

# Die Spürbarkeitsklausel des § 3 I UWG

Inauguraldissertation zur Erlangung der Doktorwürde der  
Wirtschafts- und Sozialwissenschaftliche Fakultät der TU Dortmund  
vorgelegt von Michael Arwed Blomeyer

Dekan: Prof. Dr. Andreas Liening

Gutachter: 1. Prof. Dr. Wolfgang B. Schünemann  
2. Prof. Dr. Dr. h. c. mult. Rolf Stober

eingereicht am: 28.03.2014

# Inhaltsverzeichnis

Inhaltsverzeichnis .....	I
Abkürzungsverzeichnis.....	VI
Kapitel 1: Einleitung und Problemaufriss .....	1
I. Die Spürbarkeit als „Nebenkriegsschauplatz“ des Lauterkeitsrechts .....	1
1. Das Problem eines unübersichtlichen, nicht konsentierten Kriterienkatalogs .....	1
2. Das Problem einer oberflächlichen Behandlung durch die Rechtsprechung.....	2
II. Notwendigkeit einer systematischen Aufarbeitung .....	3
III. Gang der Untersuchung .....	4
IV. Untersuchungsgegenstand und Terminologie .....	4
1. Der Untersuchungsgegenstand.....	4
2. Die „sedes materiae“ .....	5
Kapitel 2: Der Normkontext der Spürbarkeitsklausel .....	6
I. Wortlaut der Spürbarkeitsklausel .....	6
II. Einbindung in den Interessenschutz des Lauterkeitsrechts .....	7
1. Die Schutzzweckbestimmung des § 1 UWG.....	7
2. Schutz der Interessen der Marktteilnehmer .....	9
a) Wettbewerbsfunktionale Auslegung des § 1 UWG .....	9
b) Rechtsethisch fundierte (pluralistische) Betrachtung .....	10
c) Erweiterte (gemischte) wettbewerbsfunktionale Ansicht .....	11
d) Stellungnahme .....	11
aa) Keine Vorentscheidung durch etablierte Begrifflichkeiten .....	11
bb) Überdehnung des lauterkeitsrechtlichen Regelungsbereiches.....	12
cc) Fehlen eines Abwägungsmaßstabes .....	13
dd) Einfallstor für Gruppeninteressen und Schädigung der Marktteilnehmer .....	14
ee) Überwindung der „Anstandsformel“ im UWG 2004.....	14
ff) Die Rolle des Marktteilnehmers als Anknüpfungspunkt des Interessenschutzes.....	15
gg) Unberechtigte Kritik einer „ökonomistischen Ideologisierung“ .....	17
hh) §§ 4 und 7 UWG als Prüfsteine für einen rein wettbewerbsfunktionalen Schutzzweck .....	18
(1) Wettbewerbsfunktionale Aspekte der „Herabsetzung“ und „Anschwärzung“ gem. § 4 Nr. 7 und 8 UWG .....	19
(2) Wettbewerbsfunktionaler Interessenschutz im Rahmen des § 7 UWG? .....	20
e) Folgerungen für die Schutzzweckdiskussion.....	22

aa)	Konzeptionelles Problem eines erweiterten wettbewerbsfunktionalen Ansatzes .....	23
bb)	§ 7 UWG als Systembruch .....	24
f)	Zusammenfassung .....	24
3.	Schutz des Allgemeininteresses an einem unverfälschten Wettbewerb .....	25
a)	Der Wettbewerbsbegriff .....	25
aa)	Ungeeignetheit des „Leistungswettbewerbs“ .....	27
bb)	Phänomenologische Erfassung des Wettbewerbs .....	28
b)	Das Schutzobjekt des „unverfälschten Wettbewerbs“ .....	30
aa)	Supranationaler Bezug des „unverfälschten Wettbewerbs“ .....	31
(1)	Das System des unverfälschten Wettbewerbs im EU a.F. und EG a.F. ....	32
(2)	Systematische Kontinuität im EUV n.F. und AEUV .....	34
bb)	Der Wettbewerbsrahmen des Sekundärrechts insbesondere der UGP-Richtlinie .....	36
cc)	Die Wirtschaftsverfassung des Grundgesetzes: Soziale Marktwirtschaft als Wettbewerbsleitbild? .....	41
dd)	Wettbewerbstheoretische Fundierung des Lauterkeitsrechts? .....	44
(1)	Zulässigkeit der Einbeziehung von wettbewerbstheoretischen Modellen oder wettbewerbspolitische Neutralität des UWG? .....	45
(2)	Statische vs. dynamische Wettbewerbsmodelle .....	46
(3)	Wohlfahrtsökonomische vs. systemtheoretische Ansätze .....	47
(4)	Stellungnahme .....	48
(5)	Zusammenfassung .....	49
ee)	Schutz sonstiger Interessen der Allgemeinheit? .....	50
ff)	Zusammenfassung .....	51
4.	Verhältnis des Interessenschutzes unter- und zueinander .....	52
a)	Gleichrangige und einheitliche Betrachtung der Individualinteressen? .....	52
aa)	Integriertes Modell des UWG .....	52
bb)	Getrennte Lauterkeitsordnungen aufgrund der UGP-RL? .....	53
cc)	Stellungnahme .....	54
dd)	Schlussfolgerung .....	55
b)	Die Reichweite des Interessenschutzes der Marktteilnehmer .....	55
aa)	Unschärfe der Wettbewerbsfreiheit .....	56
bb)	Kernbereiche der Wettbewerbsfreiheit .....	56
c)	Das Verhältnis von Individual- und Institutionenschutz .....	58
aa)	Der Wettbewerb als zu schützende Institution .....	58
bb)	Eigenständige Bedeutung des Institutionenschutzes? .....	59
cc)	Stellungnahme .....	60
d)	Zusammenfassung: Verhältnis des Interessenschutzes .....	63
5.	Zusammenfassung: Der Interessenschutz des Lauterkeitsrechts .....	63
III.	Zusammenfassung .....	64
Kapitel 3:	Die Bestimmung der spürbaren Interessenbeeinträchtigung .....	66

I.	Ansatzpunkte zur Bestimmung der Spürbarkeit .....	66
1.	Spürbarkeit als qualitative Interessenbeeinträchtigung .....	66
2.	Spürbarkeit als quantifizierbare Beeinträchtigung des Marktgeschehens .....	66
a)	Absolute Betrachtung .....	67
b)	Relative Betrachtung .....	67
3.	Spürbarkeit als Ansatzpunkt richterlicher Gesamtabwägung .....	67
II.	Kritische Würdigung und Stellungnahme .....	68
III.	Konturierung der Spürbarkeitsbestimmung .....	70
1.	Das Spannungsverhältnis von Rechtssicherheit und Wirklichkeitsnähe .....	70
2.	Berücksichtigung des Markt- und Wettbewerbsgeschehens? .....	72
3.	Strukturierte Verhältnismäßigkeit als Ausformung der Schutzzweckanforderungen.....	76
IV.	Zusammenfassung.....	79
Kapitel 4:	Spürbarkeit als Ausdruck der Verhältnismäßigkeit .....	81
I.	Anwendbarkeit des Verhältnismäßigkeitsprinzips im Lauterkeitsrecht.....	81
1.	Funktionen der Verhältnismäßigkeitsprüfung .....	82
2.	Durchdringung des Privatrechts, insbesondere des Lauterkeitsrechts .....	83
3.	Berücksichtigung der Verhältnismäßigkeit in der lauterkeitsrechtlichen Rechtsprechung ..	85
4.	Aufbau der Verhältnismäßigkeitsprüfung .....	86
5.	Abgrenzung zur lauterkeitsrechtlichen Gesamtwürdigung.....	88
6.	Zusammenfassung .....	88
II.	Die Elemente der Verhältnismäßigkeit .....	89
III.	Legitimes Ziel/legitimer Zweck .....	89
IV.	Geeignetheit .....	90
V.	Erforderlichkeit.....	90
VI.	Angemessenheit (Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne) .....	92
1.	Methodischer Ausgangspunkt .....	92
2.	Feststellung der betroffenen Interessen.....	94
a)	Beschränkung auf wettbewerbsfunktionale Interessen der Marktteilnehmer .....	95
b)	Normative Vorprägung der schutzwürdigen Interessen der Marktteilnehmer .....	96
c)	Notwendigkeit einer typisierenden Betrachtung .....	97
d)	Zusammenfassung .....	99
3.	Bewertung betroffener Interessen .....	99
a)	Die Art des Verstoßes .....	100
b)	Die Schwere des Verstoßes .....	101
aa)	Umstände in der Person des Handelnden .....	102
bb)	Qualität der geschäftlichen Handlung .....	104
c)	Berücksichtigung der Folgen der geschäftlichen Handlung .....	109

d)	Zusammenfassung .....	111
4.	Einbeziehung von Gegenverbotsinteressen und ihre Gewichtung .....	111
5.	Abwägung der betroffenen Interessen .....	113
a)	Das Problem des Drittmaßstabes: Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs als tertium comparationis.....	113
b)	Leitlinien der Abwägungsentscheidung .....	114
c)	Der Referenzverbraucher als normativer Ausdruck eines freiheitlichen Maßstabes.....	116
d)	Berücksichtigung öffentlich-rechtlicher Sanktionsmöglichkeiten? .....	117
e)	Berücksichtigung zivilrechtlicher Sanktionsmöglichkeiten, insbesondere von Widerrufsrechten? .....	119
VII.	Zusammenfassung.....	123
Kapitel 5:    Tatbestandliche Folgen eines verhältnismäßigkeitsbezogenen Spürbarkeitsverständnisses.....		
		124
I.	Monistischer oder dualistischer Tatbestand des § 3 I UWG? .....	124
II.	Verdrängung durch die Verbrauchergeneralklausel? .....	128
1.	Ambiguität von Wortlaut und Gesetzgebungsmaterialien .....	128
2.	Normstrukturelle Anhaltspunkte .....	129
3.	Konkretisierung der „fachlichen Sorgfalt“ .....	130
4.	Vergleich der Relevanzkriterien.....	133
5.	Zusammenfassung .....	136
III.	Immanenz oder Eigenständigkeit der Spürbarkeit im Rahmen der übrigen Tatbestände des UWG? .....	136
1.	Die Beispielstatbestände nach § 4 UWG – lediglich selektive Spürbarkeitsprüfung? .....	138
2.	Die Spürbarkeit als Korrektiv des Rechtsbruch-Tatbestandes? .....	140
a)	Besondere Begrenzungsfunktion des Spürbarkeitserfordernisses?.....	141
b)	Abwägungserfordernis im Rahmen des Rechtsbruchtatbestandes.....	143
c)	Reintegration des Wettbewerbsvorsprungs.....	147
3.	Die Spürbarkeit im Rahmen der Irreführungstatbestände.....	148
4.	Die Tatbestände der vergleichenden Werbung gem. § 6 UWG – Spürbarkeit als punktuelle europarechtliche Systemwidrigkeit? .....	152
a)	Korrigierende Auslegung aufgrund der Werberichtlinie? .....	152
b)	Meinungsstand.....	153
c)	1. Lösungsansatz: Der Normcharakter des Katalogs des Art. 4 Werbe-RL – Verbots- oder bloßer Zulässigkeitskatalog? .....	154
d)	2. Lösungsansatz: Das systematische Zusammenspiel von Werbe-RL und UGP-RL..	157
5.	Die Tatbestände der belästigenden Werbung gem. § 7 UWG .....	158
6.	Die Katalogtatbestände des UWG-Anhangs („Schwarze Liste“) .....	159
IV.	Zusammenfassung .....	160

Kapitel 6: Darlegungs- und Beweislast.....	161
I. Rechts- oder Tatfrage? .....	161
II. Beweislastverteilung nach der Funktion im Anspruchsgefüge .....	161
1. Zivilprozessuale Normalverteilung nach dem Günstigkeitsprinzip .....	161
2. Anspruchsbegründung oder Einwendung? .....	162
3. Stellungnahme.....	162
4. Möglichkeit einer Beweislastumkehr? .....	163
5. Beweiserleichterungen im Rahmen der Beispiels- und Spezialtatbestände? .....	164
III. Zusammenfassung .....	166
Kapitel 7: Schlussbetrachtung und Zusammenfassung in Thesenform .....	167
Danksagung und Widmung .....	171
Literaturverzeichnis .....	172
Eidesstattliche Erklärung .....	180

## Abkürzungsverzeichnis

a.A.	anderer Ansicht
a.F.	alte Fassung
ABl. EG	Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften
ABl. EU	Amtsblatt der Europäischen Union
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
Anm.	Anmerkung
B2B	Business to Business (Unternehmer zu Unternehmer)
B2C	Business to Consumer (Unternehmer zu Verbraucher)
Bd.	Band
Begr.	Begründer (m/w)
ber.	berichtigt
BGH	Bundesgerichtshof
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BTDrucks.	Bundestags-Drucksache
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (Entscheidungssammlung)
ders.	derselbe
d.h.	das heißt
dies.	dieselbe
Dig.	Digesten
EG	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft (in der Fassung seit dem Vertrag von Amsterdam)
EGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft (in der Fassung vor dem Vertrag von Amsterdam)
endg.	endgültige Fassung
ErwGrd.	Erwägungsgrund
EU	Europäische Union
EuGH	Europäischer Gerichtshof

EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
f./ff.	folgende
Fn.	Fußnote
FS	Festschrift
gem.	gemäß
GK-UWG	Großkommentar zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), in der 2. Auflage herausgegeben von <i>Otto Teplitzky, Karl-Nikolaus Peifer</i> und <i>Matthias Leistner</i> (s. Literaturverzeichnis); 1. Auflage herausgegeben von <i>Rainer Jacobs, Walter F. Lindacher, Otto Teplitzky</i> (s. Literaturverzeichnis)
grds.	grundsätzlich
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht (Zeitschrift)
GRUR Int	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, internationaler Teil (Zeitschrift)
GRUR-RR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht / Rechtsprechungsreport (Zeitschrift)
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
HK-WettbR	Heidelberger Kommentar zum Wettbewerbsrecht, herausgegeben von <i>Friedrich L. Ekey, Diethelm Klippel, Jost Kotthoff, Astrid Meckel</i> und <i>Gundula Plaß</i> (s. Literaturverzeichnis)
Hrsg.	Herausgeber (m/w)
Hs.	Halbsatz
iErg.	im Ergebnis
jurisPK	juris PraxisKommentar UWG, herausgegeben von <i>Eike Ullmann</i> (s. Literaturverzeichnis)
JZ	Juristenzeitung
i.V.m.	in Verbindung mit
i.d.F.	in der Fassung
i.d.R.	in der Regel
OLG	Oberlandesgericht
KOM	Kommission der Europäischen Gemeinschaften



li. Sp.	linke Spalte
MMR	MultiMedia und Recht (Zeitschrift)
MüKoUWG	Münchener Kommentar zum Lauterkeitsrecht (UWG), herausgegeben von <i>Peter W. Heermann</i> und <i>Günter Hirsch</i> (s. Literaturverzeichnis)
MüKoZPO	Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung (ZPO), herausgegeben von <i>Wolfgang Krüger</i> und <i>Thomas Rauscher</i> (s. Literaturverzeichnis)
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
n.F.	neue Fassung
RegE	Regierungsentwurf
re. Sp.	rechte Spalte
Rn.	Randnummer
S.	Seite; Satz (bei Rechtsnormen); am Satzanfang auch: siehe
s.	siehe
s.a.	siehe auch
s.o.	siehe oben
st. Rspr.	ständige Rechtsprechung
s.u.	siehe unten
SGB	Sozialgesetzbuch
Slg.	Amtliche Sammlung
Sp.	Spalte
u.a.	unter anderem
UGP-RL	Richtlinie 2005/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Mai 2005 über unlautere Geschäftspraktiken im binnenmarktsinternen Geschäftsverkehr zwischen Unternehmern und Verbrauchern, ABl. EG L 149 v. 11.06.2005, S. 22.
UWG	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb
vgl.	vergleiche
Werbe-RL	Richtlinie 2006/114/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Dezember 2006 über irreführende und vergleichende Werbung, ABl.

