rechtsprechung des EuGH zur Warenverkehrsfreiheit zugrunde. Danach darf das Wettbewerbsrecht beispielsweise Werbung nicht als solche verbieten, weil sie die Gefahr des Missbrauchs mit sich bringt, sondern muss sich grundsätzlich auf die Bekämpfung des Missbrauchs beschränken, EuGH vom 28.1.1999 (Unilever) – Rs. C-77/97, Slg. 1999 I, S. 431 ff. Rn. 33, 35. Ähnlich BGH vom 7.11.2002 (Klosterbrauerei), GRUR 2003, 628, 630.

§ 6 Abs. 2 Nr. 4, Nr. 5 UWG sind ein gesetzliches Beispiel. Danach ist vergleichende Werbung nicht mehr per se verboten, weil sie allgemein die Gefahr der Ausbeutung und Herabsetzung mit sich bringt. Verboten ist vielmehr nur solche vergleichende Werbung, die auch tatsächlich mit solchen Effekten verbunden ist.

II. Schutzzwecke, Mischtatbestände

Die Schutzinteressen der Mitbewerber, Verbraucher und sonstigen Marktteilnehmer werden in den späteren Kapiteln behandelt. Sie ergeben sich aus deren jeweiliger funktionaler Stellung im Wettbewerb. Die einzelnen Schutzzwecke sind nach § 1 UWG grundsätzlich gleichberechtigt, *Regierungsentwurf und Begründung zum UWG vom 22.8.2003*, BT-Drucks. 15/1487 S. 16. Da sie unterschiedliche Inhalte haben, kann es aber sein, dass zum Beispiel die Schutzinteressen der Mitbewerber für ein Verbot und Schutzinteressen der Verbraucher für die Zulässigkeit einer geschäftlichen Handlung sprechen. Dann muss entschieden werden, welches Schutzinteresse in der betreffenden Konstellation gewichtiger ist.

Ein Beispiel für eine gelungene Abwägung ist BGH vom 17.5.2001 (Mitwohnzentrale.de), BGHZ 148, 1 ff. Die Entscheidung wird im Rahmen der Vorlesung später besprochen.

Die Schutzzwecke treten zum Beispiel bei der vergleichenden Werbung (**§ 6 UWG**) miteinander in Konkurrenz. Solche Werbung war nach der Rechtsprechung von RG und BGH früher grundsätzlich verboten, RG vom 6.10.1931 (Hellegold), GRUR 1931, 1299 ff. Diese Judikatur nahm Rücksicht auf das berechnete Interesse der Mitbewerber, vor unsachlichen, unwahren oder sonst wie rufschädigenden Vergleichen geschützt zu werden. Sie schoss aber zugleich darüber hinaus. Sie sicherte die Mitbewerber nämlich auch vor zutreffenden Vergleichen und damit in Schutzinteressen, deren Berechnung äußerst zweifelhaft ist. Wieso das Anliegen von Mitbewerbern, zutreffende Vergleichsaussagen zum Beispiel über die Qualität oder den Preis von Waren zu verhindern, rechtliche Anerkennung finden soll, war ein Geheimnis, das die frühere Judikatur niemals gelüftet hat.

Die Informationsinteressen der Werbeadressaten (Verbraucher und unternehmerische Nachfrager = sonstige Marktteilnehmer) gebieten dagegen, solche Werbung zuzulassen, da es um die vielleicht wichtigsten Werbeangaben überhaupt geht. Abnehmer müssen sich in aller Regel zwischen konkurrierenden Angeboten entscheiden und sind daher besonders an vergleichenden Angaben interessiert. Außerdem kann die vergleichende Werbung Informationen bieten, die den Abnehmern sonst nicht zugänglich wären. Die Berechnung solcher Verbraucherinteressen ist letztlich der Grund, warum es zu einer, durch das europäische Recht mitveranlassten Umkehr im deutschen Recht gekommen ist, siehe BGH vom 5.2.1998 (Testpreis-Angebot), BGHZ 138, 55 ff.

§ 6 UWG zieht daraus die Konsequenz, vergleichende Werbung im Informationsinteresse der Verbraucher oder sonstigen Marktteilnehmer als solche zuzulassen, ihre Zulässigkeit im Interesse betroffener Mitbewerber aber zu verneinen, wenn sie deren Ruf beeinträchtigt (§ 6 Abs. 2 Nr. 4 UWG) oder herabsetzend ist, § 6 Abs. 2 Nr. 5 UWG.

Richtet sich die Werbung an Privatpersonen, so wird sie an den Maßstäben des Verbraucherschutzes gemessen. Wendet sie sich dagegen an Unternehmer, so berührt sie die Interessen dieser Unternehmer (= sonstige Marktteilnehmer). Die Unterscheidung zwischen den beiden Schutzzwecken ist erforderlich, weil die Interessen sowie das Geschäfts- und Entscheidungsverhalten von Verbrauchern und Unternehmern unterschiedlich sind.

III. Irrelevante Aspekte, Einzelfragen

1. Anstandsgefühl

Das „Anstandsgefühl“ ist kein tauglicher Maßstab für die Beurteilung, ob geschäftliche Handlungen zulässig sind oder nicht. Die Unlauterkeit im Sinne von § 3 Abs. 1 UWG ist ein Rechtsbegriff. Ihr Inhalt hängt von rechtlichen Kriterien ab und wird durch die Gerichte bestimmt.

Die Vorbildfunktion des § 826 BGB führte dazu, dass die Rechtsprechung zum Bürgerlichen Recht auf das UWG übertragen wurde. Das Reichsgericht hatte bereits 1901 die guten Sitten im Sinne des Deliktsrechts mit der bekannten Formel von „dem Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden“ definiert und für Wettbewerbssachverhalte auf „die Anschauung des ehrbaren Kaufmannes im Handelsverkehr“ abgestellt, RG vom 11.4.1901 (Dampfschiffsgesellschaft), RGZ 48, 124 f.

Man hat angebliche „sittliche“ Maßstäbe lange Zeit für maßgeblich gehalten. Der Begriff der guten Sitten in § 1 UWG 1909 war eine Kunstformel, die Richterrecht auf Grundentscheidungen des Gesetzgebers zurückzuführen scheint. Die ursprüngliche Standardformel vom „Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden“ war zwar inhaltlich nicht durchweg falsch, lockt letztlich aber auf Irrwege.

§ 3 Abs. 1 UWG ist kein Verweis auf die Sozialmoral, zumal diese rechtlichen Anforderungen entgegenlaufen kann. Zum Beispiel können die verfassungsrechtlichen Garantien Minderheiten sichern und sie unter

Umständen gerade vor der „herrschenden Volksanschauung“ schützen. Urteile von Wettbewerbsgerichten, die in der NS-Zeit der Diskriminierung von jüdischen Geschäftsleuten mit der Überlegung Vorschub leisteten, das Publikum habe ein Bedürfnis daran, „über die jüdische Rassenzugehörigkeit eines im geschäftlichen Wettbewerb Auftretenden aufgeklärt zu werden“, RG vom 4.2.1939 (Dachpappenfabrik II), GRUR 1939, 652, 654, wären heute an Art. 3 Abs. 3 GG zu messen und nicht mehr möglich.

2. Subjektive Anforderungen

Ob eine geschäftliche Handlung „unlauter“ oder zum Beispiel „gezielt“ (§ 4 Nr. 4 UWG) ist, hängt nicht davon ab, ob der Unternehmer aus speziellen subjektiven Motiven gehandelt hat. Das UWG hat nicht zur Aufgabe, ein Urteil über die moralische Qualität oder über die Strafwürdigkeit des handelnden Unternehmers oder seiner Tat zu fällen. Das Wettbewerbsrecht ist kein Gesinnungsrecht, das die Gutmenschen und Bösewichte unter den Unternehmern voneinander unterscheiden soll. Ist eine geschäftliche Handlung als solche nicht zu beanstanden, so kann es für die wettbewerbsrechtliche Beurteilung nicht darauf ankommen, auf welcher Motivation sie beruht, BGH vom 11.1.2007 (Außendienstmitarbeiter), BGHZ 171, 73, 80 f. Rn. 21 ff. Es spielt keine Rolle, ob der Unternehmer beispielsweise bewusst, hartnäckig und planmäßig oder mit dem Willen handelt, einen Konkurrenten zu vernichten (zum Teil str.).

Das Freiheitsinteresse des Unternehmers gebietet, nicht für Zufall und höhere Gewalt beziehungsweise solche Umstände zu haften, von denen er in keiner Weise wissen oder die er nicht vorhersehen konnte. Der Unternehmer kann daher grundsätzlich nur haften, wenn er die Umstände, die sein Handeln objektiv wettbewerbswidrig machen, entweder kennt oder sich dieser Kenntnis bewusst entzieht, BGH vom 23.5.1991 (Kastanienmuster), GRUR 1991, 914, 917 (heutige h.M. sieht das anders). Letzteres ist nach der früheren Rechtsprechung bereits anzunehmen, wenn er starken Verdachtsmomenten nicht nachgegangen ist. Ein Verhalten, dessen objektive Wettbewerbswidrigkeit dem handelnden Unternehmer nicht erkennbar ist, kann jedoch in aller Regel jedenfalls für die Zukunft unterbunden werden. Der Unternehmer wird nämlich spätestens mit Erhalt der Abmahnung von den Umständen erfahren, die sein Handeln unzulässig machen. Er handelt daher wettbewerbswidrig, falls er sein Verhalten ab diesem Zeitpunkt unverändert fortsetzt.

Die Erfordernis „gezielten“ Behinderens in **§ 4 Nr. 4 UWG** umschreibt nach der hier vertretenen Ansicht ansonsten keine subjektive Anforderungen (zum Teil str.). Jedes Unternehmen muss sein Handeln wettbewerbsstrategisch ausrichten können. Dies schließt zwingend die Variante einer bewusst gegen

den Mitbewerber gerichteten Angriffspolitik mit ein. Geschäftliches Verhalten kann nicht dadurch wettbewerbswidrig sein, dass es auf einem Plan, auf bewusster Vorgehensweise oder auf Absicht basiert. Umgekehrt müssen die Mitbewerber und der Wettbewerb grundsätzlich auch vor Beeinträchtigungen geschützt werden können, die der handelnde Unternehmer nicht beabsichtigt oder bezweckt hat.

Subjektive Anforderungen können sich aber aus der Art des Anspruchs ergeben, der gegen den Unternehmer geltend gemacht wird. Wettbewerbliche Abwehransprüche sind verschuldensunabhängig, während Schadensersatzansprüche grundsätzlich Verschulden erfordern.

3. Verhaltenskodizes, Selbstregulierungen

Verhaltenskodizes haben keine normative Bindung. Dabei handelt es sich Vereinbarungen oder Vorschriften von Verbänden oder Vereinigungen, die das Verhalten von Unternehmen regeln (**§ 2 Abs. 1 Nr. 10 UWG**), zum Beispiel um Selbstregulierungen oder DIN-Normen. Der BGH lehnt es zu Recht ab, aus dem Verstoß gegen solche Regelungen auf die Unlauterkeit zu schließen, zum Beispiel BGH vom 8.11.1990 (Wettbewerbsrichtlinie der Privatwirtschaft), GRUR 1991, 462 f. Solche Richtlinien können in den Augen der Gerichte jedoch als ein Indiz dafür herangezogen werden, welches Wettbewerbsverhalten nach der Auffassung der beteiligten Verkehrskreise als unlauter anzusehen ist, BGH vom 7.2.2006 (Probeabonnement), GRUR 2006, 773 ff.; BGH vom 9.9.2010 (FSA-Kodex), GRUR 2011, 431, 432 Rn. 13 ff.

Das Wettbewerbsrecht muss gegenüber solchen Regelungen sehr zurückhaltend sein. Private Vereinigungen können den Gerichten nicht sagen, was Recht ist. Es kann der Wirtschaft nicht freistehen, selbst die Regeln zu definieren, an denen sie rechtlich gemessen wird. Solche Regeln bieten grundsätzlich keine Gewähr dafür, dass sie die wettbewerbliehen Interessen sachgerecht berücksichtigen. Es gibt bei Interessenverbänden, Unternehmensinstitutionen und sonstigen Einrichtungen stets eine Tendenz zur Bevorzugung der eigenen Interessen.

Der Verstoß gegen Selbstverwaltungsregeln fällt ebenso nicht unter **§ 3a UWG**, weil sie keine „gesetzliche Vorschriften“ im Sinne dieser Vorschrift sind, BGH vom 9.9.2010 (FSA-Kodex), GRUR 2011, 431, 432 Rn. 11. Die Irreführung über die Einhaltung von Verhaltenskodizes oder ihre Billigung durch öffentliche Stellen kann aber nach **§ 5 Abs. 2 Nr. 6 UWG, Nr. 1, Nr. 3 Anhang UWG** irreführend sein.

4. Lehre vom Leistungswettbewerb

Nach der Lehre vom Leistungswettbewerb möchte einen materiellen Maßstab dafür bieten, wann geschäftliche Handlungen wettbewerbswidrig sind. Danach soll im geschäftlichen Wettbewerb nur derjenige zum Ziel kommen, der am besten für die Menschheit wirke, also die beste Leistung gebe. Leistungswettbewerb sei die natürliche Form des Wettbewerbs. Er schädige Konkurrenten nicht als Mittel, sondern nur als notwendige Folge des Nebeneinanderbestehens mehrerer Gewerbebetriebe. Davon wird der Behinderungswettbewerb unterschieden. Dieser dagegen umfasse geschäftliche Handlungen, die den Mitbewerber behindern, um erst dadurch freie Bahn für den eigenen Absatz zu schaffen. Solches Verhalten sei unzulässig, wenn es den freien Wettbewerb übermäßig beeinträchtigt.

Die Lehre vom Leistungswettbewerb ist abzulehnen. § 1 UWG, der die Schutzzwecke des UWG definiert, führt den „Leistungswettbewerb“ nicht an. In der Sache ermöglicht diese Lehre aus sich selbst heraus keine Lösungen, sondern muss erst ihrerseits mit Inhalt gefüllt werden. Das Kernproblem, wie Leistungswettbewerb von unzulässigem Wettbewerbsverhalten getrennt werden kann, beantwortet sie nicht. Sie läuft Gefahr, die Verteilungsfunktion des Wettbewerbs auszuschalten. Durch die Einordnung von geschäftlichen Verhalten als Leistung oder Nichtleistung entscheiden nämlich die Juristen und nicht mehr das Zusammenspiel von Angebot und Nachfragen darüber, welche Handlungsweisen und Produkte sich im Markt durchsetzen.

Die Lehre ist in der wettbewerbsrechtlichen Judikatur des BGH mehr oder weniger überwunden, siehe im Schrifttum aber *Götting/Hetmank* in: *Götting/Kaiser, Wettbewerbsrecht und Wettbewerbsprozessrecht*, 2. Auflage 2016, § 1 Rn. 20 ff. Einzelne Entscheidungen des BVerfG haben sich allerdings auf den Leistungswettbewerb berufen, zum Beispiel BVerfG vom 7.11.2002 (*Juve-Handbuch*), NJW 2003, 277, 278. Das war problematisch, weil das BVerfG damit die zivilgerichtliche Judikatur und die wettbewerbsrechtliche Fachdiskussion unzutreffend wiedergab. Die einschlägigen Urteile betrafen allerdings das UWG 1909, nicht das UWG 2004. Sie werden deshalb hier nicht weiter thematisiert. Wer mehr lesen möchte: *Beater, Unlauterer Wettbewerb*, 2011, Rdnr. 766 ff., 838 ff.

