§ 3: RECHTSGRUNDLAGEN UND RECHTSANWENDUNG

A. Regelungsgefüge des UWG

Das UWG regelt, wann geschäftliche Handlungen sind „unzulässig“ sind. Das ist vor allem der Fall, wenn Handlungen „unlauter“ sind, § 3 Abs. 1 UWG.

I. Unlautere geschäftliche Handlungen, §§ 3 – 6 UWG

Die §§ 3 – 6 UWG regeln, in welchen Fällen eine geschäftliche Handlung „unlauter“ ist. Diese Vorschriften sind der Kern des materiellen Wettbewerbsrechts. Für ihre Anwendung 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.

Wenn Vorschriften abschließend sind, dann darf dieser Regelungsgehalt nicht durch eine zu weitgehende Auslegung anderer UWG-Regelungen umgangen wird.

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 angelegt 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, so beurteilt sich die Äußerung allein nach § 3 Abs. 1 UWG.

II. Belästigende geschäftliche Handlungen, § 7 UWG

Das UWG kennt neben der Unlauterkeit noch einen anderen Verbotsmaßstab. Geschäftliche Handlungen können nach § 7 UWG auch unzulässig sein, weil sie einen Marktteilnehmer (§ 2 Abs. 1 Nr. 2 UWG = Mitbewerber, Verbraucher, sonstiger Marktteilnehmer) „in unzumutbarer Weise belästigen“.

Der Gesetzgeber geht davon aus, dass die unzumutbare Belästigung nach anderen Beurteilungsmaßstäben verlangt als die §§ 3 ff. UWG, *Regierungsentwurf und Begründung zum UWG* vom 20.8.2008, BT-Drucks. 16/10145, S. 28. Das Belästigungsverbot hat einen Sondercharakter, *Beater WRP* 2012, 6 ff. Es erklärt sich nicht aus wettbewerblichen, sondern aus persönlichkeitsrechtlichen beziehungsweise verfassungsrechtlichen Überlegungen. Einzelheiten werden am Ende der Vorlesung behandelt

B. Anwendung der Unlauterkeitstatbestände (§§ 3 – 6 UWG)

I. 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.

II. „Wettbewerbsfunktionale“ Anwendung

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 Abs. 1 Satz 2 UWG), die Schutzzwecke des Wettbewerbsrechts („*Schutz der Mitbewerber, Verbraucher und sonstigen Marktteilnehmer*“, § 1 Abs. 1 Satz 1 UWG) und die Teleologie der jeweiligen Vorschrift zu verstehen. Die betroffenen Interessen der Marktteilnehmer müssen 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. Das zentrale inhaltliche Kriterium für die Bestimmung, Gewichtung und Bewertung der beteiligten wettbewerbslichen 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. 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.

Nach der Rechtsprechung des EuGH zur Warenverkehrsfreiheit 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.

III. Schutzzwecke, Mischtatbestände

Die Schutzinteressen der Mitbewerber, Verbraucher ergeben sich aus ihrer jeweiligen funktionalen Stellung im Wettbewerb. Richtet sich beispielsweise eine 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.

Die einzelnen Schutzzwecke sind nach § 1 Abs. 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 berechnigte 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 Berechnigung 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 Berechnigung 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.

IV. 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 Wettbewerbs Sachverhalte 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 wettbewerblischen 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 frühere 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.

C. 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 typischerweise 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 des UWG 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.

Für das Wettbewerbsrecht ist vor allem die **RL 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken** (= Beck WettbR Nr. 9) zu nennen. Sie hat große praktische Bedeutung, weil sie sämtliche Verbrauchertatbestände betrifft (§§ **3 Abs. 2 – 4; 4a; 5; 5a, 5b, 9 Abs. 2 UWG, Nr. 1 ff. Anhang UWG**). Sie ist zugleich 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. Ihre inhaltlichen Vorgaben sind daher für das deutsche Recht verbindlich.

Die weiteren für das UWG relevanten Richtlinien haben einen unterschiedlichen Charakter

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

Die RL dient darüber hinaus 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.

Soweit Vorschriften des UWG auf abschließenden europarechtlichen Richtlinien basieren, sind sie vor den sonstigen Bestimmungen des UWG zu prüfen. So wird sichergestellt, 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: 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 (-)**

§ 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.

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.

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 „gekaut“ 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 Düfte), 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 nachprüfbaren 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.

Fall: Legehennenhaltung

(zur Ergänzung, in der Vorlesung nicht behandelt)

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 dazu, die einzelnen Vorschriften ergänzend zu illustrieren. 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 Abs. 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.