EU Nr. L 376 v. 27.12.2006, S. 21

WRP                      Wettbewerb in Recht und Praxis (Zeitschrift)  
Tz.                        Textzahl  
z.B.                      zum Beispiel

Nicht genannte juristische Abkürzungen richten sich nach *Kirchner, Hildebert (Begr.)/Butz, Cornelia*,  
Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache, 7. Auflage, Berlin 2013.

# Kapitel 1: Einleitung und Problemaufriss

## I. Die Spürbarkeit als „Nebenkriegsschauplatz“ des Lauterkeitsrechts

„*Minima non curat praetor*“ bezeichnet ein dem römischen Pandektenrecht zugeschriebener Satz,<sup>1</sup> wonach sich der Prätor (d.h. der Richter) nicht um Kleinigkeiten kümmert. § 3 I 2. Hs. UWG 2008 verfolgt augenscheinlich ein ähnliches Ziel, wenn er für die Unzulässigkeit einer unlauteren Handlung verlangt, dass diese geeignet sei, „*die Interessen von Mitbewerbern, Verbrauchern oder sonstigen Marktteilnehmern spürbar zu beeinträchtigen*.“<sup>2</sup> Für diese Regelung – wie bereits für ihre Vorgängernormen – hat sich in der juristischen Literatur der Begriff der Bagatellklausel eingebürgert.<sup>3</sup> Die Frage, wann aber eine Bagatelle nach dem UWG vorliegt, ist für sich genommen gerade keine Kleinigkeit.

### 1. Das Problem eines unübersichtlichen, nicht konsentierten Kriterienkatalogs

Bereits ein oberflächlicher Streifzug durch die Rechtsprechung und die Literatur fördert dabei zu Tage, dass über die für die Bestimmung des „*sehr weiten und ausfüllungsbedürftigen*“<sup>4</sup> Begriffs der Spürbarkeit heranzuziehenden Kriterien und anzulegenden Maßstäbe nur in den wenigsten Punkten Einigkeit herrscht.

Zwar wird zur Bestimmung der spürbaren oder – wie es im UWG 2004 hieß – der nicht nur unerheblichen Beeinträchtigung des Wettbewerbs zumeist auf die Art und Schwere des Verstoßes verwiesen,<sup>5</sup> jedoch sind diese Begriffe ihrerseits wiederum stark auslegungsfähig und auslegungsbedürftig. Die Bestimmung der Art und Schwere eines wettbewerblichen Verstoßes hat daher zur Ausbildung einer Reihe von Kriterien geführt, die bei der Bewertung in der einen oder anderen Form Verwendung finden. Welche Kriterien dies aber sind und wie diese zu handhaben sind, darüber gehen die Meinungen weit auseinander.

Eine - nicht vollständige - Liste der Merkmale, die herangezogen werden, um die Bagatell- bzw. Spürbarkeitsklausel auszufüllen, mag dies verdeutlichen. Genannt werden beispielsweise<sup>6</sup> die Auswirkungen auf den Wettbewerb,<sup>7</sup> die Anzahl der in Ihren Interessen nachteilig berührten Marktteilnehmer,<sup>8</sup> eine besondere Anreiz- oder Anlockwirkung,<sup>9</sup> die Marktstärke eines unlauter handelnden Unterneh-

---

<sup>1</sup> Tatsächlich benutzt das Pandektenrecht nicht diesen Wortlaut. Der Rechtsgedanke findet sich in sprachlich abgewandelter Form bei Dig. 4,1, 4 (Callistrat).

<sup>2</sup> Hervorhebung durch den Verfasser; vgl. auch *Glöckner/Henning-Bodewig*, WRP 2005, 1314 (1318); *Köhler*, GRUR 2005, 1; *ders.*, WRP 2014, 259 Rn. 1; *MüKoUWG/Sosnitza*, § 3 Rn. 102.

<sup>3</sup> S. z.B. nur die Titel der Aufsätze von *Helm*, in: FS Bechtold, S. 155 ff. oder *Köhler*, WRP 2008, 10 ff.; näher zur verwendeten Terminologie in dieser Arbeit s. unten S. 4.

<sup>4</sup> So *Schöttle*, GRUR 2009, 546 (547).

<sup>5</sup> Ständige Rechtsprechung, z.B. BGH GRUR 1995, 122 (123 f.) – *Laienwerbung für Augenoptiker*; ähnlich BGH, GRUR 2001, 258 (259) – *Immobilienpreisangabe*, s.a. BGH GRUR 2008, 186 (188) – *Telefonaktion*; *Köhler/Bornkamm*, § 3 Rn. 123f.; dazu kritisch *Harte/Henning/Schünemann* (2. Aufl.), § 3 Rn. 379 f.

<sup>6</sup> Vgl. auch *Köhler/Bornkamm*, § 3 Rn. 123 ff.; *Piper/Ohly/Sosnitza*, § 3 Rn. 54 ff.

<sup>7</sup> *Harte/Henning/Schünemann* (2. Aufl.), § 3 Rn. 403; ähnlich *Piper/Ohly/Sosnitza*, § 3 Rn. 49.

<sup>8</sup> Z.B. BGH GRUR 1996, 213 (215) – *Sterbegeldversicherung*; s.a. BGH GRUR 1996, 786 (788) – *Blumenverkauf an Tankstellen*.

<sup>9</sup> Z.B. BGH GRUR 1997, 927 (929) – *Selbsthilfeeinrichtung der Beamten*; dazu kritisch *Heermann*, GRUR 2004, 94 (97).

mens,<sup>10</sup> die Größe des erzielten Wettbewerbsvorteils, die Wiederholungsgefahr, die Häufigkeit oder Dauer der unlauteren Handlung, eine ernsthafte Nachahmungsgefahr bzw. Sogwirkung auf Mitbewerber,<sup>11</sup> der Unrechtsgehalt, der Verschuldensgrad,<sup>12</sup> eine Schädigungsabsicht, die Wertigkeit berührter Rechtsgüter,<sup>13</sup> die Berücksichtigung anderweitiger Sanktionsmöglichkeiten,<sup>14</sup> das Vorliegen von sog. „Ausreißern“.<sup>15</sup>

Auf diesen Kriterienkatalog soll im Einzelnen an geeigneterer Stelle noch näher eingegangen werden. Der cursorische Blick zeigt jedoch die Mannigfaltigkeit der möglicherweise zu berücksichtigenden Umstände, welche eine Spürbarkeit belegen oder ausschließen können. Hierbei können sowohl objektive wie subjektive, qualitative wie quantitative Elemente zum Tragen kommen, wobei in den Grundlinien und den Details erhebliche Bewertungsunterschiede zu verzeichnen sind. Ein allgemein anerkannter, übergeordneter Maßstab lässt sich aus dem Katalog dieser Kriterien jedenfalls nicht ohne weiteres ableiten. Dies wirkt sich auf die juristische Handhabung der Spürbarkeitsschwelle aus, welche durch ein solches Bündel heterogener Merkmale nicht vereinfacht wird.

## 2. Das Problem einer oberflächlichen Behandlung durch die Rechtsprechung

Dieses Problem der praktischen Handhabung wird deutlich, wenn man die Behandlung der Spürbarkeitsklausel durch die Rechtsprechung betrachtet.

In der Praxis ist die Bedeutung der Spürbarkeitsklausel bisher recht gering geblieben, da die Rechtsprechung sich in der Regel mit ganz niedrigen Anforderungen an die Spürbarkeit bzw. Erheblichkeit begnügt und die Spürbarkeitsklausel entsprechend restriktiv auslegt.<sup>16</sup> Dies führt dazu, dass der Anwendungsbereich der Klausel vollends verschwindet und damit die beabsichtigte Filterfunktion der Spürbarkeitsschwelle praktisch aufgehoben wird.<sup>17</sup> Es verwundert daher nicht, dass eine dogmatische Durchdringung der dahinter stehenden Wertungen und Prinzipien nicht erfolgt und sich die Rechtsprechung vielfach damit zufrieden gibt, hinsichtlich der Spürbarkeit nur formelhafte Überlegungen anzustellen oder die Erfordernisse der Spürbarkeit der Interessenbeeinträchtigung der Marktteilnehmer gleich ganz zu übergehen.<sup>18</sup> In der Literatur findet dieses Vorgehen teilweise Zuspruch.<sup>19</sup> Zugespitzt lässt sich jedenfalls eine richterliche Bagatellisierung der Bagatell-Klausel feststellen.

---

<sup>10</sup> Köhler/Bornkamm, § 3 Rn. 127; Harte/Henning/Schünemann (2. Aufl.), § 3 Rn. 407.

<sup>11</sup> Z.B. BGH GRUR 2001, 1166 (1169) – *Fernflugpreise*; s.a. BTDrucks. 15/1487, S. 17 li. Sp.; a.A. Köhler/Bornkamm, § 3 Rn. 131; ders., GRUR 2005, 1 (5)

<sup>12</sup> Heermann, GRUR 2004, 94 (96); a. A. Köhler/Bornkamm, § 3 Rn. 124; Harte/Henning/Schünemann (2. Aufl.), § 3 Rn. 412.

<sup>13</sup> Z.B. BGH GRUR 2005, 778 (780) – *Atemtest*; Helm, in: FS Bechtold, S. 155 (164 f.); a.A. Harte/Henning/Schünemann (2. Aufl.), § 3 Rn. 414 f.

<sup>14</sup> Für die Berücksichtigung *behördlicher* Sanktionsmöglichkeiten z.B. BGH GRUR 2001, 258 (259) – *Immobilienpreisangaben*; BGH GRUR 2001, 1166 (1169) – *Fernflugpreise*; Helm, in: FS Bechtold, S. 166; einschränkend Harte/Henning/Schünemann (2. Aufl.), § 3, Rn. 409; a.A. z.B. Piper/Ohly/Sosnitza, § 3 Rn. 54 und jetzt wohl auch BGH GRUR 2010, 251(253) – *Versandkosten bei Froogle*. Noch weitergehend für die Berücksichtigung *verbrauchervertragsrechtlicher* Sanktionsmöglichkeiten bei der Beurteilung einer Händlerprovision, OLG Oldenburg, GRUR-RR 2004, 209 (210) – *Mittelmeerkreuzfahrt*, dagegen scharf Eppe, WRP 2005, 808.

<sup>15</sup> Helm, in: FS Bechtold, S. 161 f.; dagegen Köhler/Bornkamm, § 3 Rn. 124; jurisPK-UWG/Ullmann, § 3 Rn. 69.

<sup>16</sup> Emmerich, § 5 Rn. 43; Harte/Henning/Podszun, § 3 Rn. 132.

<sup>17</sup> Heermann, GRUR 2004, 94 (99); ähnlich Helm, in: FS Bechtold, S. 155 (169).

<sup>18</sup> Emmerich, § 5 Rn. 43; Harte/Henning/Schünemann (2. Aufl.), § 3 Rn. 382.

<sup>19</sup> jurisPK-UWG/Ullmann, § 3 Rn. 76.