Fall: Das Lakritzprodukt

H produziert und handelt mit Fruchtgummi und Lakritzartikeln. Zu seinem Sortiment gehört unter anderem „COLOR-RADO“, das neben Lakritz (55%) auch Weingummi und sonstige Zuckerwaren enthält. H inseriert in der Zeitschrift „SG Süßwarenhandel“, die sich ausschließlich an den Süßigkeitenfachhandel richtet. In der Anzeige wirbt er unter anderem mit der Angabe, dass die Umsatz- und Verkaufszahlen seiner Produkte und namentlich von COLOR-RADO in den letzten Jahren überdurchschnittlich gewachsen sind und die vergleichbaren Umsatz- und Verkaufszahlen aller Lakritzprodukte des Anbieters K übertreffen. K hält die Reklame für unzulässig. Sie sei irreführend, weil sie den unrichtigen Eindruck erwecke, COLOR-RADO sei ein Lakritzprodukt. Außerdem handele es sich um eine unzulässige vergleichende Werbung.

Ist die Werbung des H unzulässig?

Hinweis: BGH vom 7.12.2006 (Umsatzzuwachs), GRUR 2007, 605 ff.

Lösung:

A. §§ 3 Abs. 1, 6 Abs. 2 UWG (-)

I. Geschäftliche Handlung, § 2 Abs. 1 Nr. 2 UWG (+)

Die Werbung des H ist eine geschäftliche Handlung. H wirbt, um den Absatz seiner Süßware COLOR-RADO zugunsten des eigenen Unternehmens zu fördern.

§ 6 Abs. 2 UWG konkretisiert für Werbevergleiche das Erfordernis „unlauter“. Sie ergänzt § 3 Abs. 1 UWG und ist damit auch an das Erfordernis der geschäftlichen Handlung gebunden.

II. Vergleichende Werbung, § 6 Abs. 1 UWG (+)

Es handelt sich um „Werbung“, **Art. 2 lit. a RL 2006/114/EG**.

K ist ein „Mitbewerber“ (§ 2 Abs. 1 Nr. 4 UWG) von H, weil beide gleichartige Waren (nicht erforderlich: identische Waren) anbieten und sich an dieselben Käufer wenden.

Die Werbung macht K auch „erkennbar“, indem sie ihn direkt nennt. Sie hat auch einen „Vergleichscharakter“, weil sie die Produkte von H und K in Bezug auf die Umsatzzahlen miteinander vergleicht.

III. Verbot nach § 6 Abs. 2 Nr. 1 UWG (-)

Die Vorschrift greift nicht ein. COLOR-RADO und die Lakritzprodukte des K sind Waren „für den gleichen Bedarf“ („naschen“, ebenso müssen die betreffenden Waren „gekauft“ werden).

IV. Verbot nach § 6 Abs. 2 Nr. 2 UWG (-)

H vergleicht in seiner Werbung die Umsatz- und Verkaufszahlen von COLOR-RADO mit denen der Lakritzprodukte von K.

1. Eigenschaft (+)

Die Umsatz- und Verkaufszahlen müssten „Eigenschaften“ der miteinander verglichenen Süßigkeiten sein. Der Eigenschaftsbegriff ist weit zu verstehen. So werden die vergleichende Werbung in einem weiten Umfang ermöglicht und die Informationsmöglichkeiten der Werbeadressaten gesteigert. Eine „Eigenschaft“ können alle Aspekte sein, die einen Bezug zum Produkt haben und bei der Entscheidung über einen möglichen Erwerb wichtig sein können, BGH vom 5.2.2004 (Genealogie der Düfte), BGHZ 158, 26, 33 f.

2. Wesentlich, relevant, typisch (+)

Die Umsatz- und Verkaufszahlen müssten als Eigenschaften unter anderem „wesentlich, relevant und typisch“ sein. Der Werbende soll keinen verzerrten Gesamteindruck erwecken können, indem er unmaßgebliche Aspekte heranzieht. Zugleich will der Gesetzgeber den Mitbewerbern eine vergleichende Werbung des Konkurrenten nur zumuten, wenn der Vergleich Dinge betrifft, die für die Werbeadressaten „wichtig“ sind.

Für die Beurteilung der einzelnen Anforderungen sind ein produktbezogener Maßstab maßgebend sowie das Entscheidungsverhalten und die Informations- und

Geschäftsinteressen des angesprochenen Adressatenkreises, BGH vom 5.2.2004 (Genealogie der Däfte), BGHZ 158, 26, 33; BGH vom 30.9.2004 (Stresstest), GRUR 2005, 172, 174.

- Die Werbung richtet sich nicht an das „allgemeine Publikum“ (= Verbraucher), sondern an Facheinkäufer und Fachverkäufer beziehungsweise allgemein an Händler (= sonstige Marktteilnehmer). Dies ergibt sich zum einen daraus, dass die Anzeige in einer Zeitschrift erscheint, die nur von Händlern und nicht von Privatpersonen (= Verbrauchern) gelesen wird. Zum anderen bezieht sich die Werbung mit den Umsatzsteigerungszahlen auf Größen, die für den unternehmerischen Weiterverkäufer hochgradig interessant sind (er will Waren, die von seinen Kunden verlangt und gekauft werden) und die zugleich für Verbraucher völlig nebensächlich sind.
- Im Streitfall kommt es daher auf die Interessen der angesprochenen Händler (= sonstige Marktteilnehmer) an. Für die Entscheidung der Fachhändler über den Erwerb von COLOR-RADO ist es nützlich, die Umsatzzahlen und Umsatzzuwächse zu kennen. Sie können daraus Schlussfolgerungen für ihr zukünftiges Bestellverhalten ziehen, weil die Umsatzzuwächse eines Produkts in der Vergangenheit Schlüsse über die Marktgängigkeit der Waren und deren zukünftigen Absatz zulassen, BGH vom 7.12.2006 (Umsatzzuwachs), GRUR 2007, 605, 606 Rn. 30 mwN. Die Händler sind nicht daran interessiert zu erfahren, ob COLORADO gut schmeckt oder gesund ist, sondern sie wollen wissen, ob sie mit COLOARO gute Geschäfte machen können.
- *Würde sich die Werbung an Verbraucher wenden, so müsste man bezweifeln, dass die Werbeangaben wesentlich und relevant sind. Verbraucher interessieren sich für die tatsächlichen Eigenschaften von COLORADO (Geschmack, Kalorien, Zuckergehalt, Aussehen, Allergie- und gesundheitliche Verträglichkeit etc.). Die Weiterverkaufbarkeit ist für sie unerheblich, weil sie das Produkt „endverbrauchen“, also selber essen oder verschenken wollen.*

3. Nachprüfbar (+)

„*Nachprüfbar*“ meint die Nachprüfbarkeit der Aussage über die Eigenschaft und nicht unbedingt die Nachprüfbarkeit der Eigenschaft selbst. Die Anforderung soll eine Überprüfbarkeit des Werbevergleichs auf seine sachliche Berechtigung hin ermöglichen, BGH vom 30.9.2004 (Stresstest), GRUR 2005, 172, 175. Sie verlangt, dass die Werbeaussage zumindest einen Tatsachenkern enthält, der einer

Überprüfung zugänglich ist, BGH vom 5.2.2004 (Genealogie der Düfte), BGHZ 158, 26, 34 mwN.

Die Angaben über die Umsatz- und Verkaufszahlen von COLOR-RADO und ihr Verhältnis zu den Ergebnissen von K haben einen Tatsachencharakter und sind nachprüfbar.

V. § 6 Abs. 2 Nr. 3 – 6 UWG (-)

Der Sachverhalt liefert keine Anhaltspunkte dafür, dass H mit seiner Werbung gegen die § 6 Abs. 2 Nr. 3 – 6 UWG verstoßen hat.

B. §§ 3 Abs. 1, 5 Abs. 1 UWG (-)

I. Geschäftliche Handlung des H, § 2 Abs. 1 Nr. 2 UWG (+)

Siehe oben.

II. Angabe (+)

Die Werbung H enthält eine „Angabe“ im Sinne von **§ 5 Abs. 2 UWG**, denn sie ist eine Mitteilung, die einen objektiv nachprüfaren Tatsachekern enthält. **§ 5 Abs. 4 Alt. 1 UWG** stellt darüber hinaus klar, dass auch Angaben im Rahmen vergleichender Werbung am Irreführungsverbot zu messen sind. § 6 Abs. 2 UWG ist insoweit also nicht abschließend.

III. Täuschungseignung

Die Angabe wäre „zur Täuschung geeignet“, wenn sie durch den Bezug zu den Lakritzprodukten des K die Vorstellung hervorruft, COLOR-RADO sei ebenfalls ein reines Lakritzprodukt. Sie wäre dann eine unwahre Angabe über die „Zusammensetzung“ (**§ 5 Abs. 2 Nr. 1 UWG**) der beworbenen Ware, weil COLOR-RADO kein reines Lakritzprodukt ist.

Welchen Inhalt eine Angabe hat, ist durch Auslegung zu ermitteln. Der Maßstab für diese Auslegung bestimmt sich danach, wie der Personenkreis, an den sich die Werbung richtet, die Angabe versteht, BGH vom 7.12.2006 (Umsatzzuwachs), GRUR 2007, 605, 606 Rn. 15 mwN.

Die Werbung richtet sich an Händler (sonstige Marktteilnehmer) und nicht an Verbraucher (siehe oben). Für die Auslegung ist daher maßgeblich, wie ein durchschnittlich informierter, aufmerksamer und verständiger Fachhändler die Werbung versteht, BGH vom 7.12.2006 (Umsatzzuwachs), GRUR 2007, 605, 606 Rn. 18 mwN.

Die angesprochenen Händler sehen in der Werbung keine Angabe, dass es sich bei COLOR-RADO um ein reines Lakritzprodukt handelt. Ihnen ist das erfolgreiche Produkt COLOR-RADO bekannt. Sie wissen, dass es sich um ein Mischprodukt handelt, das nicht ausschließlich aus Lakritzstücken besteht. Der Bezug zu den Lakritzprodukten führt die Händler nicht irre.

Die Angabe hat folglich nicht zum Inhalt, dass COLOR-RADO ausschließlich aus Lakritzstücken besteht. Die Angabe ist daher nicht geeignet, die Abnehmer über die Zusammensetzung eines Produkts zu täuschen beziehungsweise ihnen den unzutreffenden Eindruck zu vermitteln, COLOR-RADO sei ein reines Lakritzprodukt.

C. Regelungsgefüge des UWG

Geschäftliche Handlungen sind „unzulässig“, wenn sie entweder „unlauter“ (§ 3 Abs. 1 UWG) oder eine „unzumutbare Belästigung“ (§ 7 Abs. 1 UWG) sind. Die Voraussetzungen der „geschäftlichen Handlung“ und damit der Anwendungsbereich des UWG bestimmen sich nach § 2 Abs. 1 Nr. 2 UWG (dazu später).

I. Unlauterkeit, §§ 3 – 6 UWG

Die §§ 3 – 6 UWG regeln, in welchen Fällen eine geschäftliche Handlung „unlauter“ ist. Diese Vorschriften sind der Kern des materiellen Wettbewerbsrechts und wettbewerbsfunktional unter Rückgriff auf die Schutzzwecke anzuwenden. Für die Anwendung der Vorschriften und ihr Verhältnis zueinander müssen verschiedene dogmatische Ebenen voneinander getrennt werden.

Für die Prüfungsreihenfolge der materiellen Tatbestände gilt der allgemeine Grundsatz, dass die speziellere Norm ist vor der allgemeineren zu prüfen ist. Zum Beispiel § 3 Abs. 3, Nr. 15 Anhang UWG vor § 5 Abs. 2 Nr. 2 UWG vor § 3 Abs. 2 UWG. Häufig ist auch § 3a UWG an vorderer Stelle zu prüfen, weil die Vorschrift darauf hinauslaufen kann, sich mit einer speziellen Regelung außerhalb des UWG auseinanderzusetzen.

Im Zusammenhang mit abschließenden Regelungen ist zu beachten, dass der abschließende Regelungsgehalt nicht durch eine zu weitgehende Auslegung anderer UWG-Regelungen umgangen wird. Relevant ist dies insbesondere im Hinblick auf Vorschriften, die auf abschließenden EU-Richtlinien beruhen.

1. Per se unzulässige geschäftliche Handlungen gegenüber Verbrauchern, § 3 Abs. 3, Nr. 1 ff. Anhang UWG

Die speziellsten Vorschriften und damit zuerst zu prüfen sind die **§ 3 Abs. 3, Nr. 1 ff. Anhang UWG**. Die Regelungen gehen auf die RL 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken zurück und beschränken sich daher auf Verbraucherschutzaspekte. Sie regeln im Interesse der Rechtssicherheit besonders krasse Verletzungen von Verbraucherinteressen. Die Bestimmungen betreffen vielfach Selbstverständlichkeiten und sind völlig unübersichtlich. Ihre kasuistische Regelungsstruktur erklärt sich daraus, dass die EU auch Mitgliedstaaten umfasst, deren Rechtsordnungen keine wettbewerbsrechtliche Tradition haben oder in denen gesetzliche Vorschriften nach anderen Methoden ausgelegt werden, als dies im deutschen Recht der Fall ist.

„Geschäftliche Handlungen gegenüber Verbrauchern“ sind solche, die „unmittelbar mit der Absatzförderung, dem Verkauf oder der Lieferung eines Produkts an Verbraucher“ zusammenhängen“, **Art. 2 lit. d RL 2005/29/EG**. Auf Fälle, in denen Verbraucher als Anbieter tätig werden, ist die Vorschrift also nicht anwendbar.

Die in den **Nr. 1 ff. Anhang UWG** geregelten Handlungen sind „stets“ unzulässig. Das bedeutet, dass sie allein an den Anforderungen zu messen sind, die in den Nr. 1 ff. Anhang UWG aufgeführt werden. Der Rechtsanwender braucht sich also nicht mit den allgemeinen Anforderungen von § 3 Abs. 1, Abs. 2 UWG auseinanderzusetzen, weil diese bereits vom Gesetzgeber bei der Fassung der Nr. 1 ff. Anhang UWG berücksichtigt wurden.

2. Unlautere geschäftliche Handlungen nach §§ 3 Abs. 1, 3a – 6 UWG

Die **§§ 3 Abs. 1, 3a – 6 UWG** normieren Einzelfälle unlauterer Handlungen („unlauter handelt“, zum Beispiel § 3a UWG), *Regierungsentwurf und Begründung zum UWG* vom 22.8.2003, BT-Drucks. 15/1487, S. 17. Die §§ 3a ff. UWG sind gemeinsam mit § 3 Abs. 1 UWG zu prüfen, so dass sich bestimmte Prüfungspunkte aus § 3 Abs. 1 UWG und bestimmte andere Prüfungspunkte aus den §§ 3a – 6 UWG ergeben. Prüfungen dieser Art machen den ganz überwiegenden Hauptteil des Wettbewerbsrechts aus. Einige der Regelungen gehen auf die RL 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken zurück.