Aber auch soweit die Rechtsprechung ausführlichere Erwägungen zur fehlenden Spürbarkeit anstellt, sind diese nicht geeignet, einheitliche und transparente Bewertungsmaßstäbe erkennen zu lassen. Die Rechtsprechung prüft die im vorangegangenen Abschnitt genannten Kriterien nämlich nicht separat, sondern im Wege einer Gesamtbetrachtung. Exemplarisch dafür genannt sei die vom BGH gewählte Formulierung in der Entscheidung *„Laienwerbung für Augenoptiker“*<sup>20</sup>:

*„Der vom Gesetzgeber gewählte Begriff der Eignung zur wesentlichen Beeinträchtigung des Wettbewerbs enthält objektive und subjektive Momente, an denen die Art und Schwere des Verstoßes zu messen ist. Bei der Festlegung der Spürbarkeitsgrenze sind alle Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen, zu denen ein besonderes Interesse der Allgemeinheit einschließlich der Verbraucher, eine besondere Anreizwirkung der Werbung für den Umworbenen, die Größe eines erzielten Wettbewerbsvorsprungs, bei Nebengesetzen insbesondere das geschützte Rechtsgut (z.B. Gesundheit), der Grad der Nachahmungsgefahr für Mitbewerber u.a. gehören können.“*

Derart gehandhabt ist die Spürbarkeitsschwelle freilich wenig geeignet, für klare und vorhersehbare Entscheidungen zu sorgen. Vielmehr besteht die Gefahr von Missverständnissen und Fehleinschätzungen.<sup>21</sup> Ohne einen erkennbaren Wertungsmaßstab lassen sich nämlich beliebige Aspekte heranziehen und kombinieren und damit nahezu jeder Verstoß als spürbar bzw. nicht unerheblich einstufen.<sup>22</sup> Dieses Vorgehen birgt zugleich die Gefahr, dass an die Stelle der gebotenen Analyse des Einzelfalles die apodiktische Behauptung spürbarkeitsbegründender Umstände tritt und sich die Handhabung der Spürbarkeitsklausel dem Vorwurf der ergebnisorientierten Argumentation ausgesetzt sieht.<sup>23</sup> Dies vermag dogmatisch und systematisch nicht zu überzeugen.

Bereits die cursorische Betrachtung der Problemlage hat somit offen gelegt, dass die dogmatische und systematische Durchdringung der Spürbarkeitsklausel in der Rechtsprechung zu wünschen lässt und ein kohärenter Wertungsmaßstab für die Beurteilung von Fällen im lauterkeitsrechtlichen Grenzbereich nicht zu erkennen ist.

## II. Notwendigkeit einer systematischen Aufarbeitung

Eine systematische Aufarbeitung der in Rechtsprechung und Literatur bestehenden Ansätze stellt demgegenüber den Versuch dar, die aufgezeigten Defizite – unter Berücksichtigung der supranationalen Bezüge und den daraus erfolgten Wandlungen des Lauterkeitsrechts – konstruktiv zu bewältigen und die Handhabung der Spürbarkeitsklausel einer transparenten und kohärenten Wertung zuzuführen. Damit wird zugleich die Rechtssicherheit und Berechenbarkeit geschaffen, die einer dogmatischen Durchdringung zu eigen ist.

Neben einer Verankerung im Gefüge des sich wandelnden Lauterkeitsrechts vermag eine Aufarbeitung der Spürbarkeitsklausel darüber hinaus einen Beitrag zu leisten zur inneren Stimmigkeit des

---

<sup>20</sup> BGH, GRUR 1995, 122 (124) – *Laienwerbung für Augenoptiker*; ähnlich BGH, GRUR 2001, 258 (259) – *Immobilienpreisangabe*, s.a. BGH GRUR 2008, 186 (188) – *Telefonaktion*.

<sup>21</sup> Harte/Henning/Schünemann (2. Aufl.), § 3 Rn. 402.

<sup>22</sup> Heermann, GRUR 2004, 94 (98).

<sup>23</sup> Heermann, GRUR 2004, 94 (99).

UWG, insbesondere im Hinblick auf das Verhältnis der Generalklauseln des § 3 UWG zueinander sowie zu den Beispiels- und Spezialtatbeständen.

### III. Gang der Untersuchung

Der Gang der Untersuchung richtet sich an der oben dargelegten Zielrichtung aus. Dazu wird zunächst der Normkontext der Spürbarkeitsschwelle ausgeleuchtet mit dem Ziel, diesbezügliche gesetzgeberische Intentionen, gesetzliche Wertungen und funktionale Bezüge innerhalb des Lauterkeitsrechts aufzudecken.

Auf diesem Befund aufbauend soll die Handhabung der Spürbarkeitsschwelle in der Rechtsprechung einer kritischen Analyse unterworfen und mit Lösungsansätzen der Literatur abgeglichen werden.

Der hieraus fließende Erkenntnisgewinn bildet die Grundlage für den anschließenden Versuch, einen eigenen Ansatz zu entwickeln, welcher den oben anklingenden Zielvorgaben für eine berechenbare Handhabung der Spürbarkeitsschwelle entspricht. Dieser wird hernach in seinen Auswirkungen auf die unterschiedlichen Tatbestände des UWG untersucht. Überlegungen zur Darlegungs- und Beweislast runden die Untersuchung ab.

Die Arbeit schließt mit einer Zusammenfassung der gefundenen Ergebnisse.

### IV. Untersuchungsgegenstand und Terminologie

Vor Beginn der Untersuchung muss über die verwendeten Begrifflichkeiten Klarheit geschaffen werden, denn im Laufe der wechselvollen Geschichte des UWG und nicht zuletzt unter dem Einfluss des supranationalen Rechts hat sich sowohl für die darin behandelte Rechtsmaterie im Allgemeinen als auch für den hier betrachteten Untersuchungsgegenstand eine auf den ersten Blick verwirrend vielfältige Terminologie entwickelt.

#### 1. Der Untersuchungsgegenstand

Dies betrifft zunächst den Untersuchungsgegenstand, also die Bedeutung und Bestimmung der Spürbarkeit gem. § 3 I 2. Hs. UWG. Für diesen Normbestandteil finden sich in der Rechtsprechung und der Literatur – wie oben angerissen – eine Vielzahl von Bezeichnungen, beispielsweise als „Bagatellklausel“, „Relevanzklausel“<sup>24</sup>, „Erheblichkeitsschwelle“<sup>25</sup> oder eben „Spürbarkeitsklausel“<sup>26</sup>. Eine inhaltliche Abweichung ist mit den verschiedenen Begrifflichkeiten jedoch nicht verbunden, es handelt sich insofern zunächst nur um Synonyme, die nicht zuletzt einem stilistischen Abwechslungsbedürfnis geschuldet sind.<sup>27</sup> Am gebräuchlichsten erscheint für diesen Regelungsbereich noch der historisch gewachsene Begriff der Bagatell-Klausel.<sup>28</sup>

---

<sup>24</sup> So z.B. Köhler/Bornkamm, § 3 Rn. 108 ff., ähnlich ders., WRP 2009, 109 (113).

<sup>25</sup> So z.B. Lettl, GRUR 2004, 449 (450); teilweise auch GK-UWG/Peukert, § 3 Rn. 388 f.

<sup>26</sup> So z.B. Harte/Henning/Podszun, § 3 Rn. 132.

<sup>27</sup> Vgl. Köhler/Bornkamm, § 3 Rn. 108 f.; ders., WRP 2009, 109 (113).

<sup>28</sup> Harte/Henning/Schünemann (2. Aufl.), § 3 Rn. 359 m. w. N. zur Terminologie; s.a. Emmerich, § 5 Rn. 40; Piper/Ohly/Sosnitza, § 3 Rn. 49;

Gleichwohl soll im Folgenden von dieser etablierten Bezeichnung des Topos abgewichen und im Rahmen der nachfolgenden Arbeit dem Begriff der „Spürbarkeitsklausel“ als Leitbegriff der Vorzug gegeben werden. Für diese Wahl spricht zum einen bereits der geänderte Wortlaut des UWG 2008, welcher die „Spürbarkeit“ in Form der „Eignung zur spürbaren Beeinträchtigung“ als Tatbestandsmerkmal verankert hat. Zugleich erfolgt damit eine bessere Abgrenzung zur vorherigen Rechtslage.<sup>29</sup> Soweit jedoch gerade auf diese vorherige Rechtslage zurückgegriffen werden muss, wird der Begriff der Bagatell-Klausel auch hier Verwendung finden, denn die Unterschiede in den verschiedenen gesetzlichen Konzeptionen der „Erheblichkeit“ und „Spürbarkeit“ sollen im Folgenden noch genauer untersucht werden und eine nicht differenzierende Bezeichnung könnte bestehende Unterschiede leicht überdecken.

## 2. Die „sedes materiae“

Der Untersuchungsgegenstand – die Spürbarkeitsklausel – kann freilich nicht gedacht werden ohne ihre Einbettung in die Systematik des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG). Auch hinsichtlich des im UWG erfassten Rechtsgebietes – des Rechts gegen den unlauteren Wettbewerb<sup>30</sup> – erscheint eine kurze, terminologische Klarstellung für den weiteren Gang der Arbeit geboten. Insbesondere in der älteren Rechtsprechung und Literatur findet sich für das Rechtsgebiet in Anlehnung an den Gesetzesnamen und das Regelungsobjekt die Bezeichnung als Wettbewerbsrecht. Dabei wird zumeist eine Konkretisierung als „Wettbewerbsrecht im engeren Sinne“ vorgenommen, um Missverständnisse mit dem Oberbegriff des Wettbewerbsrechts (im weiteren Sinne) zu vermeiden, welcher sowohl das Lauterkeits- als auch das Kartellrecht umfasst.<sup>31</sup> Seitdem § 3 des reformierten UWG 2004 in Anpassung an den internationalen Sprachgebrauch auf die Unlauterkeit von Wettbewerbshandlungen abstellt, etabliert sich daneben zunehmend die Bezeichnung dieses Rechtsgebiets als Lauterkeitsrecht.<sup>32</sup> Da diese dem Gesetzeswortlaut treu bleibende Bezeichnung zugleich eine klare Abgrenzung des Rechtsgebiets von den Nachbardisziplinen wie z.B. dem Deliktsrecht, Kartellrecht und Immaterialgüterrecht erlaubt,<sup>33</sup> soll sie im Verlauf der Arbeit Anwendung finden.

Eine inhaltliche Aussage über den Umfang des Lauterkeitsrechts ist damit freilich noch nicht getroffen, erscheint an dieser Stelle aber auch nicht geboten. Mit Blick auf den Untersuchungsgegenstand genügt zunächst die oben getroffene formale Bestimmung des Lauterkeitsrechts anhand des UWG als umfassender und zentraler Regelung der Materie.<sup>34</sup> In der Gesamtbetrachtung der dort niedergelegten Normen kann das Lauterkeitsrecht als allgemeines Marktverhaltensrecht umrissen werden, welches losgelöst vom individuellen Austauschverhältnis festlegt, „*ob das Verhalten von Unternehmen im wirtschaftlichen Wettbewerb rechtmäßig (=lauter) oder rechtswidrig (=unlauter) ist.*“<sup>35</sup>

---

<sup>29</sup> Kritisch zur Beibehaltung der Bezeichnung „Bagatellklausel“ auch Harte/Henning/Schünemann (2. Aufl.), § 3 Rn. 359 (mit Fußn. 660), sowie Rn. 389.

<sup>30</sup> Nach Beater, § 1 Rn. 2, die korrekte Bezeichnung des Rechtsgebiets im Gegensatz zum sinnentstellenden „Recht des unlauteren Wettbewerbs“.

<sup>31</sup> Piper/Ohly/Sosnitza, Einf. A Rn. 2.

<sup>32</sup> S.a. Beater, § 1 Rn. 4 zur Mehrdeutigkeit des Terminus' „Wettbewerbsrecht“ in internationaler Hinsicht.

<sup>33</sup> Vgl. Beater, § 1 Rn. 2, der jedoch die Bezeichnung als „Lauterkeitsrecht“ ablehnt.

<sup>34</sup> Piper/Ohly/Sosnitza, Einf. A Rn. 6; zu weiteren Bereichen materiellen Lauterkeitsrechts s. GK-UWG/Schünemann Einl. G Rn. 17 ff.

<sup>35</sup> So die Definition von Peukert, in: Riesenhuber, S. 396; s.a. Wunderle, S. 9

## Kapitel 2: Der Normkontext der Spürbarkeitsklausel

Ausgangspunkt für das Verständnis der Spürbarkeitsklausel soll zunächst die gesetzgeberische Konzeption derselben sein. Der Gesetzeswortlaut ist daher entsprechend der juristischen Methodik auszulegen. Besondere Bedeutung kommt dabei dem Sinn und Zweck der Norm zu (teleologische Auslegung).<sup>36</sup> Daher soll im Folgenden die Zielrichtung des UWG näher aufgeschlüsselt werden. Auf dieser Grundlage lassen sich mögliche Interpretationen der Spürbarkeitsklausel im Anschluss einer kritischen Würdigung unterziehen.

### I. Wortlaut der Spürbarkeitsklausel

Ausgangspunkt für die Auslegung ist der Wortlaut einer Norm.<sup>37</sup> Nach § 3 I UWG 2008 sind unlautere geschäftliche Handlungen unzulässig, „wenn sie geeignet sind, die Interessen von Mitbewerbern, Verbrauchern oder sonstigen Marktteilnehmern spürbar zu beeinträchtigen.“ Der Begriff der Spürbarkeit ist im UWG selbst aber nicht definiert. Unter Rückgriff auf den allgemeinen Sprachgebrauch können für diesen Begriff zwar verschiedene Synonyme herangezogen werden – beispielsweise „deutlich“ oder „merklich“<sup>38</sup> – der juristische Bedeutungsgehalt des Spürbarkeits-Merkmals wird dadurch jedoch nicht wesentlich erhellt. Dem Wortlaut lässt sich dadurch allenfalls ein gewisses graduelles Moment der Interessenbeeinträchtigung entnehmen,<sup>39</sup> womit zugleich das Bedürfnis nach einer – wie auch immer vorzunehmenden – Wertung sichtbar wird. Die Spürbarkeit erweist sich somit als ausfüllungsbedürftiger (offener) normativer Begriff.<sup>40</sup> Wird scheinbar synonym hierzu eine „gewisse Relevanz“ oder ein „gewisses Gewicht“ der unlauteren Handlung gefordert, so kommt darin gleichfalls das Bedürfnis nach einer Wertung zum Ausdruck.<sup>41</sup> Die Frage, wie und anhand welcher Maßstäbe diese Wertung vorzunehmen ist, bleibt bei unbefangener Betrachtung des Gesetzestextes jedoch zunächst unbeantwortet.

Der Maßstab zur Konkretisierung dieses Rechtsbegriffs kann also nicht allein dem Wortlaut entnommen werden, vielmehr ist dieser mit Hilfe der weiteren juristischen Auslegungsmethodik zu ermitteln.<sup>42</sup> Der Bezug zu den „Interessen von Mitbewerbern, Verbrauchern oder sonstigen Marktteilnehmern“ im Wortlaut der Spürbarkeitsklausel nach dem UWG 2008 belegt dabei bereits die enge Verknüpfung mit dem in § 1 UWG angesprochenen Schutz dieser Gruppen als Zweck des Gesetzes und zwingt zu einer genaueren Befassung mit dem Schutzzweck. In diesem Kontext stellt sich zudem die Frage, warum das in § 1 S. 2 UWG „zugleich“ geschützte Interesse der Allgemeinheit keinen Eingang in die Spürbarkeitsklausel gefunden hat.

---

<sup>36</sup> Zur Notwendigkeit der Auslegung der Spürbarkeitsklausel Köhler/Bornkamm, § 1 Rn. 8.

<sup>37</sup> *Beaucamp/Treder*, Rn. 143, 175 m.w.N.; *Rüthers/Fischer/Birk*, Rn. 731; *Wank*, S. 39 ff.

<sup>38</sup> S. dazu auch die verschiedenen sprachlichen Fassungen der Spürbarkeitsklausel und ihrer Vorgängernormen § 13 II UWG 1909 („wesentlich“) und § 3 UWG 2006 („nicht unerheblich“) sowie des vergleichbaren Art. 5 der Richtlinie 2005/29/EG über unlautere geschäftliche Praktiken (UGP-RL) („wesentlich“).

<sup>39</sup> *Harte/Henning/Schünemann* (2. Aufl.), § 3 Rn. 372.

<sup>40</sup> Vgl. *Rüthers/Fischer/Birk*, Rn. 183; *Wank*, S. 43.

<sup>41</sup> vgl. *Lettl*, § 2 Rn. 17 f.

<sup>42</sup> Ähnlich *Köhler*, GRUR 2005, 1 (2) für die Bagatell-Klausel des UWG 2004.



## II. Einbindung in den Interessenschutz des Lauterkeitsrechts

Maßgeblich für die Bestimmung der Spürbarkeit ist demnach eine Auslegung im Lichte des Schutzzwecks des Lauterkeitsrechts.<sup>43</sup> Dies setzt Klarheit über den vom Lauterkeitsrecht verfolgten Zweck voraus, insbesondere hinsichtlich des geschützten Personenkreises (Schutzsubjekt) und des geschützten Rechtsguts (Schutzobjekt).

### 1. Die Schutzzweckbestimmung des § 1 UWG

Seit der Novelle 2004 weist das UWG als grundlegende Neuerung mit § 1 eine sog. Schutzzwecknorm auf, welche im UWG 2008 in sprachlich leicht veränderter Form fortbesteht.<sup>44</sup> Demnach bezweckt das UWG den „Schutz der Mitbewerber, der Verbraucherinnen und Verbraucher sowie der sonstigen Marktteilnehmer vor unlauteren geschäftlichen Handlungen.“ Zugleich wird das „Interesse der Allgemeinheit an einem unverfälschten Wettbewerb“ geschützt. Diese Klausel ist Ausdruck eines seit Einführung des UWG 1909 stattgefundenen Funktionswandels des Lauterkeitsrechts von einem rein individualrechtlichen, insbesondere am Konkurrentenschutz orientierten Schutzzweck-Verständnis hin zu einem sog. „sozialrechtlichen“ Verständnis.<sup>45</sup> Die Bezeichnung als „sozialrechtlich“ soll freilich nicht an das Sozialrecht gemäß SGB anknüpfen, sondern verweist gerade auf die Einbeziehung von Belangen der Marktgegenseite und der Allgemeinheit in die lauterkeitsrechtliche Beurteilung, stellt also die Mehrdimensionalität des Schutzzwecks heraus.<sup>46</sup> Dieses mehrdimensionale Schutzzweckverständnis war auch schon vor der UWG-Reform 2004 nahezu einhellige Meinung in Rechtsprechung und Literatur.<sup>47</sup> Mit der Abfassung der Norm hat sich der Gesetzgeber dieses Verständnis von der „Schutzzwecktrias“ zu Eigen gemacht.<sup>48</sup> Dementsprechend braucht die Diskussion um den Schutzzweck des UWG hier nicht noch einmal nachgezeichnet werden.<sup>49</sup>

Zugleich gibt der Gesetzgeber mit der Schutzzweckklausel dem Rechtsanwender eine klare und bindende „Auslegungsdirektive“<sup>50</sup> an die Hand, die heranzuziehen ist, wenn Normen und unbestimmte Rechtsbegriffe des Gesetzes teleologisch zu erfassen sind. Im UWG betrifft dies vor allem – aber nicht

---

<sup>43</sup> Zur vorrangigen Bedeutung der sog. teleologischen Auslegung im juristischen Methodenkanon *Rüthers/Fischer/Birk*, Rn. 725 ff.; *Wank*, S. 73; differenzierend *Beaucamp/Treder*, S. 189 ff.; *Zippelius*, S. 50 f.

<sup>44</sup> In S. 1 wurde die bisherige Formulierung „unlauterer Wettbewerb“ in Anpassung an die UGP-RL durch den Begriff der „unlauteren geschäftlichen Handlung“ ersetzt, vgl. BTDrucks. 16/10145 S. 20 re. Sp.

<sup>45</sup> Monographische Darstellung der Entwicklungslinien bei *Plager*; s.a. *Lux*, S. 251 ff; *Pichler*, S. 110 f.

<sup>46</sup> S. bereits *E. Ulmer*, GRUR 1937, 769 (772).

<sup>47</sup> *Piper/Ohly/Sosnitza*, § 1 Rn. 4 m.w.N.; aus der Rechtsprechung z.B. BGH GRUR 2000, 1076 (1078) – *Abgasemissionen*; BGH GRUR 2000, 237 (238) – *Giftnotruf-Box*; BGH GRUR 2002, 825 (826) – *Elektroarbeiten*; vgl. auch BVerfG GRUR 2002, 455 – *Tier- und Artenschutz*.

<sup>48</sup> BTDrucks. 15/1487, S. 13 re. Sp., S. 15 re. Sp.; s.a. *Emmerich*, § 3 Rn. 9; dazu kritisch *Fezer/Fezer*, § 1 Rn. 10. Genau genommen handelt es sich in der Form des § 1 UWG nur noch um einen Schutzzweckdualismus, da Mitbewerber und Verbraucher (sowie sonstige Marktteilnehmer) unter dem Oberbegriff der Marktteilnehmer zusammengefasst werden, vgl. § 2 Abs. 1 Nr. 2 UWG. Ähnlich *Boesche*, Rn. 1. Die namensgebende, zahlenmystische Dreigliedrigkeit ergibt sich jedoch wieder bei Umgruppierung der Schutzsubjekte unter dem Aspekt des Interessenschutzes im Horizontalverhältnis zwischen den Mitbewerbern, im Vertikalverhältnis gegenüber Verbrauchern und sonstigen Abnehmern (einschließlich Mitbewerbern) und gegenüber der Allgemeinheit, vgl. *Fezer/Fezer*, § 1 Rn. 58 ff; *Köhler/Bornkamm*, § 1 Rn. 14; kritisch dazu *GK-UWG/Peukert*, § 1 Rn. 43. In der Sache ändert sich dadurch nichts.

<sup>49</sup> *Harte/Henning/Schünemann* (2. Aufl. 2009), § 1 Rn. 12 billigt dem Thema nur noch „rechtshistorisch-dogmengeschichtliche“ Bedeutung bei, ähnlich *Piper/Ohly/Sosnitza*, § 1 Rn. 4. Einen Überblick über die Entwicklungsgeschichte der Schutzzwecktrias geben u.a. *Fezer/Fezer*, § 1 Rn. 33.; *Lux*, S. 254 ff.; *Pichler*, S. 110 f. sowie monographisch *Plager*.

<sup>50</sup> *Fezer/Fezer*, § 1 Rn. 15; ihm folgend *Götting/Nordemann/Götting*, § 1 Rn. 1.

ausschließlich – den zentralen Begriff der Unlauterkeit in der Generalklausel des § 3 UWG,<sup>51</sup> welche deshalb in einem besonders engen hermeneutischen Verhältnis zur Schutzzweckklausel steht.<sup>52</sup>

Die Schutzzweckklausel ist also gleichsam der Leitstern der Auslegung, an der sich die teleologischen Wertungen des Rechtsanwenders auszurichten haben.<sup>53</sup> Dies fordert vom Rechtsanwender zugleich eine Offenlegung der getroffenen Wertungen und Abwägungen und fördert damit die Transparenz der Entscheidungsfindung sowie die Einheitlichkeit der Rechtsanwendung und die Akzeptanz der gefundenen Ergebnisse.<sup>54</sup>

Gleichwohl verbleiben Zweifelsfragen bei der Anwendung der Schutzzweckklausel. Insbesondere gibt die Klausel keine Auskunft darüber, welche Interessen der Marktteilnehmer geschützt werden.<sup>55</sup> Eine klare Stellungnahme findet sich nur bezüglich des Schutzobjekts der Allgemeinheit in § 1 S. 2 UWG. Geschützt wird demnach das *„Interesse an einem unverfälschten Wettbewerb“*. Die Interessen der Marktteilnehmer werden jedoch nicht in gleicher Weise gekennzeichnet. Zwar wird der Schutz vor unlauteren geschäftlichen Handlungen herausgestellt, jedoch fehlt es an einem klaren Bekenntnis, welche Interessen der Marktteilnehmer gerade vor einer Beeinträchtigung durch eine solche Handlung geschützt werden.

Die Schutzzweckklausel ist also nicht nur Auslegungsmaßstab, sondern bedarf ihrerseits der Auslegung, um diese lauterkeitsrechtlich geschützten Interessen zu bestimmen.<sup>56</sup> Angesichts des in der Schutzzweckklausel angelegten engen wechselseitigen Bezugs von Schutzobjekt und Schutzsubjekten erweist sich die Identifikation dieser Interessen als zu beantwortende Kernfrage bei der Auslegung derselben.<sup>57</sup>

Im Anschluss daran muss die Frage nach dem Verhältnis des Marktteilnehmer-Schutzes zum Schutz der Allgemeininteressen geklärt werden. Für die Auslegung der Spürbarkeitsklausel ergibt sich diese Notwendigkeit schon daraus, dass die Allgemeininteressen – wie oben bereits erwähnt – keinen Eingang in den Wortlaut der Klausel gefunden haben. Durch die Umformulierung des § 1 im Zuge der UWG-Reform 2008 ist zwar die auffällige Unterscheidung zwischen „unlauterem Wettbewerb“ in S.1 und „unverfälschtem Wettbewerb“ in S. 2 verschwunden, die sich aufdrängenden Fragen sind damit jedoch nicht gelöst, sondern vielmehr weitere geschaffen worden. Zu klären ist also auch, was das Gesetz unter unlauteren geschäftlichen Handlungen einerseits und unverfälschtem Wettbewerb andererseits versteht und wie sich beide Begriffe zueinander verhalten.

---

<sup>51</sup> Piper/Ohly, UWG, § 1 Rn. 1.

<sup>52</sup> Harte/Henning/Schünemann (2. Aufl.), § 1 Rn. 9; ders., WRP 2004, 925 (926).

<sup>53</sup> Ähnlich Götting/Nordemann/Götting, § 1 Rn. 1.

<sup>54</sup> Pichler, S. 109; s.a. Beater, Rn. 812ff.; Köhler/Bornkamm, § 1 Rn. 6.

<sup>55</sup> Köhler/Bornkamm, § 1 Rn. 8; Pichler, S. 109; Schünemann WRP 2004, 925 (932); Wuttke, WRP 2007, 119 (122).

<sup>56</sup> Köhler/Bornkamm, § 1 Rn. 8; GK-UWG/Peukert, § 1 Rn. 20; vgl. auch Harte/Henning/Schünemann (2. Aufl.), § 1 Rn. 18.

<sup>57</sup> Pichler, S. 108; Harte/Henning/Schünemann (2. Aufl.), § 1 Rn. 18.

## 2. Schutz der Interessen der Marktteilnehmer

Zunächst soll der lauterkeitsrechtliche Schutz der Interessen der Marktteilnehmer näher untersucht werden. Das UWG erfasst unter dem Oberbegriff der Marktteilnehmer alle Akteure am Markt.<sup>58</sup> Nach der ergänzenden Definition des § 2 I Nr. 2 UWG sind dies „*alle Personen, die als Anbieter oder Nachfrager von Waren oder Dienstleistungen tätig sind.*“ Das Gesetz verweist damit auf ihr Auftreten am Markt, der als gedachter Ort aus dem Zusammentreffen von Angebot und Nachfrage gebildet wird und damit den Reflex und das Wirkungsfeld des Wettbewerbs darstellt.<sup>59</sup> Die Marktteilnehmer sind also untereinander verbunden durch ein Geflecht aus Austausch- und Parallelprozessen, welche sich aus dem am Markt stattfindenden Wettbewerb ergeben.

Eine Aussage über die geschützten Interessen der Marktteilnehmer ist damit noch nicht getroffen. Die Notwendigkeit ihrer Bestimmung und Offenlegung liegt jedoch auf der Hand, denn anderenfalls könnten beispielsweise unter dem Deckmantel des „Verbraucherschutzes“ als Interesse der Verbraucher beinahe beliebige Interessen Eingang in das Lauterkeitsrecht finden, so dass „*jedes erdenkliche wettbewerbsrechtliche Verbot gerechtfertigt*“ werden könnte.<sup>60</sup> Eine solche Interessen- und daraus folgende Ergebnis-Offenheit erscheint jedoch angesichts der angestrebten „leitenden“ Funktion der Schutz-zweckklausel problematisch. Ohne Benennung und Konkretisierung der geschützten Interessen bliebe der Schutzzweck folglich inhaltsleer.<sup>61</sup>

Die Bestimmung der lauterkeitsrechtlich geschützten Interessen der Marktteilnehmer ist damit eine Kernfrage des § 1 S. 1 UWG. In der aktuellen Diskussion haben sich dazu im Wesentlichen drei Standpunkte herausgebildet.<sup>62</sup>

### a) Wettbewerbsfunktionale Auslegung des § 1 UWG

Nach der wettbewerbsfunktionalen Sichtweise soll das Lauterkeitsrecht ausschließlich auf den Schutz des Wettbewerbs ausgerichtet sein.<sup>63</sup> Schutzfähig seien neben dem (zwingend wettbewerbsbezogenen) Allgemeininteresse an einem unverfälschten Wettbewerb damit nur wettbewerbsbezogene Interessen der Marktteilnehmer. Darunter seien jene Interessen zu verstehen, die für die Funktion der Marktteilnehmer im Wettbewerb relevant seien. Zu schützen sei damit ausschließlich die wirtschaftliche Handlungs- und Entschließungsfreiheit der Marktteilnehmer, also die Angebotsfreiheit der Anbieter und die wirtschaftliche Entscheidungsfreiheit der Nachfrager einschließlich der Verbraucher.