3. Unlautere geschäftliche Handlungen nach § 3 Abs. 1, Abs. 2 UWG

§ 3 Abs. 2 UWG geht auf die RL 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken zurück und normiert dem Gesetzeswortlaut nach einen eigenständigen Unzulässigkeitstatbestand, sozusagen eine verbraucherbezogene Generalklausel. Ob die Vorschrift gegenüber § 3 Abs. 1 UWG tatsächlich einen eigenständigen Anwendungsbereich hat, lässt sich derzeit nicht sicher beurteilen. Konkrete Anwendungsfälle sind jedenfalls bislang nicht ersichtlich. Die Vorschrift bringt aber gesetzliche Wertungen zum Ausdruck und kann damit bei der Auslegung von Normen des UWG als Argumentationshilfe dienen.

- § 3 Abs. 2 UWG erfasst allein geschäftliche Handlungen, die sich „an Verbraucher richten oder diese erreichen“. Sie korrespondiert insoweit mit dem Wortlaut von Art. 5 Abs. 2 lit.b RL 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken. Die Anforderung soll der Regelung

einen besonders weiten sachlichen Anwendungsbereich sichern und erfasst alle Geschäftspraktiken, „die unmittelbar mit der Absatzförderung, dem Verkauf oder der Lieferung eines Produkts an Verbraucher zusammenhängen“, EuGH vom 9.11.2010 (Mediaprint/„Österreich“-Zeitungsverlag) – Rs. C-540/08, GRUR 2011, 76, 77 Rn. 21. Nicht darunter fallen beispielsweise der Verrat eines Betriebsgeheimnisses an den Mitbewerber oder Handlungen, die dem Mitbewerber unzulässig den Marktzugang verbauen.

- Eine entsprechende geschäftliche Handlung ist unlauter, wenn sie der *„unternehmerischen Sorgfalt“* nicht genügt, also die Erfordernisse von **§ 2 Abs. 1 Nr. 9 UWG** nicht erfüllt.
- Die Unlauterkeit setzt außerdem voraus, dass die Handlung *„geeignet ... [ist], das wirtschaftliche Verhalten des Verbrauchers wesentlich zu beeinflussen“*. Was darunter zu verstehen ist, bestimmt sich nach **§ 2 Abs. 1 Nr. 11 UWG**.

4. Unlautere geschäftliche Handlungen nach § 3 Abs. 1 UWG

Nach der Generalklausel § 3 Abs. 1 UWG sind unlautere geschäftliche Handlungen *„unzulässig“*. Die Vorschrift ist zum einen gemeinsam mit den §§ 3a ff. UWG und gemeinsam mit § 3 Abs. 2 UWG anzuwenden, weil nur sie die Unzulässigkeitsfolge normiert.

§ 3 Abs. 1 UWG ist zum anderen ein eigenständiger materiell-rechtlicher Tatbestand. Die Vorschrift hat eigenständige Bedeutung, wenn weder ein Per-se-Verbot, noch ein Einzeltatbestand (§§ 3a – 6 UWG) oder § 3 Abs. 2 UWG eingreifen. In diesen Fällen kann eine geschäftliche Handlung gleichwohl unlauter und damit unzulässig sein.

Ein möglicher Anwendungsfall sind geschäftsschädigende Äußerungen eines Lieferanten über sein Abnehmerunternehmen. Die Äußerung stammt dann nicht von einem Mitbewerber des Betroffenen, so dass § 4 Nr. 1, Nr. 2 UWG nicht eingreifen. Für Äußerungen über einen sonstigen Marktteilnehmer sehen die §§ 3a ff. UWG keine Regelung vor. Ist die Äußerung eine geschäftliche Handlung (Grundrechte?), so beurteilt sich die Äußerung allein nach § 3 Abs. 1 UWG.

II. Belästigende geschäftliche Handlungen, § 7 UWG

Ebenfalls unzulässig sind geschäftliche Handlungen, die einen Marktteilnehmer (§ 2 Abs. 1 Nr. 2 UWG = Mitbewerber, Verbraucher, sonstiger Marktteilnehmer) unzumutbar belästigen.

Das Belästigungsverbot hat in meinen Augen einen Sondercharakter, *Beater WRP 2012*, 6 ff. Es erklärt sich nämlich nicht aus wettbewerblichen, sondern aus persönlichkeitsrechtlichen beziehungsweise verfassungsrechtlichen Überlegungen.

Die Regelung war ursprünglich ein Beispielstatbestand für Unlauterkeit und daher gemeinsam mit § 3 Abs. 1 UWG zu prüfen. Der Gesetzgeber hat dies 2008 geändert, weil § 7 UWG andere Maßstäbe verlangt als die §§ 3 ff. UWG, *Regierungsentwurf und Begründung zum UWG vom 20.8.2008*, BT-Drucks. 16/10145, S. 28.

D. EU-Recht, Grundrechte

I. Richtlinien der EU

Das Wettbewerbsrecht ist inzwischen stark vom EU-Recht bestimmt, insbesondere von Richtlinien. Diese Richtlinien sind vor allem relevant, wenn es um UWG-Normen geht, die Verbraucherinteressen schützen.

Die europäischen Regelungen werden vom europäischen Normgeber durch vorangestellte „Erwägungen“ (= Erw.) begründet, **Art. 296 Satz 2 AEUV**. Diese Erwägungen sollen die wesentlichen Züge der Regelungen begründen und können daher insbesondere Aufschluss über ihren Sinn und Zweck (= teleologische Auslegung) geben.

Die Regelungen enthalten typischerweisen zahlreiche Legaldefinitionen. Die § 2 Abs. 1 Nr. 1 ff. UWG setzen vielfach solche Vorgaben in das deutsche Recht um.

1. Richtlinienkonforme Auslegung

Nach der Rechtsprechung des EuGH sind die nationalen Gerichte verpflichtet, das zur Durchführung einer Richtlinie erlassene Gesetz „im Lichte des Wortlauts und des Zwecks der Richtlinie“ auszulegen, zum

Beispiel EuGH vom 14.7.1994 (Faccini Dori) – Rs. C-91/92, Slg. 1994 I, S. 3325 ff. Rn. 26.

Beispielsweise ist der Begriff der Werbung im Sinne von **§ 6 Abs. 1 UWG** in Art. 2 lit. a RL 2006/114/EG über irreführende und vergleichende Werbung definiert. Der BGH greift auf diese Definition zurück, BGH vom 6.12.2007 (Imitationswerbung), GRUR 2008, 628, 630 Rn. 18.

Vorschriften können einen gespaltenen Charakter haben. **§ 4a Abs. 1 Satz 1 UWG** schützt sowohl Verbraucher als auch sonstige Marktteilnehmer vor aggressiven geschäftlichen Handlungen. Die Vorschrift basiert, soweit sie Verbraucher schützt, auf den Artt. 8, 9 RL 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken. Sie ist also unter Rückgriff auf diese RL und die einschlägige Rechtsprechung des EuGH anzuwenden. Soweit sie dagegen sonstige Marktteilnehmer sichert, gibt es keine europäischen Vorgaben mit der Folge, dass allein die Maßstäbe des deutschen Rechts gelten.

Die richtlinienkonforme Auslegung ist unter anderem Gegenstand der früheren Examensklausur Der Internet-Werbeblocker. Die Vorlesung Äußerungsrecht behandelt einzelne weitere Aspekte.

2. Regelungsgehalt der Richtlinien

Die Richtlinien unterscheiden sich in ihrem Regelungsgehalt mit der Folge, dass auch ihre Bedeutung für die Anwendung der UWG-Normen unterschiedlich ist. Wenn eine Richtlinie abschließende Regelungen trifft, dann soll sie die Rechte der Mitgliedstaaten in vollem Umfang aneinander angleichen und erlaubt keine nationalen Abweichungen. Die nationalen Rechte müssen inhaltlich exakt mit der Richtlinie übereinstimmen, dürfen also weder strengere noch mildere Maßstäbe vorsehen.

- Die **RL 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken** (= Beck WettbR Nr. 9) ist eine abschließende Regelung, weil sie eine vollständige Harmonisierung erreichen soll, Erw. 5 f. RL 2005/29/EG; EuGH vom 23.4.2009 (VTB-VAB und Galatea) – Rs. C-261/07, C-299/07, Slg. 2009, I-2949 Rn. 51 f. = GRUR 2009, 599 ff. Die Richtlinie ist für das UWG besonders wichtig. Sie hat große Breitenwirkung, weil sie sämtliche Verbrauchertatbestände betrifft (**§§ 3 Abs. 2 – 4; 4a; 5; 5a, 5b, 9 Abs. 2 UWG, Nr. 1 ff. Anhang UWG**) und aufgrund ihres abschließenden Regelungsgehalts für das deutsche Recht verbindlich ist.

- Die **RL 2006/114/EG über irreführende und vergleichende Werbung** (= Beck WettbR Nr. 6) hat einen unterschiedlichen Charakter.

Die RL ist abschließend, soweit sie die vergleichende Werbung regelt, Art. 8 Abs. 1 Satz 2 RL 2006/114/EG. **§ 6 UWG**, die deutsche Umsetzungsnorm, ist folglich in exakter Übereinstimmung mit der RL und der einschlägigen Judikatur des EuGH anzuwenden.

Ihr Vorgänger, die RL 97/55/EG über vergleichende Werbung, sorgte für eine grundlegende Änderung in der deutschen Rechtsprechung. BGH vom 5.2.1998 (Testpreis-Angebot), BGHZ 138, 55 ff. nahm die Richtlinie zum Anlass, sein früheres Verbot der vergleichenden Werbung aufzugeben und trug der RL 97/55/EG damit noch vor Ende der damaligen Umsetzungsfrist Rechnung.

Die RL dient auch zum Schutz der Mitbewerber vor irreführender Werbung, Art. 1 RL 2006/114/EG. Sie hat daher – theoretische – Bedeutung, wenn sich Werbung an sonstige Marktteilnehmer wendet und diese möglicherweise irreführt. Die RL 2005/29/EG greift dann mangels Verbraucherbeteiligung nicht ein. Die RL 2006/114/EG hat insoweit aber keinen abschließenden Charakter, sondern legt nur Mindeststandards fest. Sie erlaubt also mitgliedstaatliche Vorschriften, die einen weiterreichenden Schutz vorsehen, Art. 8 Abs. 1 Satz 1 RL 2006/114/EG.

Die Regelung zur irreführenden Werbung geht auf die RL 84/450/EWG zurück. Deren Effekt auf das deutsche Recht war gleich null, weil sie sich auf eine Harmonisierung auf unterstem Level beschränkte und dem deutschen Recht „strengere“ Regelungen erlaubte.

- Die **RL 2016/943/EU über Geschäftsgeheimnisse** verfolgt ebenfalls unterschiedliche Harmonisierungskonzepte. Sie ist in manchen Teilen abschließend (Art. 1 Abs. 1 UAbs. 2 RL 2016/93/EU) und sieht ansonsten Mindeststandards vor. Die RL ist 2019 durch das Gesetz zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen (GeschGehG = Beck WettbR Nr. 19) umgesetzt worden und hat die Materie nunmehr außerhalb des UWG geregelt. Die früheren §§ 17 ff. UWG wurden gestrichen.

Vorschriften des UWG, die auf abschließenden europarechtlichen Richtlinien basieren, sind vor den sonstigen Bestimmungen des UWG

zu prüfen. So kann und muss sichergestellt werden, dass die Vorgaben der Richtlinie nicht dadurch umgangen werden, dass sonstige und scheinbar nicht umsetzungsrelevante Vorschriften in einer Weise ausgelegt werden, die dem Regelungsanliegen der Richtlinie widerspricht.

Die § 6 Abs. 2 Nr. 4, Nr. 5 UWG müssen vor § 4 Nr. 1 UWG untersucht werden. Greifen die Vorschriften ein, so schließen sie eine Anwendung von § 4 Nr. 1 UWG aus, BGH vom 24.1.2019 (Das beste Netz), GRUR 2019, 631, 636 Rn. 55.

II. Grundrechte

Die Anwendung der gesetzlichen Vorschriften hat die grundrechtlichen Wertungen zu beachten. Das BVerfG versteht seit der berühmten Lüth-Entscheidung die Grundrechte nicht allein als Abwehrrechte des Bürgers gegen den Staat, sondern zugleich als eine objektive Wertordnung, die „für alle Bereiche des Rechts“ gilt, BVerfG vom 15.1.1958 (Lüth), BVerfGE 7, 198, 205. Die grundrechtlichen Wertungen sind auch im Zivilrecht bei der Auslegung gesetzlicher Anforderungen und der Ausfüllung von Generalklauseln zu beachten, BVerfG vom 26.6.1990 (Zwangsdemokrat), BVerfGE 82, 272, 280 (st. Rechtsprechung). Im Wettbewerbsrecht stellt sich diese Notwendigkeit hauptsächlich im Zusammenhang mit Äußerungen und der Meinungs- und Pressefreiheit.

Der Hauptanwendungsfall ist die Ausfüllung des Begriffs der geschäftlichen Handlung, § 2 Abs. 1 Nr. 2 UWG (siehe oben). Hier führen namentlich **Art. 5 Abs. 1, Abs. 2 GG** dazu, dass das UWG auf Äußerungen von und in Medien meist gar nicht anwendbar ist. Mediale Äußerungen sind dann allein an dem – äußerungsfreundlicheren – deliktsrechtlichen Anforderungen des Rechts am Unternehmen zu messen.

Es gibt aber auch Fälle, in denen eine geschäftliche Handlung bejaht wird und die Drittwirkung dann bei der Anwendung sonstiger UWG-Normen zum Tragen kommt. Siehe BGH vom 1.10.2009 (Gib mal Zeitung), GRUR 2010, 161 ff. zu § 6 Abs. 2 Nr. 5 UWG; LG vom 29.4.2019 (Cathy Hummels), AfP 2019, 363 ff. zu § 5a Abs. 4 UWG. Die Thematik und die genannten Entscheidungen werden an späterer Stelle behandelt.

Soweit Vorschriften europäische Richtlinien in das deutsche Recht umsetzen, ist bei ihrer Anwendung außerdem zwischen den deutschen und den europäischen Grundrechten zu unterscheiden. Nach BVerfG vom 6.11.2019

(Recht auf Vergessen I), NJW 2020, 300 ff. kommt es auf den Regelungsgehalt der jeweiligen Richtlinie an.

Auf die **Art. 1 ff. GG** ist abzustellen, wenn die Richtlinie nicht abschließend, sondern lediglich teilharmonisierend ist. Der europäische Normgeber zielt in diesen Fällen nicht auf eine Einheitlichkeit des Grundrechtsschutzes ab. Er räumt den Mitgliedstaaten vielmehr Gestaltungsspielräume ein und lässt damit Grundrechtsvielfalt zu, BVerfG vom 6.11.2019 (Recht auf Vergessen I), NJW 2020, 300, 302 Rn. 49, 50 ff. mit weiteren Unterscheidungen, die hier beiseite gelassen werden.