---

<sup>58</sup> Harte/Henning/Keller, § 2 Rn. 102.

<sup>59</sup> Burmann, WRP 1967, 240 (244); Fikentscher, Wirtschaftsrecht, Bd. II, S. 202 f., 206; s.a. Krafft/Mittelstädt/Wiepcke, S. 210 f.

<sup>60</sup> Scherer, WRP 2006, 401 (402); Wuttke, WRP 2007, 119, (122); s.a. Lux, S. 371.

<sup>61</sup> Harte/Henning/Schünemann (2. Aufl.), § 1 Rn. 62.

<sup>62</sup> Drews, S. 11 ff. Zumeist werden hier nur zwei Positionen – ethisch fundiert und wettbewerbsfunktional – gegenübergestellt, so z.B. von Pichler, S. 146 f. und Scherer, WRP 2006, 401 (402). Der Streit wird darüber hinaus oftmals im Rahmen der Bestimmung des Allgemeininteresses nach § 1 S. 2 UWG geführt, z.B. von Pichler, S. 146 f. Dies ist unzutreffend. § 1 S. 2 UWG bietet im Wortlaut schon nicht den nötigen Auslegungsspielraum für die Einbeziehung von nicht notwendig wettbewerbsbezogenen Gemeinwohlinteressen und Grundwerten der Person. Dies wird auch von den Vertretern einer pluralistischen Theorie zugestanden, vgl. v. Ungern-Sternberg in Gloy/Loschelder/Erdmann, § 23 Rn. 21. Dazu noch näher unten S. 51.

<sup>63</sup> Früh und nachhaltig bereits Schünemann: GK-UWG/Schünemann (1. Aufl.) Einl. Rn. C 21 ff.; s.a. Harte/Henning/ders. (2. Aufl.), § 3 Rn. 199 ff.; ders., WRP 2004, 925 (930 f.); ähnlich Scherer, WRP 2006, 401 (403); Wuttke, WRP 2007, 119 (122).

Über diesen Funktionsbezug hinausgehende, außerwettbewerbliche Allgemein- oder Individualinteressen müssten außer Betracht bleiben. Das UWG sei Marktverhaltensrecht und dürfe nicht zu Zwecken instrumentalisiert werden, die außerhalb dieses Regelungsbereiches lägen.<sup>64</sup>

*b) Rechtsethisch fundierte (pluralistische) Betrachtung*

Eine andere Ansicht erkennt die Bedeutung der Freiheit der wirtschaftlichen Betätigung der Marktteilnehmer als Funktionsbedingung des Wettbewerbs zwar an,<sup>65</sup> deutet den Schutz der Marktteilnehmer vor unlauteren geschäftlichen Handlungen gem. § 1 S. 1 UWG aber weitergehend als Anknüpfungspunkt für ethisch fundierte, nicht notwendig wettbewerbsbezogene Interessen bzw. den Schutz an sich wettbewerbsferner Rechtsgüter.<sup>66</sup> Nach dieser Ansicht besteht als Korrelat zur Marktfreiheit zugleich eine individuelle Marktverantwortung. Durch Berücksichtigung sozialer Grundwerte – Fezer nennt hier „die Grundrechte der Bürger, die nationalen und transnationalen Verfassungsprinzipien der Gesellschaft und die Staatszielbestimmungen der Verfassung(en)“<sup>67</sup> – sollen Markt und Wettbewerb „Strategien zur Wahrnehmung gesellschaftlicher Verantwortung“ entwickeln.<sup>68</sup> Dies geschieht, indem die Verantwortung pluralistisch aufgefüllt und der Freiheit der Marktteilnehmer unterlegt wird. Die „sozialen Grundwerte“<sup>69</sup> bildeten damit die Grundlage einer „verantworteten Marktwirtschaft“<sup>70</sup> und verwirklichten einen „ethisch verantworteten Schutz des Leistungswettbewerbs“.<sup>71</sup> Der Schutz von wichtigen Gemeinschaftsgütern und Grundwerten der Person sei damit dem Schutz der Marktteilnehmer immanent. Ihre Einbeziehung in den Schutzbereich des UWG sei zudem durch die Vorgaben des grundgesetzlichen Wertekanons sowie durch die Verstärkung des unmittelbaren Verbraucherschutzes infolge der UGP-Richtlinie geboten.

Der erforderliche Lauterkeitsbezug werde über die geschäftliche Handlung i.S.d. § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG als Anwendungsvoraussetzung des Gesetzes hergestellt.<sup>72</sup> Eine Verkürzung der geschützten Marktteilnehmer-Interessen auf ausschließlich solche mit Wettbewerbsbezug stelle demgegenüber eine verfassungswidrige marktradikale Ideologisierung des Lauterkeitsrechts dar.<sup>73</sup>

§ 1 S. 2 UWG stünde einer solchen Auslegung nicht entgegen, da dieser lediglich den Schutz des Wettbewerbs als Institution im UWG verankere, jedoch keine Aussage über die „Lauterkeit“ als Schutzobjekt des § 1 S. 1 UWG treffe. Soziale Grundwerte und Grundwerte der Person seien als Kollektivinteressen der Marktteilnehmer aber nicht der „Allgemeinheit“ zugeordnet, sondern den Schutzsubjekten nach § 1 S. 1 UWG.<sup>74</sup>

---

<sup>64</sup> Vgl. Drews, S. 11 – 13; ähnlich Köhler/Bornkamm, § 1 Rn. 41; ders., NJW 2004, 2121 (2121).

<sup>65</sup> Fezer/Fezer, § 3 Rn. 216; ders., JZ 1990, 657 (660); v. Ungern-Sternberg, in: Gloy/Loschelder/Erdmann, § 23 Rn. 18.

<sup>66</sup> Fezer/Fezer, § 1 Rn. 74 ff., 79 ff.; ähnlich Kaplan, S. 114, 206 ff. (unter Anknüpfung an § 1 S. 2 UWG); v. Ungern-Sternberg in: Gloy/Loschelder/Erdmann, § 23 Rn. 20 ff.

<sup>67</sup> Fezer/Fezer, Einl. E Rn. 294.

<sup>68</sup> Fezer/Fezer, Einl. E Rn. 281.

<sup>69</sup> Fezer/Fezer, § 1 Rn. 60, 72.

<sup>70</sup> Fezer/Fezer, Einl. E Rn. 280 ff.; s.a. ders., JZ 1990, 657 (661 ff.)

<sup>71</sup> Fezer/Fezer, § 1 Rn. 48; zum problematischen Begriff des Leistungswettbewerbs noch näher unten S. 28.

<sup>72</sup> Fezer/Fezer, § 1 Rn. 81; v. Ungern-Sternberg in: Gloy/Loschelder/Erdmann, § 23 Rn. 21.

<sup>73</sup> Fezer/Fezer, § 1 Rn. 78; s.a. Fezer/ders., § 1 Rn. 72 mit Fn. 66.

<sup>74</sup> Fezer/Fezer, § 1 Rn. 60.

### c) *Erweiterte (gemischte) wettbewerbsfunktionale Ansicht*

Eine weitere Ansicht räumt schließlich – in Übereinstimmung mit den vorangegangenen Ansichten – die vorrangige Stellung der wettbewerblichen Entfaltungs- und Entscheidungsfreiheit der Marktteilnehmer als deren lauterkeitsrechtlich geschützte Interessen ein, sieht daneben aber auch sonstige Rechte und Rechtsgüter der Marktteilnehmer durch das UWG geschützt.<sup>75</sup> Dies betrifft insbesondere den Schutz individueller, nicht notwendig wettbewerbsbezogener Interessen der Verbraucher, konkret: „das Allgemeine Persönlichkeitsrecht, die Gesundheit, Besitz und Eigentum sowie das Vermögen.“<sup>76</sup> Diese Schutzrichtung schlägt sich vor allem im Schutz vor Belästigungen nach § 7 UWG nieder, welcher unabhängig von einer Beeinträchtigung der Entscheidungsfreiheit des Verbrauchers sei.<sup>77</sup> Teilweise werden – vor allem im Hinblick auf § 4 Nr. 7 und 8 UWG – auf Mitbewerberseite gleichfalls nicht notwendig wettbewerbsbezogene Interessen als geschützt angesehen, namentlich vor allem die geschäftliche Ehre.<sup>78</sup>

Ausgehend von § 7 UWG wird in Verfeinerung des vorstehend dargestellten Standpunkts zudem von *Sosnitza* eine fallgruppenspezifische Schutzrichtung postuliert, wonach einzelne Vorschriften des UWG in ihrem Schutzzweck vom primären Schutz der Entfaltungs- und Entscheidungsfreiheit der Marktteilnehmer abweichen. So bezweckten die Fallgruppen des § 7 UWG teilweise den Schutz von Privatsphäre, Eigentum und Vermögen des Verbrauchers. Diese speziellen Schutzrichtungen wären jedoch nicht für das gesamte UWG verallgemeinerungsfähig.<sup>79</sup>

### d) *Stellungnahme*

Eine pluralistische Ausrichtung des Interessenschutzes der Marktteilnehmer ist abzulehnen. Diese Ansicht überdehnt das Lauterkeitsrecht, ohne eine klare Alternative aufzeigen zu können. Dies kann im Einzelnen wie folgt begründet werden:

#### aa) Keine Vorentscheidung durch etablierte Begrifflichkeiten

Gelegentlich wird eine pluralistische Betrachtung auf ein gefestigtes „sozialrechtliches Verständnis“ des Lauterkeitsrechts gestützt.<sup>80</sup> Hinter dieser Bezeichnung verbirgt sich jedoch nur die Erstreckung des lauterkeitsrechtlichen Schutzes auf die Marktteilnehmer sowie die Allgemeinheit in Abgrenzung zum früheren, mitbewerberbezogenen und individualrechtlich ausgerichteten Schutzzweck-Verständnis.<sup>81</sup> Damit wird zwar der Kreis der Schutzsubjekte erweiternd umrissen, eine Aussage über

---

<sup>75</sup> Im Ergebnis kommt diese Auffassung der vorangehend skizzierten pluralistischen Auffassung *Fezers* recht nahe. Im Unterschied zu jener lehnt die erweiterte wettbewerbsfunktionale Ansicht jedoch die Einbeziehung von Allgemeininteressen über den individuellen Marktteilnehmerschutz hinaus ab, vgl. *Köhler/Bornkamm*, § 1 Rn. 41; *Köhler*, NJW 2004, 2121 (2121f.)

<sup>76</sup> So die Aufzählung bei *HK-WettbR/Klippel/Brämer*, § 1 Rn. 15; ebenso *Köhler/Bornkamm*, § 1 Rn. 20; *Piper/Ohly/Sosnitza*, § 1 Rn. 23; ähnlich *Lettl*, GRUR 2004, 449 (452 f.).

<sup>77</sup> *Köhler/Bornkamm*, § 1 Rn. 20; ähnlich *HK-WettbR/Klippel/Brämer*, § 1 Rn. 15.

<sup>78</sup> *HK-WettbR/Klippel/Brämer*, § 1 Rn. 9; v. *Ungern-Sternberg* in: *Gloy/Loschelder/Erdmann*, § 24 Rn. 5; **a.A.** aber z.B. *Köhler/Bornkamm*, § 4 Rn. 7.2.

<sup>79</sup> *MüKoUWG/Sosnitza*, § 1 Rn. 27; ähnlich *Beater* Rn. 2377; *ders.*, WRP 2012, 6 (11); *Lux*, S. 366 ff.; *GK-UWG/Peukert*, § 1 Rn. 65ff., 76 ff.; *Harte/Henning/Podszun*, § 1 Rn. 57.

<sup>80</sup> *Fezer/Fezer*, § 1 Rn. 74 ff.; *Kaplan*, S. 51 ff.

<sup>81</sup> So schon *E.Ulmer*, GRUR 1937, 769 (772). Zu den Entwicklungslinien des Schutzzwecks ausführlich *Plager*, S. 93 ff.; s.a. *Fezer/Fezer*, § 1 Rn. 33; *Lux*, S. 254 ff.; *Pichler*, S.110 f. .

die Reichweite des Interessenschutzes bei den Schutzsubjekten, vor allem in Bezug auf ein durch Einschluss von sozialen Grundwerten erreichtes sozialetisches Verständnis, wird dadurch jedoch noch nicht getroffen.<sup>82</sup>

Umgekehrt lässt sich aber eine Ablehnung pluralistischer Wertung auch nicht bereits aus der Funktion des UWG als „Marktverhaltensrecht“ ableiten.<sup>83</sup> Die Zuordnung einer Handlung zum Marktgeschehen beinhaltet ebenfalls keine Aussage über die Reichweite des Interessenschutzes. Wie die Ansätze von *Fezer* und von *v. Ungern-Sternberg* gerade belegen, ist auch ein Marktverhaltensrecht denkbar, bei dem eine geschäftliche Handlung als marktbezogener Eingriff in nicht wettbewerbsbezogene Interessen der Marktteilnehmer gedeutet wird und dadurch die Verantwortung des handelnden Wettbewerbers auslösen kann.<sup>84</sup>

Die Frage des lauterkeitsrechtlichen Interessenschutzes kann also nicht unter Verweis auf bloße, wenn auch etablierte, Begrifflichkeiten gelöst werden.