Auf die **Art. 1 ff. GR-Charta** ist abzustellen, wenn die Richtlinie vollharmonisierend beziehungsweise abschließend ist, also auf die europaweite Einheitlichkeit des Grundrechtsschutzes zielt, BVerfG vom 6.11.2019 (Recht auf Vergessen I), NJW 2020, 300, 302 Rn. 49.

Fall: Legehennenhaltung

Eierfabrikant E betreibt seine Legehennenhaltung in rücksichtsloser Profitmaximierung. Unter anderem steht den Hennen lediglich die durch die deutsche Hennenhaltungsverordnung vorgesehene absolute Mindestbodenfläche von 450 cm² zur Verfügung. Nach Ansicht von Tierschützern werden die Tiere durch die beengte Haltung aufs Äußerste gequält. Sie führen ferner an, dass 80 bis 90% der Bevölkerung eine solche Form der Massentierhaltung ablehnen. E verweist demgegenüber auf eine Vorschrift des europäischen Rechts, die sogar noch geringere Bodenflächen pro Henne zulässt. Ist das Handeln des E nach Vorschriften des UWG unzulässig?

Hinweis: BGH vom 6.7.1995 (Legehennenhaltung), BGHZ 130, 182 ff.; EuGH vom 19.10.1995 (Hönig) – Rs. C-128/94, Slg. 1995 I, S. 3389 ff.; Beater, Unlauterer Wettbewerb, 2011, Rdnr. 996 ff.

Lösung:

Der Fall dient für die Vorlesung dazu, die einzelnen Vorschriften anzusprechen. Er eignet sich nicht als Klausur und wird auch nicht strikt klausurtechnisch gelöst. Die kursiv geschriebenen Ausführungen sind ergänzende Erläuterungen, die nicht zur eigentlichen Falllösung gehören. Sie drücken Vorüberlegungen aus, die in die endgültige Klausurniederschrift nicht aufgenommen werden. BGH vom 6.7.1995 (Legehennenhaltung), BGHZ 130, 182 ff. hat die Anwendung von § 1 UWG a.F. (Vorläufer des heutigen § 3 Abs. 1 UWG) abgelehnt.

A. Per-se-Verbote, § 3 Abs. 3, Nr. 1 ff. Anhang UWG (-)

§ 3 Abs. 3, Nr. 1 ff. Anhang UWG sind – wenn sie ernsthaft in Betracht kommen – stets als erstes zu prüfen. Es handelt sich um die speziellsten Vorschriften, die den Gerichten nur sehr geringe Spiel- und Wertungsräume lassen. Die einschlägigen Handlungen sind „stets“ unzulässig, ohne dass es noch auf eine Prüfung ankommt, ob sie die Interessen von Mitbewerbern, Verbrauchern oder sonstigen Marktteilnehmer spürbar beeinträchtigen können.

I. Geschäftliche Handlung, § 2 Abs. 1 Nr. 2 UWG (+)

§ 3 Abs. 3 UWG setzt zunächst eine „geschäftliche Handlung“ des E voraus. Was darunter zu verstehen ist, definiert **§ 2 Abs. 1 Nr. 2 UWG**.

1. Halten und Quälen der Legehennen (-)

Ein „Verhalten“ des E liegt zunächst darin, dass er Hennen hält und quält. Dieses Verhalten dient zur Förderung des eigenen Unternehmens. Es handelt sich aber um einen betriebsinternen Vorgang, der mangels Außenwirkung noch keinen Bezug zum Markt hat.

Verhalten ist wettbewerbsrechtlich erst relevant, wenn es in der Außenwelt in Erscheinung tritt und sich auf Marktbeteiligte auswirken kann, BGH vom 25.9.1970 (Branchenverzeichnis), GRUR 1971, 119 mwN. Rein innerbetriebliche Unternehmensvorgänge sind grundsätzlich keine geschäftliche Handlung, RG vom 27.11.1910, RGSt 44, 152, 153 f. Die bloße Eignung interner Geschehnisse, zukünftig auf den Wettbewerb einzuwirken, reicht nicht aus.

2. Anbieten der Eier zum Kauf (+)

E handelt „profitmaximierend“, bietet also die Eier anderen zum Kauf an, um mit den Eiern Geld zu verdienen. Er handelt damit zugunsten seines eigenen Unternehmens und dieses Handeln hängt objektiv damit zusammen, dass E seine Waren absetzen will.

II. Gegenüber Verbrauchern (+)

E müsste weiterhin „gegenüber Verbrauchern“ handeln. Wer Verbraucher ist, regeln die **§§ 13 BGB, 2 Abs. 2 UWG**. Danach ist der private Abnehmer Verbraucher. Soweit E also seine Eier direkt an Privatpersonen vertreibt, handelt er gegenüber Verbrauchern. Soweit der E die Eier dagegen an Zwischenhändler (= Unternehmer, § 2 Abs. 1 Nr. 8 UWG) liefert, ist sein Handeln nicht an § 3 Abs. 3 UWG zu messen.

Private Abnehmer (= Verbraucher) und unternehmerische Abnehmer (= sonstige Marktteilnehmer) werden vom UWG unterschiedlich behandelt, weil insoweit unterschiedliche Schutzzwecke betroffen sind, siehe §§ 1 Satz 1, 3 Abs. 1 UWG.

Geschäftliches Handeln gegenüber sonstigen Marktteilnehmern beziehungsweise gegenüber unternehmerischen Abnehmern ist allein an den §§ 3 Abs. 1, 3a ff. UWG zu messen.

III. Nr. 1 ff. Anhang UWG (-)

Die **Nr. 1 – 23c Anhang UWG** betreffen „Angaben“ und sonstige geschäftliche Handlungen, die „*unwahr*“ sind oder den Verbraucher irgendwie irreführen. Die Preisgestaltung und unternehmerische Produktionsmethoden betreffen sie nicht.

Die **Nr. 24 – 31 Anhang UWG** betreffen „aggressive Geschäftspraktiken“, die den Verbraucher unzulässig unter Druck setzen. Auch sie greifen im Streitfall nicht ein.

B. Irreführen (-)

I. §§ 3 Abs. 1, 5 Abs. 1 UWG (-)

Eine Irreführung setzt voraus, dass E Angaben macht, die „*unwahr*“ sind oder „*zur Täuschung geeignet*“ sind, § 5 Abs. 2 UWG. Darum geht es im Streitfall nicht. Es ist in keiner Weise ersichtlich, dass E gegenüber Verbraucher oder sonstigen Marktteilnehmer irgendwelche Angaben, geschweige denn falsche Angaben über seine Produktionsmethoden gemacht hat.

II. §§ 3 Abs. 1, 5a Abs. 1 UWG (-)

Es ist nicht ersicht, dass E den Verbrauchern wesentliche Informationen vorenthält.

C. §§ 3 Abs. 1, 4a Abs. 1 Satz 1 UWG (-)

§ 4a Abs. 1 Satz 1 UWG ist ein wichtiger Grundtatbestand, der das Interesse der „Marktgegenseite“ (Verbraucher oder sonstige Marktteilnehmer beziehungsweise unternehmerische Lieferanten und unternehmerische Abnehmer) daran sichert, die Entscheidung über den Abschluss eines Geschäfts frei zu treffen, ohne einem unzulässigen Druck ausgesetzt zu sein.

E übt keinen Druck (§ 4a Abs. 1 Satz 3 UWG) oder einen sonstigen unzulässigen Einfluss auf die Entscheidungsfreiheit der Verbraucher oder der sonstigen Marktteilnehmer aus. Die Vorschrift sichert allein die Entscheidungsfreiheit der Verbraucher/sonstigen Marktteilnehmer. Dem E wird aber nur vorgeworfen, die Hühner zu quälen und ihre Eier zu verkaufen. Er mag unzulässig produzieren, aber es ist nicht ersichtlich, dass er Verbraucher in deren geschäftlichen Entscheidungsmöglichkeiten beeinträchtigt. Kurz: E quält die Hühner, nicht die Verbraucher.

D. Behindern, §§ 3 Abs. 1, 4 Nr. 4 UWG (-)

§ 4 Nr. 4 UWG ist ein wichtiger Grund- und Auffangtatbestand für die Interessen von Mitbewerbern.

Das Anbieten zu niedrigeren Preisen ist kein „*gezieltes Behindern der Mitbewerber*“. Es ist geradezu erwünscht, dass ein Unternehmer seine Mitbewerber unter Druck setzt, indem er niedrigere Preise verlangt. (Wird später in der Vorlesung noch ausgeführt).

E. Rechtsbruch, §§ 3 Abs. 1, 3a UWG (-)

Ein Rechtsbruch scheidet aus, weil es an einem „*Zuwiderhandeln*“ fehlt. E hat die betreffenden gesetzlichen Normen gerade nicht verletzt, sondern eingehalten.

F. § 3 Abs. 1, Abs. 2 UWG (-)

Soweit E Eier an private Endabnehmer verkauft, richtet sich seine geschäftliche Handlung an Verbraucher (siehe oben). Es ist – da eine Irreführung nicht in Betracht kommt (siehe oben) – aber nicht ersichtlich, dass die Handlung geeignet ist, das wirtschaftliche Verhalten des Verbrauchers wesentlich zu beeinflussen, § 2 Abs. 1 Nr. 11 UWG.

G. § 3 Abs. 1 UWG (-)

§ 3 Abs. 1 UWG kann als Generalklausel sämtliche geschäftliche Handlungen erfassen. Die Vorschrift ist als letztes zu prüfen, weil sie den Gerichten besonders weite Spiel- und Wertungsräume verschafft.

Unlauterkeit ist zu bejahen, wenn die geschäftliche Handlung die Interessen von Mitbewerbern, Verbrauchern oder sonstigen Marktteilnehmern beeinträchtigen kann.

I. Produktionsfreiheit des Unternehmers

Am Anfang steht die Klärung, welches geschäftliche Interesse des Unternehmers durch die Anwendung der Generalklausel betroffen sein würde.

E hat ein unternehmerisches Interesse, so produzieren zu können, wie er es selbst für am wirtschaftlichsten beziehungsweise für erfolgversprechend hält.

Wäre es aber nicht sinnvoll, von ihm eine „ökologische“ Produktionsweise zu verlangen? Nein. Der Unternehmer muss allein entscheiden können, welche Produkte er anbietet und wie er sie herstellt, denn er hat die Folgen dieser Entscheidung im Guten wie im Schlechten zu tragen. Ist seine Entscheidung „falsch“, weil sie an den Wünschen der Nachfrager vorbeigeht, so bleibt er auf seiner Ware sitzen und wird durch den Markt bestraft. Ist seine Entscheidung „richtig“, weil sie eine bestehende Nachfrage befriedigt, so wird er vom Markt belohnt. Für den Erfolg im Geschäftsleben soll allein entscheidend sein, ob der Unternehmer Nachfragebedürfnisse besser befriedigen kann als seine Mitbewerber.

II. Mitbewerberinteressen (-)

Interessen von Mitbewerbern sind nicht berührt. Der E hat nicht in einer Weise gehandelt, die seinen Mitbewerbern nicht möglich gewesen wäre. Er hat sie weder unzulässig unter Druck gesetzt, noch ihnen den Zugang zu Kunden versperrt oder Konkurrenten herabgesetzt oder angeschwärzt.

Die Mitbewerber haben auch alle Möglichkeiten, auf die geschäftliche Handlung des E zu „antworten“. Sie können ebenfalls Eier in

Legefabriken produzieren und versuchen, den Verbrauchern besonders preisgünstige Eier anzubieten. Sie können die Eier aber auch irgendwie „aufwändiger“ oder nach irgendwelchen ökologischen oder ethischen Standards produzieren und dem E über die Produktqualität Konkurrenz machen.

III. Interessen unternehmerischer Abnehmer/von Verbrauchern (-)

Haben die Abnehmer oder Verbraucher ein „Recht“ darauf, dass der Unternehmer nur Produkte beziehungsweise Eier zum Beispiel einer bestimmten Güte oder Produktionsweise anbietet? Ein solches „Recht“ würde den Abnehmern und Verbrauchern Auswahlmöglichkeiten und damit Vorteile nehmen, die ihnen durch den Wettbewerb gerade eröffnet werden sollen.

IV. Sonstige Interessen (-)

1. Anstandgefühl aller billig und gerecht Denkenden (-)

Die früher h.M. zu § 1 UWG 1909 stellte darauf ab, ob die betreffende Handlung gegen das „Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden“ verstieß. Zieht man derartige Kriterien heran, so lässt sich annehmen, dass E unlauter handelt.

Solche Kriterien waren im Rahmen von § 1 UWG 1909, der auf die „*guten Sitten*“ abstellte, über lange Zeit herrschende Praxis. Sie sind auch heute noch nicht komplett überwunden. Den von § 3 Abs. 1 UWG verlangten Abwägungsanforderungen genügt eine derartige Betrachtung nicht. Die Vorschrift stellt allein auf wettbewerbsbezogene Aspekte ab.

2. Allgemeinheitsinteressen, Tierschutz (-)

Es ist umstritten, ob das UWG auch „Allgemeinheitsinteressen“ erfasst, die über die Interessen von Marktbeteiligten hinausgehen, zum Beispiel den Tierschutz.

§ 1 Satz 2 UWG beschränkt den Schutz von Allgemeinheitsinteressen durch das UWG auf das „*Interesse der Allgemeinheit an einem unverfälschten Wettbewerb*“. Andere Allgemeinheitsinteressen (Tierschutz, Umweltschutz, Jugendschutz, Gesundheitsschutz etc.) nennt der Gesetzeswortlaut nicht.

Solche Allgemeinheitsinteressen sind im Rahmen des UWG aus Gründen der Gewaltenteilung unbeachtlich. Die Festlegung und die Begründung, welche Interessen die Allgemeinheit denn hat und welches Gewicht ihnen gegenüber den Interessen von Unternehmern, Verbrauchern und Mitbewerbern zukommt, ist eine Aufgabe des Gesetzgebers. Es überschreitet die Kompetenzen der Wettbewerbsgerichte, wenn sie etwa arbeits-, umwelt-, tier-, gesundheits- oder jugendschutzrechtliche Standards entwickeln und diese Standards in die Anwendung des UWG mit einfließen lassen sollten. Gerichte dürfen keine politisch motivierten Akzente setzen, selbst wenn die betreffenden Ziele noch so billigenswert sein mögen. Das Wettbewerbsrecht erlaubt keine richterliche Wirtschaftsgestaltung oder Geschmackszensur.

V. Sonstiges

Es ist ferner zu beachten, dass sich E an die in der deutschen Rechtsverordnung und in der europäischen Regelung aufgestellten Voraussetzungen hält. Deutscher wie europäischer Normgeber erachten eine unternehmerische Entscheidung für derartige Produktionsmethoden also ausdrücklich für legitim.