#### bb) Überdehnung des lauterkeitsrechtlichen Regelungsbereiches

Ein pluralistisch verstandenes Lauterkeitsrecht, bei dem sämtliche individuelle und kollektive Interessen der Marktteilnehmer einbezogen werden, die durch einen marktbezogenen Eingriff – *Fezer* verweist hier insbesondere auf die kommerzielle Kommunikation – verletzt werden bzw. verletzt werden können,<sup>85</sup> erweist sich jedoch als bedenklich. Zunächst wird das UWG dadurch eingespannt für den Schutz beispielsweise vor diskriminierender oder menschenverachtender Werbung, den Schutz der Gesundheit und der Privatsphäre und den Jugendschutz.<sup>86</sup> Es erfasst damit Interessen, die über den Markt und den Wettbewerb hinausweisen und greift in Regelungsbereiche hinein, die zugleich durch andere Gesetze geregelt sind, beispielsweise solche des Gesundheit- und Jugendschutzes. In Verbindung mit der Verweisungsnorm des § 4 Nr. 11 UWG sowie den „scharfen“ lauterkeitsrechtlichen Sanktionsmöglichkeiten würde das UWG dadurch zu einem Instrument allgemeiner Effektivierung sonstiger normativer Wertungen, was bereits mit dem Wortlaut des Schutzzwecks nur schwerlich zu vereinbaren ist. Eine solche Funktionsweiterung jenseits des originären Regelungsbereichs des UWG, welche dazu führt, dass dem UWG eine Lückenschlussfunktion in der Gesamtrechtsordnung zukommt, kann zu recht kritisch gesehen werden.<sup>87</sup>

---

<sup>82</sup> *Drews*, S. 17; s.a. *Harte/Henning/Podszun*, § 1 Rn. 61; *a.A. Fezer/Fezer*, § 1 Rn. 74 ff.

<sup>83</sup> So aber *Wuttke*, WRP 2007, 119 (122 f.); ähnlich *Köhler/Bornkamm*, § 1 Rn. 41.

<sup>84</sup> Vgl. *Drews*, S. 31.

<sup>85</sup> So wohl *Fezer/Fezer*, § 1 Rn. 82; *v. Ungern-Sternberg* in: *Gloy/Loschelder/Erdmann*, § 23 Rn. 21.

<sup>86</sup> Sybillinisch insofern *Fezer/Fezer*, § 1 Rn. 82, der zunächst feststellt, dass die Rechtserheblichkeit von marktbezogenen Allgemeininteressen „selbstverständlich“ nicht bedeute, dass es einen Zweck des UWG darstelle, „die Würde und die Persönlichkeit des Menschen, die Privatsphäre, die Intimsphäre und die Gesundheit der Bürger, die Tierwelt und den Artenreichtum der Pflanzen, die Finanzgrundlage von Unternehmen und deren Arbeitsplätze oder gar die Institutionen des Staates wie die Organisation der Rechtspflege zu schützen“. Andererseits seien aber „diskriminierende Werbung, die die Menschenwürde verletzt, Kinderwerbung, die in den Schutzbereich der Kinderrechte eingreift, verbotene Telefonwerbung, die einen Eingriff in die Privatsphäre darstellt, Heilmittel- und Lebensmittelwerbung, von der eine Gefährdung der Gesundheit der Bürger ausgeht“ „beispielhafte Fallkonstellationen“, in denen die Berücksichtigung sozialer Grundwerte aufgrund des durch die kommerzielle Kommunikation hergestellten Lauterkeitsbezuges gerechtfertigt sei. Freilich würde sich dieser vermeintliche Widerspruch auflösen, sofern man den Schutz der o.g. Rechtsgüter nur als Reflex des Schutzes marktbezogener Interessen begreift. Damit würde sich diese Ansicht dem hier vertretenen wettbewerbsfunktionalen Standpunkt annähern.

<sup>87</sup> *Pichler*, S. 150; *Scherer*, WRP 2006, 401 (403).

### cc) Fehlen eines Abwägungsmaßstabes

Hinzu kommt, dass die pluralistische Ansicht nicht in der Lage ist, Wertungskriterien für die Beurteilung der weit verstandenen involvierten Interessen der Marktteilnehmer zu liefern.<sup>88</sup> Ein solcher Maßstab ist zwar nicht im Wortlaut der Schutzzweckklausel verankert, jedoch nach Sinn und Zweck ihrer Funktion als Auslegungsdirektive erforderlich. Ohne Auslegungsmaßstab würde die vom Gesetzgeber zuge dachte Leitbildfunktion für eine transparente und einheitliche Auslegung entwertet. Eine pluralistische Offenheit für sämtliche Werte macht die Festlegung eines solchen Maßstabes jedoch unmöglich. Es wird nicht klar, inwieweit sich Grundwerte der Person und nicht unmittelbar wettbewerbsbezogene Gemeinwohlbelange gegenüber der Freiheit der Marktteilnehmer durchsetzen können.

Soweit die Freiheit der Marktteilnehmer im Wege der mittelbaren Drittwirkung von Grundrechten verfassungskonform auszulegen ist, wird eine solche Begrenzung auch von den Befürwortern einer wettbewerbsfunktionalen Ansicht nicht geleugnet.<sup>89</sup> Dies ist aber eine andere Fragestellung. Es geht bei der Schutzzweckbestimmung nicht darum, die Beachtung verfassungs- oder gemeinschaftsrechtlicher Vorgaben anzunehmen, welche von vornherein die Inanspruchnahme wettbewerblicher Handlungsfreiheiten zugleich ermöglichen und begrenzen.<sup>90</sup> Vorliegend geht es – mit den Worten *Beaters* – darum, „ob die §§ 1, 3 UWG den Richter dazu ermächtigen, entsprechende [sc. nicht verfassungsrechtlich oder gesetzlich vorgegebene] Interessen zu definieren und bei der Abwägung zu berücksichtigen“.<sup>91</sup> Jenseits einer verfassungskonformen Auslegung verkommt eine pluralistische Ausfüllung der Marktteilnehmerinteressen mit Werten, die keine Relevanz zu erlangen vermögen, jedoch zu einem inhaltsleeren Programm.

Nimmt man andererseits die Einbeziehung von allgemeinen Gemeinwohlbelangen und sozialen Grundwerten ernst, so stellt sich ein systematisches Problem, nämlich das bereits angeschnittene Auffinden eines Abwägungsmaßstabes, bei dem sich genannte Belange und Werte auch durchzusetzen vermögen. Es bleibt als Ausweg nur die Gewichtung und Abwägung im Rahmen einer Gesamtbeurteilung.<sup>92</sup> Als rein „methodisches Hilfsmittel“ vermag eine Interessenabwägung aus sich heraus jedoch keine Lösung hervorzubringen.<sup>93</sup> Kriterien der Schutzwürdigkeit sowie ein Abwägungskriterium im engeren Sinn lassen sich mit ihr nicht ermitteln. Wie die Verfechter einer pluralistischen Theorie selbst eingestehen, ist die Abwägung „unvermeidlich ein Vorgang des Wägens und Beurteilens ohne eindeutigen Maßstab“.<sup>94</sup> Der Maßstab müsste also bei jeder Abwägung im Einzelfall neu bestimmt werden. Gerade dies möchte die Schutzzweckklausel – ungeachtet ihres Inhalts – aber verhindern. Sie zielt darauf, dem Normanwender einen generellen Maßstab für die Rechtsfindung an die Hand zu geben und schränkt damit die Erkenntnismöglichkeit des Rechtsanwenders ein.<sup>95</sup> Bereits die Existenz der Schutzzweckklausel des § 1 UWG und die darin zum Ausdruck gebrachte Leitbildfunktion widersprechen also einer wertoffenen Interessenabwägung.

---

<sup>88</sup> Ausführlich *Drews*, S. 26 ff.; gleichsinnig GK-UWG/*Peukert*, § 1 Rn. 47 ff.

<sup>89</sup> *Pichler*, S. 151 *Scherer*, WRP 2006, 401 (403).

<sup>90</sup> Ähnlich *Köhler/Bornkamm*, § 1 Rn. 41; *Scherer* WRP 2006, 401 (403).

<sup>91</sup> *Beater*, Rn. 2449.

<sup>92</sup> v. *Ungern-Sternberg* in: *Gloy/Loschelder/Erdmann*, § 23 Rn. 28.

<sup>93</sup> *Schünemann*, WRP 2004, 925 (931 f.) m. w. N.

<sup>94</sup> v. *Ungern-Sternberg* in: *Gloy/Loschelder/Erdmann*, § 23 Rn. 28; s.a. *Koppensteiner*, WRP 2007, 475 (479).

Die pluralistische Ansicht läuft damit im Ergebnis auf die Negation eines Schutzmaßstabes hinaus, den § 1 UWG gerade geben will.

dd) Einfallstor für Gruppeninteressen und Schädigung der Marktteilnehmer

Des Weiteren birgt eine wertoffene Abwägung die bereits angesprochene Gefahr, dass Gruppeninteressen zum Nachteil des Wettbewerbs Eingang finden und aus dem intendierten „Schutz des Wettbewerbs“ ein „Schutz der Wettbewerber“ wird.<sup>96</sup> Die Rechtsprechung hat sich nicht immer als gegen entsprechende Versuchungen immun erwiesen.<sup>97</sup> Unabhängig davon, ob es sich um verkappte Gruppeninteressen handelt, geht die Berücksichtigung wettbewerbsfremder Allgemeininteressen zudem zulasten des Wettbewerbs und schädigt damit sämtliche Marktteilnehmer. Werden dem Wettbewerb aus wettbewerbsfremden Gründen äußere Grenzen gesetzt – beispielsweise, wenn die Käfighaltung von Legehennen als unlauter verboten würde – so überdehnt eine derartige Instrumentalisierung für den Tierschutz nicht nur das UWG, sondern schränkt zugleich die unternehmerische Handlungsfreiheit ein und damit die Auswahlmöglichkeit der Abnehmer, insbesondere der Verbraucher.<sup>98</sup>

Eine strikt auf die wettbewerbsbezogenen Interessen der Marktteilnehmer begrenzte Auslegung erscheint damit grundsätzlich vorzugswürdig. Hierfür streiten auch die besseren Argumente.

ee) Überwindung der „Anstandsformel“ im UWG 2004

Zunächst kann auf die Entstehungsgeschichte und die Systematik des UWG 2004 verwiesen werden. Indem der bisherige Maßstab der „Sittenwidrigkeit“ in § 1 a.F. in § 3 n.F. durch den der Unlauterkeit ersetzt und der „unlautere Wettbewerb“ auch in der neuen Schutzzwecknorm des § 1 n.F. verankert wurde, hat der Gesetzgeber der Überwindung der zur Bestimmung der Unlauterkeit verwendeten sittlich-ethisch aufgeladenen sog. „Anstandsformel“<sup>99</sup> Vorschub geleistet.<sup>100</sup> Mit dieser „*De-Moralisierung des Lauterkeitsrechts*“<sup>101</sup> wurde zugleich die Entwicklung in der Rechtsprechung nachgezeichnet, welche ebenfalls auf eine wettbewerbsfunktionale Betrachtung zustrebt.<sup>102</sup> All dies fand seinen Ausdruck im durchgängigen Wettbewerbsbezug von § 1 und § 3 UWG 2004.<sup>103</sup> Der normtextliche Bezug auf die Beeinträchtigung des Wettbewerbs legte im Wortlaut und der Systematik nahe, dass nur wettbewerbsbezogene Interessen der Marktteilnehmer schutzwürdig sind. Insbesondere die Forderung der Bagatellklausel, „den Wettbewerb nicht unerheblich zu beeinträchtigen“, ließ sich allein durch die

---

<sup>95</sup> Drews, S. 28 f.; ähnlich Beater, Rn. 2453 ff.

<sup>96</sup> Pichler, S. 150; ähnlich Emmerich, § 3 Rn. 10.

<sup>97</sup> Vgl. Emmerich, § 3 Rn. 10; Lux, S. 264 f. m. w. N. für die Parallelproblematik im Rahmen der Allgemeininteressen.

<sup>98</sup> Beater, Rn. 996 ff., 2455.

<sup>99</sup> S. z. B. Emmerich, § 5 Rn. 12 ff.; ausführlich Plager, S. 95 ff.

<sup>100</sup> nachdrücklich Harte/Henning/Schünemann (2. Aufl.), § 3 Rn. 122 f., ders., WRP 2004, 925 (929 f.); ähnlich Pichler, S. 89 ff.; a.A. Drews, S. 34, Kaplan, S. 57 f.

<sup>101</sup> Harte/Henning/Schünemann (2. Aufl.), § 3 Rn. 122.

<sup>102</sup> Z.B. BGH GRUR 2002, 360 (362) – HIV Positive II; BGH GRUR 2000, 1076 (1078) – Abgasemissionen; BGH GRUR 2004, 696 (697) – Direktansprache am Arbeitsplatz; unter dem UWG 2004 wurde ein weiterer Rekurs auf die „Anstandsformel“ endgültig abgelehnt, vgl. BGH GRUR 2006, 773 (774) – Probeabonnement, sowie BGH GRUR 2007, 800 (801 f.) – Außendienstmitarbeiter.