- Der Unternehmer muss sich auf gewisse Mindeststandards verlassen können. Dies gilt umso mehr, als die entsprechende Vorschrift des europäischen Rechts gerade dazu dient, einheitliche Wettbewerbsbedingungen festzulegen.
- Es kann nicht Aufgabe des Richters sein, solche Vorgaben des Normgebers unter Rückgriff auf die Blankettformel der Unlauterkeit, also allein aus eigener Kompetenz, beiseite zu fegen.

H. Unzumutbares Belästigen, § 7 Abs. 1 UWG (-)

Es liegt auch keine Belästigung anderer Marktteilnehmer vor.

J. Gesamtergebnis

Das Handeln des E ist nach den Vorschriften des UWG nicht zu beanstanden.

§ 3: Anwendbarkeit des UWG

A. Vorrangige Regelungen

Nach **§ 1 Abs. 2 UWG** betrifft das Verhältnis des Wettbewerbsrechts zu Regelungen, die – wie das UWG – unlautere geschäftliche Handlungen zum Gegenstand haben, aber gegenüber dem UWG spezieller sind. Dieses „Sonderwettbewerbsrecht“ geht den allgemeinen Verbotstatbeständen des UWG vor, schließt also deren Anwendbarkeit aus.

I. Aspekte unlauterer Handlungen

Der Vorrang erfordert zunächst, dass das andere Gesetz „*besondere Aspekte unlauterer geschäftlicher Handlungen*“ regelt, also die in § 1 Abs. 1 UWG aufgeführten wettbewerblichen Schutzzwecke zumindest auch verfolgt. Es muss um Konstellationen gehen, die ansonsten aufgrund des UWG beurteilt werden müssten. In Betracht kommen namentlich besondere Bestimmungen zur Erkennbarkeit von Werbung oder Informationspflichten, die den §§ 5, 5a UWG vorgehen. Der Gesetzgeber hatte vor allem Vorschriften des MStV und des TMG vor Augen, *Regierungsentwurf und Begründung eines Gesetzes zur Stärkung des Verbraucherschutzes* vom 24.3.2021, BT-Drucks. 19/27873, S. 1, 31. Wenn das andere Gesetz dagegen Fälle betrifft, die gar nicht unter das UWG fallen können, zum Beispiel weil es Äußerungen von Medien und damit keine geschäftlichen Handlungen zum Gegenstand hat, dann stellt sich das Spezialitätsproblem nicht. § 1 Abs. 2 UWG greift dann nicht ein.

II. Abschließender Regelungsgehalt

Das andere Gesetz geht dem UWG „*vor*“, soweit und sofern es einen abschließenden Regelungsgehalt hat. Ob dies der Fall ist, ist durch die Auslegung des anderen Gesetzes zu bestimmen. Der Vorrang reicht nur so weit, wie der betreffende Aspekt in der spezielleren Vorschrift auch tatsächlich abschließend geregelt wird, *Regierungsentwurf und Begründung eines Gesetzes zur Stärkung des Verbraucherschutzes* vom 24.3.2021, BT-Drucks. 19/27873, S. 1, 31.

1. Abschließender Regelungsgehalt in materiell-rechtlicher Hinsicht

Die Regelung kann zum einen in materiell-rechtlicher Hinsicht abschließend sein. Dies kann sein, wenn die Regelung eben „besondere“ inhaltliche Maßstäbe vorsieht und diese Festlegungen unterlaufen würden, falls man zugleich nach UWG die allgemeinen wettbewerbsrechtlichen Maßstäbe anlegen würde.

Die § 22 Abs. 1 Satz 1 MStV, 6 Abs. 1 Nr. 1 TMG regeln die Erkennbarkeit von Werbung beziehungsweise von kommerzieller Kommunikation und damit „Aspekte unlauterer geschäftlicher Handlungen“. Sie sind für ihren Regelungsbereich „besondere“ Vorschriften gegenüber **§ 5a Abs. 4 Satz 1 UWG**. Ihr abschließender Regelungsgehalt schließt die Anwendung des UWG aus, BGH vom 9.9.2021 (Influencer II), GRUR 2021, 1414 ff. Rn. 58 ff.

Die Zulässigkeit von Onlineportalen, auf denen Ärzte von ihren Patienten bewertet werden können, ist allein an den abschließenden datenschutzrechtlichen Anforderungen, insbesondere an **Art. 6 Abs. 1 lit. f. DSGVO** zu messen. Im Rahmen dieser Abwägung ist unter anderem zu berücksichtigen, ob die Gestaltung des Portals Ärzte, die keine Zahlungen an den Portalbetreiber leisten, unzulässig gegenüber Ärzten benachteiligt, die ein kostenpflichtiges Premium-Profil betreiben. Eine solche Benachteiligung kann insbesondere in einem indirekten Umleiten von potenziellen Patienten bestehen. Es geht um „UWG-Fälle in datenschutzrechtlicher Einkleidung“, *Berberich* ZUM-RD 2020, 354, 356. Das UWG ist nicht anwendbar. Zu den einzelnen Anforderungen zum Beispiel BGH vom 15.2.2022 (Ärztebewertung VI), NJW-RR 2022, 693 ff.; *Paal* JZ 2022, 617 ff.

Einander widersprechende materiell-rechtliche Maßstäbe drohen dagegen nicht, soweit es um die Anwendung von **§ 3a UWG** geht. Der Rechtsbruchtatbestand soll gerade Regelungen außerhalb des UWG erfassen und deren materiellen Anforderungen in das Wettbewerbsrecht übernehmen. § 1 Abs. 2 UWG ist daher einschränkend dahin auszulegen, dass die Vorschrift die Anwendung von § 3a UWG nicht generell ausschließt. Dasselbe gilt in Bezug auf **§ 5b Abs. 4 UWG**.

2. Abschließender Regelungsgehalt in Bezug auf die Sanktionssystematik

Die Anwendbarkeit von **§ 3a UWG** scheidet jedoch aus, wenn die sanktionsrechtlichen Regeln des anderen Gesetzes abschließend sind. Insbesondere kann das andere Gesetz bestimmen, dass gegen Gesetzesverstöße nur der unmittelbar Betroffene oder die zuständige Behörde vorgehen kann. Eine solche Sanktionssystematik darf nicht über das Wettbewerbsrecht unterlaufen werden. § 1 Abs. 2 UWG macht dann § 3a UWG unanwendbar. Einzelheiten behandelt das Kapitel zum Rechtsbruch.

B. Geschäftliche Handlung

Die §§ 3 ff., 7 UWG setzen eine „*geschäftliche Handlung*“ voraus. Ist ein Vorgehen eine geschäftliche Handlung, dann ist die entsprechende UWG-Norm anwendbar. Ist es das nicht, so greift das UWG nicht ein.

Das **HGB** greift zu einem subjektiven System und findet auf alle Kaufleute, nicht dagegen auf Handelsgeschäfte Anwendung. Das **UWG** wählt den anderen Weg und entscheidet sich sozusagen für ein objektives System. Es fragt nicht, ob jemand Unternehmer oder Geschäftsmann ist. Das zentrale Anwendbarkeitskriterium ist vielmehr die Art der betreffenden Handlung.

In der Sache geht es darum, den Anwendungsbereich des Wettbewerbsrechts vom „Nichtwettbewerbsrecht“ abzugrenzen. Dabei handelt es sich um Rechtsgebiete, die nach eigenen Maßstäben verlangen, weil für sie – anders als bei § 1 Abs. 2 UWG – weder besondere noch allgemeine wettbewerbsrechtliche Maßstäbe passen. Zu nennen sind

- das allgemeine Deliktsrecht, das für privates Handeln und vielfach auch für Äußerungen und Handlungen von Medien gilt,
- das Arbeitsrecht, das Sondermaßstäbe für sozusagen unternehmensinterne Vorgänge anordnet,
- das öffentliche Recht in unterschiedlichen Bezügen, insbesondere im Zusammenhang mit hoheitlichen Maßnahmen.

Was unter einer „geschäftlichen Handlung“ zu verstehen ist, definiert **§ 2 Abs. 1 Nr. 2 UWG**. Die dort normierten Voraussetzungen wurden zum Teil von der früheren Rechtsprechung entwickelt, zum Teil gehen sie auf Richtlinien der EU zurück. Die regelungstechnische Umsetzung ist dem Gesetzgeber nicht sonderlich gut gelungen. Die Abgrenzung des Wettbewerbsrechts vom Nichtwettbewerbsrecht lässt sich nur zum Teil anhand der gesetzlich genannten Tatbestandsvoraussetzungen bewerkstelligen, zum Teil verlangt sie ungeschriebene Anforderungen.

In der Klausur verlangt der Umgang mit § 2 Abs. 1 Nr. 2 UWG fallbezogene Bewertungen. Wenn Sie unter alle Tatbestandsmerkmale der Vorschrift subsumieren wollten, bräuchten Sie dafür schätzungsweise fünf Seiten oder mehr, ohne dass damit für die Lösung des Falles viel gewonnen wäre. Sie müssen hier in besonderem Maße gewichten. Ist das Vorliegen einer geschäftlichen Handlung unproblematisch, so handeln sie § 2 Abs. 1 Nr. 2 UWG kurz ab und listen ganz knapp auf, warum eine geschäftliche Handlung vorliegt (siehe Fall: Das Lakritzprodukt). Wenn dagegen bestimmte

Voraussetzungen problematisch sind, müssen diese entsprechend thematisiert werden (siehe Fall: Die Influencerin).

I. Verhalten einer Person

Das UWG erfasst das „*Verhalten einer Person*“. Erfasst werden sowohl Handlungen als auch Unterlassungen.

„Verhalten“ ist ein menschliches Tun, das der Bewusstseinskontrolle und Willenslenkung unterliegt und somit beherrschbar ist. Juristische Personen, Personengesellschaften, Unternehmen und Organisationen können nicht „als solche“ handeln. Ihnen kann jedoch das Verhalten einer natürlichen Person nach § 31 BGB analog zuzurechnen sein. Werden die Zuwiderhandlungen in einem Unternehmen von einem Mitarbeiter oder Beauftragten begangen, so können sich daraus bestimmte Ansprüche gegen den Inhaber des Unternehmens ergeben, **§ 8 Abs. 2 UWG**.

Unterlassungen sind Verhalten, sofern eine wettbewerbsrechtliche Verkehrspflicht besteht. Wer in seinem Verantwortungsbereich eine Gefahrenquelle für Marktteilnehmer schafft oder andauern lässt, muss die ihm zumutbaren Maßnahmen und Vorkehrungen treffen, die zur Abwendung der Dritten daraus drohenden Gefahren notwendig sind, BGH vom 22.7.2021 (Rundfunkhaftung) – I ZR 194/20, GRUR 2021, 1534 ff. Rn. 68 mwN.

Nach BGH vom 11.3.2009 (Halzband), GRUR 2009, 597, 598 Rn. 16 muss, wer ein Mitgliedskonto bei eBay hat, die Zugangsdaten dieses Mitgliedskontos hinreichend vor fremdem Zugriff sichern. Wenn der Inhaber keine hinreichende Sicherung bewerkstelligt und deshalb eine andere Person (im Streitfall: die Ehefrau!) das Mitgliedskonto ohne das Wissen des Inhabers zum Verkauf von Gegenständen benutzt, dann muss sich der Inhaber des Mitgliedskontos so behandeln lassen, als ob er selbst gehandelt hätte. Wenn die andere Person einen Wettbewerbsverstoß begeht, so wird dieser dem Inhaber als eigener zugerechnet. Die Entscheidung ist sehr weitreichend, weil sie dazu führen kann, dass eine Privatperson nach UWG haftet.

II. Zugunsten eines Unternehmens

1. Zugunsten

Das Verhalten muss „*zugunsten*“ eines Unternehmens (§ 2 Abs. 1 Nr. 8 UWG) sein. Ebenso spricht das UWG von der „*Förderung*“ einer

unternehmerischen Tätigkeit. Die Formulierungen sind zu eng. Das Wettbewerbsrecht erfasst seit jeher auch Verhalten zuungunsten fremder Unternehmen. Ein Paradebeispiel sind geschäftsschädigende Äußerungen.

Die Formulierungen „zugunsten“ und „Förderung“ erklären sich aus dem früheren Schutzzweckverständnis. Danach wurden geschäftsschädigende Äußerungen erfasst, weil und sofern sie sich zugunsten des Äußernden oder der Konkurrenten des Geschädigten auswirkten. In § 4 Nr. 1, Nr. 2 UWG, die herabsetzende oder anschwärzende Äußerungen über den Mitbewerber regeln, wirkt dieses Verständnis noch fort. Das UWG muss prinzipiell aber auch eingreifen können, wenn sich etwa ein unternehmerischer Abnehmer abwertend über einen Monopollieferanten äußert.

Das Verhalten muss sich auf ein Unternehmen auswirken und nicht auf eine Privatperson oder eine private Institution.

BGH vom 16.12.1982 (Spendenbitte), GRUR 1983, 374 ff.: Ein Unternehmer, der Vorsitzender eines Sportvereins war, hatte seine Lieferanten um Spenden für eine Vereinsveranstaltung gebeten. Das UWG war auf diese „Spendenbitte“ des Unternehmers nicht anwendbar. Der Vorsitzende hatte nämlich durch die Spenden keinen Vorteil als Unternehmer erlangt und die wettbewerbliche Position seines Unternehmens wurde ebenfalls nicht berührt. Insbesondere schied ein unternehmerischer Imagegewinn aus. Die Spendenaktion wurde nicht über die unmittelbar beteiligten Kreise hinaus bekannt gemacht. Außerdem war sichergestellt, dass Spenden von Lieferanten nicht als Spenden des Unternehmers angesehen werden konnten. Auch auf der Ebene der Lieferanten entstanden keine wettbewerblichen Vorteile. Es wurde ausdrücklich festgestellt, dass die Aktion weder eine geschäftliche Bevorzugung von Spendern noch eine Diskriminierung von Nichtspendern zur Folge hatte.

2. Eigenes Unternehmen

Handlungen zugunsten „des eigenen Unternehmens“ liegen zum Beispiel vor, wenn ein Unternehmer Werbung für seine eigenen Produkte macht. Ebenso liegt es, wenn ein Unternehmer Werbung für ein anderes Unternehmen macht und dafür von dem anderen Unternehmen bezahlt wird.

3. Fremdes Unternehmen

Das UWG erfasst ebenso Handlungen zugunsten „eines fremden Unternehmens“. Es kann aufgrund von **§ 5a Abs. 4 Satz 2 UWG**, der nur für das Fördern eines fremden Unternehmens gilt, notwendig sein, zwischen der

Förderung des eigenen und der eines fremden Unternehmens zu unterscheiden. Ein wichtiger Anwendungsfall sind Personen, die selbst weder ein Unternehmen betreiben noch in dessen Namen oder Auftrag handeln, § 2 Abs. 1 Nr. 8 UWG. Sie können nicht zugunsten eines eigenen Unternehmens, wohl aber zugunsten fremder Unternehmen tätig werden.

Das UWG kann zum Beispiel Handlungen von Unternehmensverbänden erfassen, die selbst kein Unternehmen sind und deren satzungsmäßige Aufgabe in der Förderung von wirtschaftlichen Interessen ihrer Mitglieder liegt. Äußerungen oder Empfehlungen eines solchen Verbands sind am Wettbewerbsrecht zu messen, wenn die Mitglieder als Unternehmen im geschäftlichen Verkehr tätig sind und der Verband im Zusammenhang mit den satzungsmäßigen Aufgaben mit den Mitgliedern oder mit Dritten in Verbindung tritt, BGH vom 25.6.1992 (Erdgassteuer), GRUR 1992, 707, 708 mwN.

III. Art der Unternehmensförderung

1. Absatz oder Bezug von Waren oder Dienstleistungen

Die Förderung ist relevant, wenn sie sich auf den „*Absatz oder Bezug von Waren oder Dienstleistungen*“ bezieht. Die Regelung war nach traditionellem Verständnis auf Maßnahmen im Horizontalverhältnis gemünzt, insbesondere darauf, sich durch das Behindern der Mitbewerber Vorteile zu verschaffen, *Regierungsentwurf und Begründung zum UWG vom 20.8.2008*, BT-Drucks. 16/10145, S. 21. Sie stellt klar, dass sowohl Maßnahmen des Absatzwettbewerbs als auch Maßnahmen des Nachfragewettbewerbs geschäftliche Handlungen sein können, *Regierungsentwurf und Begründung zum UWG vom 22.8.2003*, BT-Drucks. 15/1487, S. 16 ff.

Das Paradebeispiel für Absatzwettbewerb ist eine Werbung, die den Absatz beziehungsweise Verkauf eigener Waren betrifft: „Kauft bei mir“. Der Nachfragewettbewerb betrifft die umgekehrte Situation beziehungsweise den Einkauf fremder Waren: „Verkauft an mich“.

Eine genaue Abgrenzung zwischen Waren und Dienstleistungen ist entbehrlich, weil das Gesetz beide Kategorien gleich behandelt. Das Nachfragen von Arbeitskräften, zum Beispiel in Gestalt einer Stellenanzeige, und das Abwerben von Arbeitskräften betrifft die Nachfrage nach Dienstleistungen, *Köhler* in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, 40. Auflage 2022, § 2 UWG Rn. 39.

Das UWG erfasst nicht nur Maßnahmen zur Vergrößerung, sondern auch solche zur Erhaltung des bisherigen Kundenstamms oder zur Vorbereitung unternehmerischer Tätigkeit; BGH vom 13.2.1992 (Beitragsrechnung), GRUR 1992, 450, 452; BGH vom 4.2.1993 (Maschinenbeseitigung), WRP 1993, 396, 397. Die Anwendbarkeit verlangt keine direkte Auswirkung auf die Absatzhöhe. Erfasst werden auch Vorgänge im Zusammenhang mit dem Erscheinungsbild des Unternehmens oder zur Bewahrung des guten fachlichen Rufs eines Produkts, die sich möglicherweise gar nicht oder nur auf lange Sicht auf die Höhe des Absatzes auswirken, BGH vom 14.7.1961 (Betonzusatzmittel), GRUR 1962, 45, 47.

2. Abschluss oder Durchführung eines Vertrags

Eine geschäftliche Handlung liegt auch vor, wenn das Verhalten „den Abschluss oder die Durchführung eines Vertrags über Waren oder Dienstleistungen“ zum Inhalt hat. So wird erreicht, dass Handlungen im Vertikalverhältnis, also gegenüber sonstigen Marktteilnehmern oder Verbrauchern, in das UWG mit einbezogen werden, ohne dass es auf ein Handeln gegenüber Mitbewerbern ankommt. Dadurch kann das UWG problemlos auch Monopolunternehmen oder Konstellationen erfassen, in denen es möglicherweise keinen Mitbewerber gibt.

IV. Vor, bei oder nach einem Geschäftsabschluss

Das UWG erfasst jedes einschlägige Verhalten „vor, bei oder nach einem Geschäftsabschluss“. Die Voraussetzung soll in Umsetzung der RL 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken insbesondere klarstellen, dass auch Maßnahmen nach Abschluss beziehungsweise zur Durchführung von Verträgen eine geschäftliche Handlung sind, *Regierungsentwurf und Begründung zum UWG* vom 20.8.2008, BT-Drucks. 16/10145, S. 21. Das Wettbewerbsrecht erstreckt sich seitdem auch auf Geschäftspraktiken gegenüber den bereits vertraglich gewonnenen Kunden (zum Beispiel Rundschreiben an Vertragspartner), während man solche Handlungen früher aus dem Wettbewerbsrecht herausgenommen hatte.

Eine Anwendung des UWG auf Handlungen, die sich auf einzelne Vertragsverhältnisse beziehen und beschränken, bringt die Gefahr mit sich, die Wertungen des Vertragsrechts durch das Wettbewerbsrecht zu stören. Die frühere Rechtsprechung hat eine Anwendung des UWG daher abgelehnt, BGH vom 21.4.1983 (Ausschank unter Eichstrich I), GRUR 1983, 451 f. Heute wird die Anwendbarkeit grundsätzlich bejaht, zum Beispiel *Peukert* in: *Peifer* (Hrsg.), *Großkommentar UWG*, 3. Auflage 2021, § 2 Rn. 279.

In Bezug auf Handlungen gegenüber Verbrauchern und die **RL 2005/29/EG** hat EuGH vom 16.4.2015 (Nemzety Fogyasztóvédelmi Hatóság/UPC Magyarország Kft.) – Rs. C-388/13, GRUR 2015, 600, 601 Rn. 37 die Anwendbarkeit bejaht. Die Schaffung des Verbraucherschadensersatzanspruchs in **§ 9 Abs. 2 UWG** aufgrund der europarechtlichen Vorgaben basiert auf diesem Verständnis. Für den EuGH ist die effektive Umsetzung der RL 2005/29/EG wichtig und die systematische Abstimmung zwischen deutschem Vertrags- und Wettbewerbsrecht irrelevant. Das Wettbewerbsrecht ist insoweit auch auf Handlungen gegenüber dem einzelnen Verbraucher anzuwenden und nicht mehr auf einen Schutz von Kollektivinteressen der Verbraucherschaft beschränkt.

V. Unmittelbarer objektiver Zusammenhang

Eine geschäftliche Handlung liegt nur vor, wenn das Verhalten mit der betreffenden Absatz-, Bezugs- oder Vertragstätigkeit *„unmittelbar und objektiv zusammenhängt“*. Der erforderliche Zusammenhang ist zu bejahen, wenn das Verhalten aufgrund seiner Wirkungen und der sonstigen Umstände Marktvorgänge und Interessen von Marktteilnehmern berühren kann. Eine direkte Auswirkung beispielsweise auf den Absatz oder den Bezug von Waren ist nicht erforderlich.

Rein innerbetriebliche Vorgänge ohne unmittelbare Außenwirkung werden nicht vom UWG erfasst. Die bloße Eignung, zukünftig auf die Wettbewerbslage einzuwirken, stellt noch keinen „unmittelbaren“ Zusammenhang her. Für die Beurteilung unternehmensinterner Vorgänge sind andere Maßstäbe angemessen als für Handlungen, die sich etwa an Käufer wenden und sie „umlenken“ oder Mitbewerber behindern. Wettbewerb braucht Schutzzonen, um sich entfalten zu können. Wollte man interne Vorgänge der wettbewerbsrechtlichen Kontrolle unterwerfen, so hieße das, „die wettbewerbsliche Initiative zu lähmen und den Wettbewerb dort zu verbieten, wo er seinen Ursprung hat, nämlich in dem betriebsinternen Bereich, wie etwa der Beratung unter Firmenangehörigen über eine vorzunehmende geschäftliche Handlung“, *Harmsen BB 1969, 427*.

Selbst ein auf die Förderung des eigenen Absatzes gerichtetes Verhalten ist wettbewerbsrechtlich erst relevant, wenn es in der Außenwelt in Erscheinung tritt und sich auf gegenwärtige oder mögliche Mitbewerber auswirken kann, BGH vom 25.9.1970 (Branchenverzeichnis), GRUR 1971, 119 mwN. Betriebsinterne Vorgaben eines Unternehmens an seine eigenen

weisungsgebundenen, in die Vertriebsorganisation eingegliederten Handelsvertreter fallen nicht unter das UWG.

Das Ausklammern innerbetrieblicher Handlungen ist in der Regel unproblematisch, da spätestens der Folgeakt, der die Außenwirkung herstellt, wettbewerbsrechtlich überprüft werden kann. In Sonderfällen kann auch ein vorbeugender Unterlassungsanspruch gegeben sein.

VI. Geschäftlicher Verkehr, Negativabgrenzungen

Die Anwendbarkeit des UWG hängt über die in § 2 Abs. 1 Nr. 2 UWG ausdrücklich genannten Voraussetzungen hinaus auch von der systematischen Abgrenzung des Wettbewerbsrechts von anderen Rechtsgebieten ab. Das UWG kann unanwendbar sein, weil bestimmte Bereiche durch andere Rechtsgebiete geregelt werden.

Es bietet sich an, die Vorschrift um das Erfordernis eines Handelns im „*geschäftlichen Verkehr*“ zu erweitern, das in der Bezeichnung „geschäftliche Handlung“ anklingt und im Wettbewerbsrecht vielfach als ungeschriebene Voraussetzung verstanden wurde, so etwa BGH vom 26.1.2006 (Abschleppkosten-Inkasso), GRUR 2006, 428 f. So können die einschlägigen Konstellationen treffend benannt werden. Es ist ebenso vertretbar, stattdessen auf das – sprachlich wenig aussagekräftige – Erfordernis des unmittelbaren und objektiven Zusammenhangs abzustellen. Dann muss man diese Voraussetzung in besonderer Weise normativ verstehen und darf sie nur in Fällen bejahen, in denen das Wettbewerbsrecht geeignete Maßstäbe zur Beurteilung der entsprechenden Verhaltensweise bereithält, so *Alexander* in: BeckOK UWG, 14. Edition Stand 1.12.2021, § 2 UWG n.F. Rn. 123.

1. Öffentliches Recht

Die hoheitliche beziehungsweise „amtliche“ Tätigkeit der öffentlichen Hand liegt außerhalb des geschäftlichen Verkehrs. Ihre Rechtmäßigkeit ist allein nach den einschlägigen verfassungs- und verwaltungsrechtlichen Anforderungen zu beurteilen.

Der systematische Geltungsvorrang des öffentlichen Rechts gilt grundsätzlich nur soweit, wie die öffentliche Hand in Ausfüllung ihrer öffentlichen Stellung und Aufgaben tätig wird beziehungsweise Maßnahmen durchführt, die ihr gesetzlich vorgeschrieben beziehungsweise durch den öffentlich-rechtlichen Sonderstatus geboten sind. Die öffentliche Hand kann sich der Anwendbarkeit des UWG dagegen nicht allein dadurch entziehen,

dass sie in Formen des öffentlichen Rechts tätig wird oder das Verhältnis zu ihren Abnehmern öffentlich-rechtlich organisiert. Ein wichtiges Beurteilungskriterium für die Abgrenzung ist, ob die öffentliche Hand bei der fraglichen Tätigkeit unmittelbar an die Grundrechte gebunden ist oder wie ein Privater tätig wird.

Ein Handeln im geschäftlichen Verkehr ist nach BGH vom 22.3.1976 (Studenten-Versicherung), BGHZ 66, 229, 233 ff. anzunehmen, wenn die öffentliche Hand zu privaten Mitbewerbern in einem echten Wettbewerbsverhältnis steht, beide sich also als Anbieter auf dem Boden der Gleichordnung gegenüberstehen und besondere öffentlich-rechtliche Beziehungen zwischen ihnen nicht bestehen. Dies gilt auch, wenn die erwerbswirtschaftliche Tätigkeit eine sogenannte Randnutzung öffentlicher Einrichtungen ist, wie etwa die Aufnahme von Anzeigen in ein Amtsblatt oder das Verkaufen von überschüssigem Blockeis durch einen städtischen Schlachthof, BGH vom 26.05.1961 (Blockeis I), GRUR 1962, 159, 160. Wenn die öffentliche Hand dagegen „an sich“ zur Erfüllung ihrer öffentlichen Aufgabe tätig wird, aber deren Grenzen überschreitet, so fällt die überschießende Tätigkeit in den geschäftlichen Verkehr.

Die Tätigkeit der Rundfunkanstalten ist öffentlich-rechtlicher Art, soweit sie den öffentlich-rechtlichen Programmauftrag erfüllt und ihre dabei entfaltenen Sendetätigkeiten, auch soweit diese das Unterhaltungsprogramm betreffen, öffentlich-rechtlicher Art sind. Mit dieser Sendetätigkeit verbundene Betätigungen wirtschaftlicher Art, zum Beispiel unzulässige Werbepraktiken, unterfallen dagegen dem Wettbewerbsrecht, BGH vom 22.2.1990 (Werbung im Programm), BGHZ 110, 278, 284.

2. Deliktsrecht

Eine Privatperson kann, da sie kein Unternehmen ist, nicht zugunsten des eigenen Unternehmens handeln. Wird jemand in rein privaten und nicht in „gewerblichen, handwerklichen oder beruflichen“ (§ 2 Abs. 1 Nr. 8 UWG) Zusammenhängen tätig, dann scheidet ein Handeln zugunsten eines fremden Unternehmens in der Regel ebenfalls aus. Das Handeln der einzelnen Privatperson hat keine unternehmerische Breitenwirkung und kann den Wettbewerb nicht in einem relevanten Umfang verfälschen. Sie haftet nur, wenn sie einen Tatbestand der §§ 823 ff. BGB erfüllt. Die strengeren Maßstäbe des UWG gelten für sie grundsätzlich nicht.

Es kann schwierig sein zu beurteilen, ob jemand in einem privaten oder einem unternehmerischen Zusammenhang tätig wird. Das UWG enthält insoweit keine Regelung, namentlich kein Gegenstück zu § 344 Abs. 1 HGB.

BGH vom 26.2.1960 (Mampe Halb und Halb), GRUR 1960, 384, 386 hat angenommen, dass Äußerungen, die ein Handelsvertreter im Rahmen eines privaten Gaststättenbesuchs gegenüber dem Kellner über ein Konkurrenzprodukt macht, unter das UWG fallen, wenn der Äußernde der Unterhaltung „eine geschäftliche Wendung“ gibt. Dies ließ sich im Streitfall ohne Weiteres annehmen, da letztlich eine zielgerichtete Werbung gegenüber Dritten und für das eigene Produkt in Frage stand.

Nach BGH vom 22.4.1993 (Makler-Privatangebot), GRUR 1993, 761, 762 mwN. spricht nach der Lebenserfahrung eine tatsächliche Vermutung für die Annahme, dass ein Kaufmann im geschäftlichen Verkehr handelt, wenn er eine Tätigkeit entfaltet, die – äußerlich betrachtet – sich nicht von seinen sonstigen kaufmännisch-beruflichen Tätigkeiten unterscheidet. Im Streitfall war diese Vermutung freilich widerlegt. Ein Immobilienmakler und Bauunternehmer hatte ein Privatgrundstück, das ihm Jahre zuvor geschenkt wurde, per Annonce zum Verkauf angeboten. Er hatte es also nicht zum Zwecke des Weiterverkaufs erworben und auch später nicht seinem geschäftlichen Bereich zugeschlagen.