Verletzung nicht wettbewerbsbezogener Interessen der Marktteilnehmer kaum erfüllen.<sup>104</sup> Zuzugeben ist allerdings, dass die Gesetzesmaterialien diese inhaltliche Ausrichtung auf einen Bezug zu wettbewerbsfunktionalen Interessen der Marktteilnehmer nicht hinreichend widerspiegeln.<sup>105</sup> Zudem hat dieses an Wortlaut und Systematik ausgerichtete Argument durch das UWG 2008 ohnehin an Schlagkraft verloren, indem an die Stelle des „unlauteren Wettbewerbs“ die „unlauteren geschäftlichen Handlungen“ getreten sind und der Wettbewerbsbezug der Spürbarkeitsklausel gestrichen wurde. In Zusammenhang mit der Verbrauchergeneralklausel des § 3 Abs. 2 UWG und dem dort angelegten Maßstab der „fachlichen Sorgfalt“, wie er in § 2 Abs. 1 Nr. 7 UWG definiert ist, könnte dies sogar als Abkehr von einer wettbewerbsfunktionalen Auslegung gedeutet werden.<sup>106</sup> Jedoch fehlen für einen entsprechenden Willen des Gesetzgebers ebenfalls hinreichende Anhaltspunkte. Die Materialien lassen vielmehr darauf schließen, dass die Änderungen nur sprachkosmetischer Natur sein sollten.<sup>107</sup> In der Überwindung der Anstandsformel liegt somit ein erster Hinweis auf einen rein wettbewerbsfunktionalen Interessenbezug.

ff) Die Rolle des Marktteilnehmers als Anknüpfungspunkt des Interessenschutzes

Gleichwohl kann im UWG 2008 der Nachweis eines wettbewerbsfunktionalen Interessenbezuges geführt werden. Der Begriff der „Unlauterkeit“ ist hierfür jedoch nicht geeignet. Unabhängig davon, ob mit der Einführung des Begriffs ein inhaltliches Moment verbunden war,<sup>108</sup> kann er zur Schutzzweckbestimmung nicht alleine herangezogen werden, ohne dass der Vorwurf eines Zirkelschlusses im Raum stünde, denn die Unlauterkeit wird ihrerseits maßgeblich wiederum durch den Schutzzweck bestimmt.<sup>109</sup>

Die wettbewerbsfunktionale Begrenzung der geschützten Interessen ergibt sich jedoch aus der gesetzlichen Betrachtung der Schutzsubjekte als "Marktteilnehmer".<sup>110</sup> Durch die Wendung „sonstige“ in § 1 S. 1 UWG legt das UWG diesen Begriff als Oberbegriff für die geschützten Individuen fest. Dies wird in § 2 I Nr. 2 UWG bestätigt. Bei dieser Gruppierung kann es nicht allein um eine zahlenmäßige Erfassung oder den subjektiven Anwendungsbereich des UWG gehen<sup>111</sup> – hierfür hätten die Begriffe der Mitbewerber bzw. Unternehmen und Verbraucher genügt.<sup>112</sup> Der gewählte Oberbegriff bindet je-

---

<sup>103</sup> *Schünemann*, WRP 2004, 925 (925 f.).

<sup>104</sup> *Drews*, S. 33.

<sup>105</sup> Vgl. BTDrucks. 15/1487 S. 16 li. Sp. (Begrifflicher Austausch zur Vermeidung des „Makels der Unsittlichkeit“ und zur Verbesserung der Gemeinschaftsrechtskompatibilität); ähnlich *Drews*, S. 32; *Schünemann*, WRP 2004, 925 (928 f.); kritischer *Fezer/Fezer*, § 1 Rn. 75 f. (Perplexität der Gesetzesbegründung); *a.A. Scherer*, WRP 2006, 401 (403).

<sup>106</sup> Warnend *Pichler*, S. 99 f.; *Harte/Henning/Schünemann* (2. Aufl.), § 3 Rn. 125; zur Offenheit des Sorgfaltsmaßstabs s.a. *Glöckner/Henning-Bodewig*, WRP 2005, 1314 (1327); *Sosnitza*, WRP 2008, 1014 (1018).

<sup>107</sup> Vgl. BTDrucks. 16/10145, S. 15 re. Sp. und insbesondere S. 22 li. Sp. (Beseitigung von sperrigen und unklaren Tatbestandsmerkmalen).

<sup>108</sup> S. Fn. 100.

<sup>109</sup> Vgl. *Harte/Henning/Schünemann* (2. Aufl.), § 3 Rn. 112 ff., 199 ff; s.a. *v. Ungern-Sternberg* in: *Gloy/Loschelder/Erdmann*, § 44 Rn. 2.

<sup>110</sup> ausführlich *Drews*, S. 34 f., dessen Argumentation im Folgenden nachgezeichnet wird. Ähnlich *Beater*, Rn. 987 f.; *Ohly*, GRUR 2004, 889 (895); *Scherer*, WRP 2013, 977 (980 Rn. 30 f.).

<sup>111</sup> So aber *v. Ungern-Sternberg*, in: *Gloy/Loschelder/Erdmann*, § 32 Rn. 1.

<sup>112</sup> *Fezer/Fezer*, § 1 Rn. 69.

doch zugleich den lauterkeitsrechtlichen Schutz an die Marktteilnahme und lenkt damit die Betrachtung auf die Rolle der Beteiligten als Marktakteure. Dies bedeutet zweierlei.

Zum einen beinhaltet diese Betrachtung ein Bekenntnis zum Wettbewerb als Ordnungs- und Steuerungsprinzip des Marktes, denn Markt ist nicht ohne Wettbewerb denkbar: „*Markt ohne Wettbewerb ist wie ein Theater ohne Stücke*“.<sup>113</sup> Die Erfassung als Marktteilnehmer bedeutet also zugleich die Erfassung als Teilnehmer in einem dezentralen, sich grundsätzlich selbst regulierenden System. Dieses Bekenntnis zum Wettbewerb harmonisiert mit dem Wettbewerbsbezug des § 1 Abs. 2 UWG, welcher ein entsprechendes Allgemeinheitsinteresse definiert.

Dieses in der Betrachtung des geschützten Personenkreises als „Marktteilnehmer“ zum Ausdruck kommende Bekenntnis des Gesetzgebers bedeutet aber zum Zweiten auch eine Begrenzung der geschützten Individualinteressen.<sup>114</sup> Die „Teilnahme“ am „Markt“ verweist auf die Einbindung der Handelnden in den Markt als sich wechselseitig beeinflussendes Sozialgeflecht, welches aus Angebot und Nachfrage entsteht und aus Austausch- und Parallelprozessen gebildet wird.<sup>115</sup> An die Stelle einer individuellen, isolierten Sichtweise auf die einzelnen rechtsgeschäftlichen Transaktionen tritt beim UWG also die Betrachtung der Individuen als funktionelle Bestandteile des Wettbewerbsprozesses, welcher durch Interaktion und Kooperation der Beteiligten am Markt abläuft. Der Verweis auf den Verbraucherbegriff gem. § 13 BGB in § 2 II UWG steht dem nicht entgegen. Dieser soll nur der Eingrenzung des Personenkreises anhand des privaten Zwecks der Marktbetätigung dienen, jedoch nicht den zivilrechtlichen Verbraucherschutz ins Lauterkeitsrecht transferieren. Darauf weist auch hin, dass § 13 BGB nur „entsprechend“ gelten soll. Die Schutzsubjekte werden demnach nicht in ihrem gesamten Rechtskreis erfasst, sondern nur und gerade in ihrer Rolle als Funktionsträger für den Wettbewerb. Die geschützten Interessen ergeben sich damit umgekehrt aus den Anforderungen der Marktteilnehmerrolle.

Bezieht man das vorherige Bekenntnis zum Wettbewerb ein, so leitet die Frage nach der Rolle als Marktteilnehmer damit über zu der Frage nach den Funktionsbedingungen des Marktes.<sup>116</sup> Den Kern eines Marktes bildet der Mechanismus aus Angebot und Nachfrage. Im Wettbewerb wird dieser Mechanismus aus der Inanspruchnahme von wettbewerblicher Handlungs- und Entscheidungsfreiheit auf beiden Seiten geschaffen und erhalten.<sup>117</sup> Hinzu kommen Parallelprozesse auf beiden Seiten. Auf Basis des so entstehenden Geflechts werden den Teilnehmern Chancen und Risiken zugewiesen.<sup>118</sup> Zugleich üben sie darin aber auch spezielle ökonomische Funktionen aus. Besonders deutlich wird dies bei den Nachfragern – typischerweise, aber nicht ausschließlich handelt es sich hierbei um Verbraucher. Durch ihre frei getroffene Kaufentscheidung befinden sie darüber, welches unternehmerische Angebot sich am Markt durchsetzt und welches nicht. Verkürzt wird hier oft von der

---

<sup>113</sup> So plastisch Fezer/Fezer, Einl. E, Rn. 262.

<sup>114</sup> Ähnlich Scherer, WRP 2006, 401 (404); dies., WRP 2013, 977 (980 Rn. 30 f.).

<sup>115</sup> Ähnlich Scherer, WRP 2006, 401 (404), s.a. Krafft/Mittelstädt/Wiepcke S. 210; GK-UWG/Schünemann, Einl. A Rn. 46, 51.

<sup>116</sup> Beater, Rn. 987 f.; ähnlich Emmerich, § 5 Rn. 22 ff.; s.a. Fezer/Scherer, § 4–2, Rn. 25 ff.

<sup>117</sup> Ähnlich Beater, Rn. 990 f.; Scherer, WRP 2006, 401 (404); s.a. Krafft/Mittelstädt/Wiepcke, 366; zum Wettbewerbsverständnis des UWG näher unten S. 26.

<sup>118</sup> Beater, Rn. 990 f.

„Schiedsrichterfunktion“ des Verbrauchers gesprochen.<sup>119</sup> Dabei wird jedoch außer Acht gelassen, dass der einzelne Abnehmer nicht im Interesse des Funktionierens des Wettbewerbs handelt, sondern eigenen Anreizen folgt und die Folgen seiner Entscheidung zu tragen hat.<sup>120</sup> Die Entscheidung der Nachfrager stellt in jedem Fall ein unverzichtbares Element des Wettbewerbsprinzips dar. Die ihnen damit zugewiesene Funktion wird aber nur erfüllt, wenn sie ihre Entscheidung auf Grund freien Willensentschlusses und auf wahrheitsgemäßer Grundlage treffen. Die Rolle als Marktteilnehmer erfordert somit auf Seiten der Nachfrager – insbesondere der Verbraucher – die Verwirklichung von „Konsumentensouveränität“.

Auf der Seite der Abnehmer – Verbraucher eingeschlossen – ist demnach Entscheidungs- und Nachfragefreiheit erforderlich.<sup>121</sup> Auf der Seite des Unternehmers bedeutet die Einbindung in den wettbewerbsgesteuerten Markt Wahrnehmung von wettbewerblicher Entfaltungs- und Angebotsfreiheit. Diese Erkenntnis wird dadurch untermauert, dass nach der Regierungsbegründung „*insbesondere die Angebotsfreiheit der Wettbewerber und die Entscheidungsfreiheit der Verbraucher*“ geschützt wird.<sup>122</sup> Die Erfassung als Marktteilnehmer stellt demnach die Entfaltung wettbewerblicher Freiheit als funktionelle Voraussetzung der Markt- und Wettbewerbsteilnahme in den Mittelpunkt des Interessenschutzes.

Die Kopplung des Interessenschutzes an die Markt- und damit Wettbewerbsteilnahme bedeutet aber zugleich, dass auch nur solche Individualinteressen geschützt sind, die Teil der wettbewerblichen Handlungs- und Entscheidungsfreiheit des Individuums sind.<sup>123</sup> Nur soweit die Wettbewerbsteilnehmer ihre wettbewerbliche Handlungs- und Entscheidungsfreiheit ausüben, werden sie in der Rolle als Marktteilnehmer geschützt. Ihr übriger Rechtskreis, wie etwa der Schutz der Privatsphäre oder der Gesundheit, wird demgegenüber nicht einbezogen. Die geschützten Interessen stellen also die „*Schnittmenge zwischen wettbewerbsproduktiven und freiheitsbezogenen Interessen*“ dar.<sup>124</sup>

Mit der Betrachtung der Beteiligten in ihrer Rolle als Marktteilnehmer manifestiert sich demnach ein wettbewerbsfunktionales Verständnis des UWG, welches bei der Auslegung der Schutzzweckklausel zu Grunde zu legen ist.

#### gg) Unberechtigte Kritik einer „ökonomistischen Ideologisierung“

Unter Berücksichtigung dieser freiheitsbezogenen Prämisse des lauterkeitsrechtlichen Interessenschutzes ist schließlich auch die Kritik einer ökonomistischen Ideologisierung durch die wettbewerbsfunktionale Betrachtung zurückzuweisen. Durch eine strikt funktionsorientierte Betrachtung der Interessen der Marktteilnehmer werden mögliche Einfallstore für nicht wettbewerbsbezogene Individual- oder Allgemeininteressen geschlossen, so dass gerade ein wettbewerbsfunktionaler Ansatz eine In-

---

<sup>119</sup> Z.B. Lettl, § 5 Rn. 8 ; Scherer, WRP 2008, 708 (711 f.) m.w.N.; dagegen scharf Schönemann, in: Krejci/Keßler/Augenhofer, S. 52 f.

<sup>120</sup> Vgl. Harte/Henning/Schönemann (2. Aufl.), § 1 Rn. 22; Lux, S. 361. Überhaupt erweisen sich Vergleiche mit dem sportlichen Wettbewerb als wenig zielführend, s. Schönemann, in: Krejci/Keßler/Augenhofer, S. 52 f.

<sup>121</sup> Beater, Rn. 991; s.a. Harte/Henning/Schönemann (2. Aufl.), § 1 Rn. 62 ff.; Scherer, WRP 2006, 401 (404).

<sup>122</sup> BTDrucks. 15/1487, S. 13 re. Sp.

<sup>123</sup> Drews, S. 36; ähnlich Scherer, WRP 2006, 401 (404).