Ein Handeln zugunsten eines fremden Unternehmens liegt aber vor, wenn jemand im privaten Rahmen gelegentlich für ein Unternehmen tätig ist und dafür von dem Unternehmen bezahlt wird. Denkbar ist dies namentlich, wenn jemand als Laienwerber tätig ist und für jeden gewonnenen Kunden eine Werbeprämie erhält, BGH vom 29.9.1994 (Laienwerbung für Augenoptiker), GRUR 1995, 122, 123.

3. Medienrecht

Medien erfüllen die Voraussetzungen von § 2 Abs. 1 Nr. 8 UWG und sind daher Unternehmen. Sie verlangen aber aufgrund ihrer besonderen Bedeutung und Funktion sowie der Drittwirkung von **Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG** vielfach nach Sondermaßstäben.

Medien werden zu den eigenen Gunsten tätig, wenn ihr Verhalten geschäftlich und nicht redaktionell motiviert ist. Das ist typischerweise der Fall, wenn zum Beispiel das Anzeigengeschäft oder eine eigene Kundenwerbung von Medien infrage stehen. Ein Beispiel ist BGH vom 1.10.2009 (Gib mal Zeitung), GRUR 2010, 161 ff.

Äußerungen von Medien sind keine geschäftliche Handlung, wenn sie redaktionell motiviert sind beziehungsweise ein Beitrag zum öffentlichen

Meinungskampf und von öffentlichen Informationsinteressen getragen sind. Medienunternehmer verfolgen mit der Veröffentlichung solcher Beiträge durchaus auch das Ziel, die eigene Wettbewerbslage im Verhältnis zu anderen Presseunternehmen zu verbessern. Dieser Umstand führt jedoch im Hinblick auf die besondere Bedeutung der Medien nicht dazu, ein Handeln zugunsten des eigenen Unternehmens anzunehmen. Das Fördern des eigenen Unternehmens ist insoweit nur eine „notwendige Begleiterscheinung funktionsgerechten Pressehandelns“ und damit irrelevant, BGH vom 9.9.2021 (Influencer I), GRUR 2021, 1400 ff. Rn. 45 mwN. Aus denselben Gründen wird eine redaktionell motivierte Berichterstattung rechtlich auch nicht als ein Handeln zugunsten eines fremden Unternehmens eingeordnet, selbst wenn etwa ein Wirtschaftsartikel Aussagen trifft, die für betroffene Unternehmen günstig sein können. Die redaktionell motivierten Äußerungen sind allein nach Maßstäben des Deliktsrechts zu beurteilen, das gegenüber dem UWG äusserungsfreundlicher ist und daher für Medien besser passt.

Das Wettbewerbsrecht ist aber anwendbar, wenn Äußerungen von Medien rein geschäftlich und nicht redaktionell motiviert sind, dazu *Beater*, Die Anwendbarkeit des UWG auf Medien und Journalisten, WRP 2016, 787 ff., 929 ff. In der Regel liegt dann ein Handeln zugunsten eines fremden Unternehmens vor. Für die Abgrenzung zwischen redaktioneller und geschäftlicher Motivation kommt es maßgeblich auf den Inhalt, die Art und die Form der Äußerung sowie unter Umständen auch auf eine etwaige Untermauerung der Äußerung durch Tatsachenangaben an. Die Einordnung hat auch auf die Motive des Äußernden abzustellen.

- Eine Anwendung des Wettbewerbsrechts kommt umso eher in Betracht, je stärker die betreffende Äußerung auf eine übermäßig anpreisende Darstellung hinausläuft, die den Boden sachlicher Information verlässt, BGH vom 9.2.2006 (Rechtsanwalts-Ranglisten), GRUR 2006, 875, 877 Rn. 27. Es spricht zum Beispiel gegen die redaktionelle Motivation, wenn ein Beitrag jegliche kritische Distanz vermissen lässt und ohne sachliche Rechtfertigung ein Produkt oder Unternehmen als positiv bewertet, BGH vom 30.4.1997 (Die Besten I), GRUR 1997, 912, 913. Dasselbe gilt, wenn Produkte oder Dienstleistungen von Inserenten namentlich genannt werden und über das durch eine sachliche Information bedingte Maß hinaus werbend dargestellt werden.
- Weiterhin spricht es gegen eine redaktionelle Zielsetzung, wenn besondere Beziehungen zwischen dem Medienunternehmen beziehungsweise seinem Inhaber oder dem Redakteur einerseits und dem durch die Werbung begünstigten Dritten andererseits bestehen

und der Beitrag entsprechende finanzielle Hintergründe hat. Das kommt insbesondere in Betracht, wenn der Begünstigte des Beitrags für die Berichterstattung ein Entgelt oder eine ähnliche Gegenleistung gewährt hat.

Typische Konstellationen sind:

– Pressefehden

BGH vom 21.6.1966 (Höllengefährdung), BGHZ 45, 296, 302 nahm an, dass die Pressefehde im Streitfall nicht auf wettbewerblichem Gebiet lag und die Beklagte überwiegend aus nichtwettbewerblichen Motiven heraus gehandelt hatte. Einzelheiten behandelt die Vorlesung Äußerungsrecht.

– Äußerungen mit Vergleichscharakter, Warentests in Zeitschriften

Das UWG ist auf Warentests in Zeitschriften nicht anwendbar, wenn die Zeitung um einen objektiven Test bemüht und nicht darüber hinaus involviert ist, BGH vom 18.10.1966 (Warentest I), GRUR 1967, 113 f. Die öffentliche Aufgabe und der verfassungsrechtliche Sonderstatus der Medien umfasst auch eine Wirtschaftsfunktion, die dem Einzelnen bei der Bewältigung von Schwierigkeiten und Streitigkeiten des täglichen Lebens hilft und volkswirtschaftlich sinnvoll ist, *Beater*, Medienrecht, 2. Auflage 2016, Rdnr. 38 mwN. Die Gerichte prüfen aber, ob es der Zeitschrift um eine Aufklärung der Verbraucher oder vorwiegend darum geht, bestimmte Unternehmer zum Nachteil anderer zu unterstützen. Im Ergebnis werden Zeitschriftentests weitestgehend aus dem UWG und dessen strengen Regeln heraus genommen.

– „Mischformen“ zwischen Werbung und redaktioneller Berichterstattung

BGH vom 19.2.1998 (AZUBI 94), GRUR 1998, 947 ff. betraf ein Anzeigenblatt, dem die Beilage „AZUBI 94“ beigelegt war. Im redaktionellen Text der Beilage wurden einzelne Firmen aus dem Verteilungsgebiet des Anzeigenblatts in der Überschrift namentlich bezeichnet und die in den Betrieben gegebenen Ausbildungsmöglichkeiten durch Zitate von Äußerungen der Repräsentanten der Unternehmen näher beschrieben. Zugleich hatten mehrere der genannten Betriebe in der Beilage Anzeigen geschaltet. Der BGH sah die Veröffentlichungen im Ergebnis als zulässig an. Er ordnete die von der Zeitung selbst verfassten Texte als Handlungen

ohne geschäftlichen Charakter und damit inzident als redaktionell und eben nicht finanziell motiviert ein. Die fraglichen Beiträge hätten – auch wegen ihrer Verknüpfung mit Werbeanzeigen der erwähnten Unternehmen – zwar durchaus einen wettbewerbsfördernden Bezug, doch habe dieser wegen des Informationsgebots der Presse und unter Würdigung der Aufmachung und des Inhalts der Berichte insgesamt nur eine untergeordnete Bedeutung.

4. Arbeitsrecht

Für betriebsinterne Vorgänge gibt es weiterhin ein eigenständiges Rechtsgebiet, nämlich das Arbeitsrecht.

Ein eindeutiger Anwendungsfall sind Streiks. Werden sie von der Gewerkschaft oder Belegschaft selbst initiiert, so sind sie am Arbeitsrecht beziehungsweise an § 823 Abs. 1 BGB (Recht am Unternehmen) zu messen, siehe BAG vom 21.6.1988, BAGE 58, 364, 389; BGH vom 16.6.1977 (Fluglotsenstreik), BGHZ 69, 128 ff. Sie sind eine innerbetriebliche Angelegenheit und werden als solche vom Wettbewerbsrecht bewusst nicht erfasst, sondern aus systematischen Gründen dem Arbeitsrecht überlassen. Dagegen greift das Wettbewerbsrecht ein, wenn der Unternehmer einen Mitbewerber durch physischen oder psychischen Zwang ausschaltet und dazu zum Beispiel dessen Produktionsanlagen zerstört, Mitarbeiter vergiftet oder eben zum Streik aufwiegelt. Solche Maßnahmen sind wettbewerbswidrig und das Wettbewerbsrecht kann hier in höchstem Maße gefordert sein.

Das UWG ist auch auf weitere arbeitsrechtliche Vorgänge nicht anwendbar, zum Beispiel auf die Handlungen von Betriebsratsfraktionen, soweit diese im Bereich der politischen Auseinandersetzung bleiben, OGH vom 15.2.2000 (Betriebsrat aktuell), wbl 2000, 289 f.

Fall: Die Influencerin

Die prominente Influencerin I unterhält auf Instagram ein öffentlich zugängliches Account. Es ist mit einem blauen Haken verifiziert, den Instagram nur prominenten Personen zugesteht. Die I hat 485.000 Follower und erstellt und veröffentlicht regelmäßig Posts, die Bilder von ihr selbst zeigen und manchmal Begleittexte haben. Darin beschäftigt sich I mit Mode, ihrem Leben als Mutter eines Kleinkindes, Yoga, Reisen und anderen Themen. Die I weist in zahlreichen Posts in Form von Tags auf die Hersteller der von ihr getragenen Kleidung oder sonstiger im Bild zu sehender Gegenstände hin. In den Begleittexten lobt die I die abgebildeten Kleidungsstücke und Gegenstände, ist dabei aber nicht völlig distanzlos oder durchweg überschwänglich. Auf dem Account finden sich drei verschiedene Art von Posts.

Für manche Posts (Reklameposts = R-Posts) wird die I von den Herstellern der abgebildeten Produkte bezahlt. Sie kennzeichnet diese Posts mit dem unübersehbaren Werbehinweis „bezahlte Partnerschaft mit ...“. Daneben stellt die I nach eigener Entscheidung auch Posts ein, die Produkte von Herstellern zeigen, von denen sie kein Entgelt erhält. Diese Posts enthalten keinen Werbehinweis. Bei einem Teil dieser Posts erscheint der Name des jeweiligen Herstellerunternehmens, wenn man als Nutzer auf den Tag in diesen Posts klickt (Tagposts = T-Posts). Bei dem anderen Teil dieser Posts wird man außerdem per Link auf die Webseite des Herstellers geleitet, wenn man dessen Namen anklickt (Linkposts = L-Posts).

I bittet um Auskunft, ob ihr Handeln vom UWG erfasst wird und rechtmäßig ist.

Abwandlung: Die R-Posts sind nicht mit dem Werbehinweis „bezahlte Partnerschaft mit ...“ gekennzeichnet.

Hinweis: LG München vom 29.4.2019 (Cathy Hummels), AfP 2019, 363 ff.; OLG München vom 25.5.2020 (Cathy Hummels), AfP 2020, 345 ff.; BGH vom 9.9.2021 (Influencer I), GRUR 2021, 1400 ff.; *Schaub* GRUR 2021, 1358 ff.

Ausgangsfall:

A. §§ 3 Abs. 1, 3a UWG, 22 Abs. 1 Satz 1 MStV (-)

I. Anwendungsbereich (+)

§ 1 Abs. 2 UWG schließt die Anwendbarkeit der Verbotstatbestände des UWG aus, wenn die betreffende Handlung bereits durch eine speziellere und für ihren Bereich abschließende Vorschrift außerhalb des UWG geregelt ist.

- **§ 22 Abs. 1 Satz 1 MStV** regelt die Erkennbarkeit von Werbung und damit „Aspekte unlauterer geschäftlicher Handlungen“. Sie ist für ihren Regelungsbereich auch eine „besondere“ Vorschrift, deren Anforderungen nicht durch die Anwendung von **§ 5a Abs. 4 Satz 1 UWG** umgangen werden dürfen, BGH vom 9.9.2021 (Influencer II), GRUR 2021, 1414 ff. Rn. 58 ff. zu § 6 Abs. 1 Nr. 1 TMG, der mit § 22 Abs. 1 Satz 1 MStV inhaltsgleich ist.
- Hier steht jedoch nicht die Anwendbarkeit von § 5a Abs. 4 Satz 1 UWG; sondern die von **§ 3a UWG** infrage. § 1 Abs. 2 UWG ist einschränkend auszulegen. Die Vorschrift schließt die Anwendung von § 3a UWG nicht aus, weil der Rechtsbruchtatbestand gerade Regelungen außerhalb des UWG erfassen soll.

II. Geschäftliche Handlung

Die §§ 3 Abs. 1, 3a UWG setzen eine geschäftliche Handlung voraus, **§ 2 Abs. 1 Nr. 2 UWG**.

1. Unternehmerstatus der I (+)

Influencer betreiben ein „Unternehmen“ (**§ 2 Abs. 1 Nr. 8 UWG**), wenn sie das eigene Image vermarkten und durch Werbeeinnahmen kommerzialisieren, insbesondere wenn sie Werbung für fremde Unternehmen gegen Entgelt veröffentlichen, BGH vom 9.9.2021 (Influencer I), GRUR 2021, 1400 ff. Rn. 36 f. mwN.

Soweit die I in ihrem Account persönliche Dinge anspricht, nimmt dies ihrer Tätigkeit nicht den unternehmerischen Charakter. Zum einen

haben ihre Äußerungen insofern keine private Qualität, als sie bewusst auf eine möglichst große öffentliche Wahrnehmung ziehen. Zum anderen macht gerade die Öffnung des privaten Lebensbereichs es für das Publikum attraktiv, Influencern zu folgen, da diese so glaubwürdiger, nahbarer und sympathischer wirken, BGH vom 9.9.2021 (Influencer I), GRUR 2021, 1400 ff. Rn. 43 mwN.

2. **R-Posts (+)**

Das Öffentlichmachen der R-Posts ist eine geschäftliche Handlung, weil I dafür von den Werbepartnern ein Entgelt erhält und insoweit zugunsten ihres eigenen Unternehmens und zugunsten der sie bezahlenden Unternehmen tätig wird, BGH vom 9.9.2021 (Influencer I), GRUR 2021, 1400 ff. Rn. 50.

3. **T-Posts (-)**

Das Veröffentlichen der T-Posts ist weniger eindeutig einzuordnen, weil die I dafür kein Entgelt der angeführten Unternehmen erhält.

a. **Zugunsten des eigenen Unternehmens (-)**

aa. **Gesetzeswortlaut**

BGH vom 9.9.2021 (Influencer I), GRUR 2021, 1400 ff. Rn. 42 sieht in unbezahlten Posts grundsätzlich eine Förderung des eigenen Unternehmens. Der Influencer-Account kann durch die Berücksichtigung auch von Produkten, mit deren Herstellern die Influencerin keinen Vertrag hat, „authentischer wirken“ und damit sowohl für Nutzer wie für Unternehmen attraktiver werden, LG München vom 29.4.2019 (Cathy Hummels), AfP 2019, 363, 364. Wenn die Influencerin Follower dadurch besser bindet und für sie interessanter wird, dann wird sie zugleich auch für unternehmerische Werbeinteressen interessanter und kann so von den T-Posts profitieren, BGH (Influencer I) aaO. Rn. 42

bb. **Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG**

Die Post der I haben „Begleittexte“ und beschäftigen sich mit verschiedenen Themen. Begreift man die I als Medienunternehmerin im Sinne von **Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG**, so ist die Anwendbarkeit des UWG zweifelhaft. Die I genießt für ihre Äußerungen wie jeder andere auch Meinungsfreiheit im Sinne von Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG. Zugleich

kommt in Betracht, das Account als Presse beziehungsweise journalistisch-redaktionell gestaltetes Telemedien anzusehen.

Presseunternehmer verfolgen mit der Veröffentlichung redaktioneller Beiträge ebenfalls das Ziel, die eigene Wettbewerbslage im Verhältnis zu anderen Presseunternehmen zu verbessern. Dieser Umstand führt jedoch im Hinblick auf die besondere Bedeutung der Medien nicht dazu, ein Handeln zugunsten des eigenen Unternehmens anzunehmen. Das Fördern des eigenen Unternehmens ist insoweit nur eine „notwendige Begleiterscheinung funktionsgerechten Pressehandelns“ und damit irrelevant, BGH vom 9.9.2021 (Influencer I), GRUR 2021, 1400 ff. Rn. 45.

- OLG München vom 25.6.2020 (Cathy Hummels), AfP 2020, 345, 346 hat in Bezug auf die unbezahlten Posts angenommen, die I komme mit diesen Posts dem Informationsinteresse ihrer Follower nach. Ihre Tätigkeit unterscheide sich nicht von redaktionellen Beiträgen beispielsweise in Modezeitschriften, in denen auch Produkte dargestellt und beschrieben werden.
- Der BGH bejaht im Ausgangspunkt ein Informationsinteresse der Follower nicht nur an der privaten Lebensgestaltung der Influencer, sondern auch daran, welche Kleidungsstücke Influencer tragen oder welche anderen Produkte sie verwenden, BGH vom 9.9.2021 (Influencer I), GRUR 2021, 1400 ff. Rn. 57 mwN. Influencer hätten gegenüber Teilen der Allgemeinheit eine Informations- und Unterhaltungsfunktion, die neben die der klassischen Medien getreten sei, BGH (Influencer I) aaO. Rn. 58.

Damit scheidet ein Handeln zugunsten des eigenen Unternehmens aus.

b. Zugunsten eines fremden Unternehmens (-)

Ein Handeln zugunsten eines fremden Unternehmens setzt nicht zwingend voraus, dass der Handelnde von dem fremden Unternehmen eine Gegenleistung erhält, BGH vom 9.9.2021 (Influencer I), GRUR 2021, 1400 ff. Rn. 52. Medienunternehmen handeln zugunsten eines fremden Unternehmens, wenn die Veröffentlichung redaktioneller Beiträge vorrangig dem Ziel dient, geschäftliche Entscheidungen von Verbrauchern oder sonstigen Marktteilnehmern in Bezug auf Produkte des fremden Unternehmens zu beeinflussen. BGH vom 9.9.2021

(Influencer I), GRUR 2021, 1400 ff. Rn. 44 ff. Die Entscheidung ist unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls zu treffen, BGH vom 9.9.2021 (Influencer I), GRUR 2021, 1400 ff. Rn. 68.

Eine Influencertätigkeit ist – den Anforderungen für die klassischen Medien entsprechend – geschäftlich, soweit Beiträge dem Gesamteindruck nach übertrieben werblich sind, also einen werblichen Überschuss enthalten, so dass die Förderung fremden Wettbewerbs eine größere als nur eine notwendige begleitende Rolle spielt, BGH (Influencer I) aaO. Rn. 59 f., 64 mwN.

Die Begleittexte der I sind zwar lobend, aber „nicht völlig distanzlos oder durchweg überschwänglich“. Das Versehen der Bilder mit Tags begründet ebenfalls keinen werblichen Überschuss, weil mit dem Hinweis auf den Hersteller weiterführende Informationen zu dem Text- oder Bildbeitrag geliefert werden, BGH (Influencer I), aaO. Rn. 66.

4. L-Posts (+)

Die L-Posts bieten im Unterschied zu den T-Post über den Link einen direkten Zugang zur Internetseite des Herstellers des abgebildeten Produkts. Diese Verlinkung bewirkt regelmäßig einen werblichen Überschuss, weil der Leser des Instagramm-Beitrags durch das Anwählen der Verlinkung direkt in den werblichen Einflussbereich des Herstellerunternehmens gelangt, BGH (Influencer I) aaO. Rn. 67.

In Bezug auf die L-Posts handelt die I folglich zugunsten fremder Unternehmen.

III. Wettbewerbliche Schutzrichtung von § 22 Abs. 1 Satz 1 MStV (+)

§ 22 Abs. 1 Satz 1 MStV soll „*auch*“ die Erkennbarkeit von Werbung in Telemedien sichern und regelt damit im Interesse der Marktteilnehmer das Markverhalten.

IV. Verstoß gegen § 22 Abs. 1 MStV (-)

1. Telemedium (+)

Das von I betriebene Instagramm-Account ist ein Telemedium im Sinne von **§§ 2 Abs. 1 Satz 3 TMG, 2 Abs. 1 Satz 3 MStV** (=

Fechner/Mayer, Medienrecht Vorschriftensammlung, 16. Auflage
2020, Nr. 30, 21).

2. Werbung

Die Einordnung als Werbung bestimmt sich nach **§ 2 Abs. 2 Nr. 7 MStV**.

- I macht als natürliche Person in Form der Posts Äußerungen und diese hängen mit der Ausübung eines Gewerbes zusammen, da die I durch die Influcertätigkeit Einkünfte erzielt.
- Die weitere Einordnung hängt maßgeblich davon ab, ob die Angabe „*gegen Entgelt oder eine ähnliche Gegenleistung*“ gemacht wird. Danach sind die R-Posts Werbung.
- Die T- und L-Posts sind mangels Gegenleistung keine Werbung, werden also von § 22 Abs. 1 Satz 1 MStV nicht erfasst.

3. Erkennbarkeit des Werbecharakters und Trennung der R-Posts (+)

Die R-Posts sind als „bezahlte Partnerschaft mit ...“ und „unübersehbar“ als Werbung erkennbar.

B. Verstoß der R-Posts gegen §§ 3a UWG, 6 Abs. 1 Nr. 1 TMG (-)

Ein Verstoß gegen § 6 Abs. 1 Nr. 1 TMG scheidet aus denselben Gründen aus.

- Die R-Posts sind kommerzielle Kommunikation im Sinne von **§ 2 Nr. 5 TMG**, aber aufgrund des Werbehinweise als solche klar zu erkennen (siehe oben).
- Die M- und L-Posts sind keine kommerzielle Kommunikation im Sinne von **§ 2 Nr. 5b a.E. TMG**, da sie „*unabhängig und [...] ohne finanzielle Gegenleistung*“ eingestellt wurden.

C. Verstoß gegen § 3 Abs. 3, Nr. 11 Anhang UWG (-)

I. Anwendungsbereich, § 1 Abs. 2 UWG

Die R-Posts fallen als Werbung unter § 22 Abs. 1 Satz 1 MStV und als kommerzielle Kommunikation unter § 6 Abs. 1 Nr. 1 TMG. Ihre Beurteilung bestimmt sich allein nach diesen „besonderen“ Vorschriften. Andere UWG-Tatbestände als der Rechtsbruch sind nach § 1 Abs. 2 UWG nicht anwendbar.

Die T- und die L-Posts sind weder Werbung im Sinne von § 2 Abs. 2 Nr. 7 MStV noch kommerzielle Kommunikation im Sinne von § 2 Nr. 5 TMG. Die §§ 22 Abs. 1 Satz 1 MStV, 6 Abs. 1 Nr. 1 TMG regeln die rechtliche Beurteilung dieser Posts nicht. Die Anwendung von § 3 Abs. 3, Nr. 11 Anhang UWG ist also nicht durch vorrangige abschließende Regelungen ausgeschlossen.

II. Geschäftliche Handlung gegenüber Verbrauchern (+)

In Bezug auf die T-Posts liegt keine geschäftliche Handlung der I vor (siehe oben).

In Bezug auf die L-Posts liegt dagegen eine geschäftliche Handlung vor (siehe oben). Sie erfolgt „*gegenüber Verbrauchern*“, wenn sie „unmittelbar mit der Absatzförderung, dem Verkauf oder der Lieferung eines Produkts an Verbraucher“ zusammenhängt“, **Art. 2 lit. d RL 2005/29/EG**. I betreibt Absatzförderung und wendet sich dabei an Verbraucher.

III. Nr. 11 Anhang UWG (-)

Die Vorschrift verlangt den Einsatz „*redaktioneller Inhalte*“, also einen Beitrag, der seiner Gestaltung nach als objektive neutrale Berichterstattung erscheint, BGH vom 6.2.2014 (GOOD NEWS II), GRUR 2014, 879, 882 Rn. 24 mwN. Die Begleittexte der I lassen sich als redaktionelle Inhalte begreifen.

Da die I für die L-Posts keine Gegenleistungen von den Herstellern der angesprochenen Produkte erhält, werden die L-Posts nicht von einem anderen Unternehmer „*finanziert*“.

D. Verstoß der L-Posts gegen § 5a Abs. 4 Satz 1 UWG (-)

§ 5a Abs. 4 Satz 1 UWG verlangt, dass der „*kommerzielle Zweck einer geschäftlichen Handlung kenntlich*“ gemacht wird. Die Vorschrift ist in Bezug auf die L-Posts nicht aufgrund von § 1 Abs. 2 UWG unanwendbar (siehe oben).

Das Setzen der Links auf den L-Posts ist eine geschäftliche Handlung zugunsten eines fremden Unternehmens (siehe oben). Nach **§ 5a Abs. 4 Satz 2 UWG** liegt in einer solchen Konstellation kein kommerzieller Zweck vor, wenn der Handelnde keine Gegenleistung von dem fremden Unternehmen bekommt oder sich versprechen lässt. Die L-Posts verstoßen damit nicht gegen § 5a Abs. 4 Satz 1 UWG.

Der Gesetzgeber unterscheidet hier also zwischen dem Handeln zugunsten des eigenen Unternehmens (bezahlte Posts; Werbung für Produkte, die der Influencer selbst anbietet) und dem Handeln zugunsten eines fremden Unternehmens (keine Gegenleistung für Posts; keine Werbung für eigene Produkte). § 5a Abs. 4 Satz 2 UWG soll den Influencern einen sicheren Rechtsrahmen für ihre Tätigkeit bieten, Regierungsentwurf und Begründung eines Gesetzes zur Stärkung des Verbraucherschutzes vom 24.3.2021, BT-Drucks. 19/27873, S. 1, 34. Die Vorschrift soll zugleich dem Umstand Rechnung tragen, dass sich Influencer wie viele Medien regelmäßig über Werbeeinnahmen finanzieren und für ihre Auftraggeber besonders attraktiv sind, wenn sie viele Menschen erreichen, Regierungsentwurf und Begründung eines Gesetzes zur Stärkung des Verbraucherschutzes vom 24.3.2021, BT-Drucks. 19/27873, S. 1, 35.

Abwandlung:

Die Abwandlung wirft die Frage auf, ob die R-Posts auch ohne den ausdrücklichen Hinweis auf die bezahlte Partnerschaft als Werbung beziehungsweise kommerzielle Kommunikation „*klar erkennbar*“ sind, **§§ 22 Abs. 1 Satz 1 MStV, 6 Abs. 1 Nr. 1 TMG**. Die Vorschriften geben dem Diensteanbieter nicht vor, wie er die Erkennbarkeit herzustellen hat. Damit stellt sich die Frage, ob sich die Erkennbarkeit auch aus den Umständen ergeben kann.

Ob Erkennbarkeit gegeben ist, hängt vom Einzelfall ab. Die Gerichten haben darüber unter Rückgriff auf die wettbewerbsrechtlichen Maßstäbe beurteilt, BGH vom 6.2.2014 (GOOD NEWS II), GRUR 2014, 879, 882 Rn. 24 mwN.

- Nach BGH vom 9.9.2021 (Influencer I), GRUR 2021, 1400 ff. Rn. 80 mwN. [zu § 5a Abs. 6 UWG a.F. = § 5a Abs. 4 UWG und vor Inkrafttreten von § 1 Abs. 2 UWG] muss der kommerzielle Zweck aus der Sicht des durchschnittlich informierten, situationsadäquat aufmerksamen und verständigen Verbrauchers auf den ersten Blick zweifelsfrei hervortreten. Danach reicht es nicht aus, wenn sich der werbliche Charakter eines Beitrags dem Verbraucher erst erschließt, wenn er ihn bereits zur Kenntnis genommen hat, denn dann ist er der Anlockwirkung bereits erlegen, die das Kennzeichnungsgebot gerade unterbinden soll, und war der Werbebotschaft unvorbereitet ausgesetzt, BGH vom 9.9.2021 (Influencer I), GRUR 2021, 1400 ff. Rn. 89. Danach scheidet insbesondere die Möglichkeit aus, die Erkennbarkeit allgemein mit der Überlegung zu bejahen, dass die Nutzer eines Influencer-Accounts den Beiträgen generell einen kommerziellen Charakter zuschreiben.
- LG München vom 29.4.2019 (Cathy Hummels), AfP 2019, 363, 364 f. und OLG München vom 25.6.2020 (Cathy Hummels), AfP 2020, 345, 347 haben noch anders geurteilt haben. Kritisch dazu *Nadi* WRP 2019, 931 ff.; *Wagner* juristPR-ITR 12/2019 Anm. 5. Sie haben angenommen,
- die I wende sich mit ihren Themen an junge Mütter und berufstätige Frauen. Es könne davon ausgegangen werden, dass Accounts, die mit einem blauen Haken versehen seien, durchweg zur öffentlichen Imagepflege und damit auch aus kommerziellen Erwägungen betrieben würden. Prominente neigten normalerweise dazu, ihre Privatsphäre zu schützen. Wenn sie dagegen Einblicke in ihr vermeintliches Privatleben gäben, dann seien dahinter kommerzielle Interessen zu vermuten, LG München aaO. 365.
- es müsse auch einem uninformierten Betrachter klar sein, dass es sich bei den 485.000 Followern nicht um wirkliche Freunde der I handele und dass I die Postings nicht nur schalte, um ihre persönlichen Freunde über ihr Tun zu informieren und sich mit auszutauschen. Wenn sich die I nur mit persönlichen Freunden austauschen wollte, dann hätte sie sich für ein nicht öffentlich zugängliches Profil entschieden, LG München aaO. 365.