<sup>124</sup> Harte/Henning/Schönemann (2. Aufl.), § 1 Rn. 62. Zunächst offen bleiben muss die sich bei dieser Betrachtung aufdrängende Frage, wie der wettbewerbsrelevante Interessenkreis und Freiheitsbereich der Marktteilnehmer bestimmt bzw. von ihrem sonstigen Interessenkreis abgegrenzt werden kann.

strumentalisierung des UWG zu beliebigen Zwecken zu vermeiden vermag. Vielmehr wird das UWG „damit geradezu gegen jede Form von Ideologisierung [immunisiert]“.<sup>125</sup>

hh) §§ 4 und 7 UWG als Prüfsteine für einen rein wettbewerbsfunktionalen Schutzzweck

Erscheint eine wettbewerbsfunktionale Auslegung somit vorzugswürdig, so muss sie sich doch in die Gesetzessystematik einfügen. Die Existenz von lauterkeitsrechtlichen Fallgruppen, die nicht auf einen wettbewerbsfunktionalen Nenner gebracht werden können, würde eine solche Deutung in Frage stellen.<sup>126</sup> In diesem Fall müsste (entsprechend der erweiterten wettbewerbsfunktionalen Theorie) von einem Schutzzweck ausgegangen werden, welcher auch nichtwettbewerbliche Interessen der Anbieter und Nachfrager, insbesondere der Verbraucher, umfasst. Als problematisch erweisen dabei § 4 Nr. 7 und 8 UWG, die teilweise als Schutz der geschäftlichen Ehre verstanden werden,<sup>127</sup> sowie § 7 UWG, der einen Schutz sonstiger Rechte und Rechtsgüter des Verbrauchers – insbesondere der Privatsphäre – zum Ausdruck zu bringen scheint.<sup>128</sup> Ein einheitlicher wettbewerbsfunktionaler Schutzzweck erscheint demnach fraglich, wenn sich die Tatbestände des Gesetzes nicht in einem solchen Sinne übergreifend konkretisieren lassen. Bei den genannten Fallgruppen müssen also für eine wettbewerbsfunktionale Betrachtung der Schutzzweckklausel entsprechende Interessen der Marktteilnehmer zumindest mitgeschützt sein. Ein stets oder teilweise miterzielter Schutz außerwettbewerblicher Interessen wäre dann lediglich als unschädlicher und im Lauterkeitskontext unbeachtlicher Reflex anzusehen.

Nicht in die Kategorie der o.g. „Prüfsteine“ fällt allerdings die „menschenverachtende Werbung“ als Unterfall der unsachlichen Beeinflussung gem. § 4 Nr. 1 UWG. Zwar stellt die Norm auf eine Verletzung der Würde des Menschen ab, die Unlauterkeit ist jedoch nur dann gegeben, wenn durch das Handeln in menschenverachtende Weise zugleich die Entscheidungsfreiheit der Marktgegenseite beeinträchtigt wird.<sup>129</sup> Die Norm bezweckt demnach den Schutz der Entscheidungsfreiheit der Verbraucher und sonstigen Marktteilnehmer als wettbewerbsfunktionales Interesse. Geschützt ist damit vorrangig nicht die Menschenwürde, sondern die freie Marktentscheidung des Marktteilnehmers, also gerade die von einer wettbewerbsfunktionalen Auslegung geforderte Verwirklichung der Konsumentensouveränität.<sup>130</sup>

---

<sup>125</sup> Pichler, S. 151; Harte/Henning/Schünemann (2. Aufl. 2009), § 1 Rn. 90.

<sup>126</sup> Drews, S. 36.

<sup>127</sup> HK-WettbR/Klippel/Brämer, § 1 Rn. 9; v. Ungern-Sternberg in: Gloy/Loschelder/Erdmann, § 24 Rn. 5.

<sup>128</sup> Beater, WRP 2012, 6 (6, 10); s.a. Köhler/Bornkamm, § 1 Rn. 20

<sup>129</sup> Der Funktionsbezug zur Entscheidungsfreiheit der Marktteilnehmer entspricht mittlerweile allgemeiner Ansicht, z.B. Emmerich, § 12 Rn. 11 (S. 159); Hasselblatt, in: Gloy/Loschelder/Erdmann, § 48 Rn. 72; Köhler/Bornkamm, § 4 Rn. 1.38; Fezer/Scherer, § 4–1 Rn. 126; Piper/Ohly/Sosnitza, § 4 Rn. 1.46; Harte/Henning/Stuckel, § 4 Nr. 1 Rn. 30; s.a. Scherer WRP 2007, 594 (596).

<sup>130</sup> Vgl. Drews, S. 37. Dies bedeutet jedoch nicht zwangsläufig, dass eine Verletzung der Menschenwürde im Wettbewerb gem. Art. 1 GG generell keine Unlauterkeit begründen kann. Hier ist ggf. die Generalklausel des § 3 UWG im Wege einer verfassungskonformen Auslegung nutzbar zu machen, Emmerich, § 12 Rn. 12; Köhler/Bornkamm, § 3 Rn. 73 ff.; GK-UWG/Peukert, § 1 Rn. 167 ff.; Fezer/Scherer, § 4–2 Rn. 304 ff.; dies., WRP 2007, 594 ff.

(1) Wettbewerbsfunktionale Aspekte der „Herabsetzung“ und „Anschwärzung“ gem. § 4 Nr. 7 und 8 UWG

Typischerweise werden die von § 4 Nr. 7 und Nr. 8 UWG abgedeckten Fälle in Fortführung der Spruchpraxis zu §§ 14, 15 UWG 1909 als „Geschäftsehrverletzung“ und „Anschwärzung“ bezeichnet.<sup>131</sup> Beide schützen den Unternehmer vor Beeinträchtigung seines guten Geschäftsrufs (Goodwill).<sup>132</sup> Umgekehrt enthalten sie aber auch – flankiert durch die Wertung des § 6 UWG – ein Bekenntnis zu einem informierenden Wettbewerb, in welchem sachliche Kritik und die Verbreitung wahrer Tatsachen möglich sind.<sup>133</sup> Obwohl hier also vorrangig Individualinteressen des betroffenen Unternehmers geschützt scheinen, ist eine wettbewerbsfunktionale Deutung nicht ausgeschlossen. Dafür spricht zum einen der Marktbezug der Verletzungshandlung. Die Herabsetzung oder Verunglimpfung gem. § 4 Nr. 7 UWG muss sich zwar nicht allein auf wettbewerbliche Faktoren beziehen, wie die Einbeziehung der „persönlichen Verhältnisse“ als Gegenstand der Herabsetzung oder Verunglimpfung nahe legt, jedoch werden nur Äußerungen gegen einen „Mitbewerber“ erfasst. Diese müssen also gem. § 2 I Nr. 3 UWG im Rahmen eines konkreten Wettbewerbsverhältnisses und damit im wettbewerblchen Kontext des Strebens um einen Abschluss mit der Marktgegenseite abgegeben werden. Ähnlich verhält es sich mit § 4 Nr. 8 UWG. Hier muss sich die Anschwärzung ebenfalls gegen einen Mitbewerber richten und zudem geeignet sein, „den Betrieb des Unternehmens oder den Kredit des Unternehmers zu schädigen“.<sup>134</sup> Ehrenrührig muss die Äußerung jedoch nicht sein.<sup>135</sup> Nur soweit die wettbewerbliche Position des betroffenen Unternehmers tangiert ist, wird also eine bloße unwahre Tatsachenbehauptung oder eine Ehrkränkung erfasst. Im wettbewerblchen Kontext bedeutet dieses Verhalten andererseits aber nicht nur eine Beeinträchtigung der Interessen des angegangenen Unternehmers, sondern zugleich eine Beeinträchtigung der Handlungs- und Entscheidungsfreiheit der angesprochenen Marktteilnehmer, insbesondere auf der Marktgegenseite. Diese werden durch herabsetzende Äußerungen unsachlich unangemessen beeinflusst<sup>136</sup> bzw. durch die Behauptung unwahrer Tatsachen über das Marktumfeld irreführt.<sup>137</sup> Der Unterschied zwischen § 4 Nr. 8 UWG und dem „klassischen Fall der Irreführung“ liegt darin, dass der Werbende nicht über sich selbst oder sein Produkt, sondern über das wettbewerblche Umfeld irreführt.<sup>138</sup> Als Beleg für die Einbeziehung der Wirkung auf die Marktgegenseite kann zudem angeführt werden, dass im Falle der Herabsetzung oder Anschwärzung nach § 8 III Nr. 2, 3 UWG folgerichtig nicht nur der betroffene Mitbewerber klagebefugt ist, sondern auch Verbände und Verbrauchereinrichtungen.<sup>139</sup>

Dass der betroffene Mitbewerber durch die Herabsetzung oder Anschwärzung zugleich in unternehmerischen Individualinteressen betroffen ist – genannt werden hier die geschäftliche Wert-

---

<sup>131</sup> Z.B. von Harte/Henning/Bruhn, § 4 Nr. 8; Emmerich, § 9 (S. 113 ff.); Fezer/Nordemann, § 4–7 und § 4–8; Harte/Henning/Omsels, § 4 Nr. 7 Rn. 1; zur alten Spruchpraxis z.B. BGH GRUR 1995, 427 – *Schwarze Liste*.

<sup>132</sup> Götting/Nordemann/Späth, § 4 Rn. 7.1, Rn. 8.1; Piper/Ohly/Sosnitza, § 4 Rn. 7.1, 8.1.

<sup>133</sup> Drews, S. 38.

<sup>134</sup> Ähnlich Beater, Rn. 2000.

<sup>135</sup> Beater, Rn. 2001.

<sup>136</sup> Lettl, § 4 Rn. 118.

<sup>137</sup> Emmerich, § 9 Rn. 7.

<sup>138</sup> Drews, S. 39 mit Fn. 175; Emmerich, § 9 Rn. 7.

<sup>139</sup> A.A. – teleologische Einschränkung der Aktivlegitimation auf den unmittelbar Verletzten – Beater, Rn. 2014 f. (S. 737), Rn. 2018 (S. 738); Hasselblatt in Gloy/Loschelder/Erdmann, § 55 Rn. 36.

schätzung,<sup>140</sup> die korrekte Zurechnung geschäftlicher Leistung,<sup>141</sup> sowie das Aufzwingen öffentlicher Information<sup>142</sup> –, steht einer wettbewerbsfunktionalen Schutzrichtung nicht entgegen, da der Schutz dieser unternehmerischen Individualinteressen neben die wettbewerbsfunktional relevante Beeinträchtigung der Nachfragerinteressen tritt, so dass §§ 4 Nr. 7 und 8 UWG einer wettbewerbsfunktionalen Auslegung der Schutzzweckklausel nicht entgegenstehen.

## (2) Wettbewerbsfunktionaler Interessenschutz im Rahmen des § 7 UWG?

Eine rein wettbewerbsfunktionale Auslegung der Schutzzweckklausel muss jedoch auch die Existenz des § 7 UWG systematisch bewältigen können.

Nach überwiegender Ansicht dient das Verbot unzumutbarer Belästigung zunächst dem Schutz der Privatsphäre der Verbraucher.<sup>143</sup> Darauf deutet bereits der Ursprung der Fallgruppen Nr. 3 und 4 des § 7 II UWG hin, welche als per-se-Verbote das Tatbestandsmerkmal der „unzumutbaren Belästigung“ konkretisieren. Dieser Ursprung findet sich in der sog. Datenschutzrichtlinie.<sup>144</sup> Ausweislich ihres amtlichen Titels dient diese Richtlinie dem „*Schutz der Privatsphäre in der elektronischen Kommunikation*“. Natürliche Personen sollen vor einer Verletzung ihrer Privatsphäre durch unerbetene Direktwerbung geschützt werden, wobei durch Art. 13 der Richtlinie abschließend harmonisierte Standards zwingend festgelegt werden.<sup>145</sup> § 7 UWG setzt diese Vorgaben in nationales Recht um.<sup>146</sup>

Neben den Schutz der Privatsphäre tritt dabei in Ausnutzung des durch die Richtlinie eingeräumten Spielraums zum Schutz juristischer Personen vor Direktwerbung der Schutz der Betriebsabläufe bei gewerblichen Adressaten.<sup>147</sup> Beide Gruppen von Marktteilnehmern sollen zudem davor geschützt werden, dass durch geschäftliche Handlungen, insbesondere Werbemaßnahmen, ihre materiellen und immateriellen Ressourcen in Anspruch genommen und ihnen dadurch Kosten verursacht werden. Zu nennen sind z.B. die Nutzungsmöglichkeit von Empfangsgeräten sowie die zur gedanklichen Verarbeitung und ggf. tatsächlichen Beseitigung von Werbung nötige Zeit und Aufmerksamkeit.<sup>148</sup>

Obwohl ein so verstandener Schutz vor unzumutbarer Belästigung schon vor Erlass der Richtlinien als Fallgruppe des UWG anerkannt war,<sup>149</sup> entbindet dies doch nicht von der Prüfung, ob die unzumutbare Belästigung wettbewerbsfunktional gedeutet werden kann. So wird teilweise darauf abgestellt, dass mit belästigenden Werbemaßnahmen die Gefahr einer unsachlichen Beeinflussung einhergehe, da durch das Eindringen in die Privatsphäre eine sachliche Prüfung verhindert oder erschwert werde.<sup>150</sup> Tatsächlich werden in der Praxis aggressive Geschäftspraktiken oder Elemente der Irreführung oft-

---

<sup>140</sup> Piper/*Ohly/Sosnitza*, § 4 Rn. 7.1, Rn. 8.1.; s.a. OLG Hamm GRUR-RR 2007, 282 (283) – *Google Spamfilter*.

<sup>141</sup> *Beater*, Rn. 1980.

<sup>142</sup> *Beater*, Rn. 1989.

<sup>143</sup> *Beater*, Rn. 2375.

<sup>144</sup> Richtlinie 2002/58/EG v. 12.07.2002 über die Vereinbarung personenbezogener Daten und den Schutz der Privatsphäre in der elektronischen Kommunikation (Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation), ABl. EG v. 31.07.2002, Nr. L 201, S. 37.

<sup>145</sup> *Lettl*, § 7 Rn. 1 ff.; vgl. Piper/*Ohly/Sosnitza*, § 7 Rn. 10.

<sup>146</sup> Für das UWG 2004: BTDrucks. 15/1487, S. 15 li. Sp., 21 li. Sp.

<sup>147</sup> Zur Umsetzung unter teleologischen Aspekten kritisch *Beater*, WRP 2012, 6 (11).

<sup>148</sup> Ausführlich Fezer/*Mankowski*, § 7 Rn. 47.; ähnlich *Leistner*, Vertrag, S. 272 f.

<sup>149</sup> Für die Rechtslage unter dem UWG 1909 vgl. BGH GRUR 2004, 517 (518) – *E-Mail-Werbung* m.w.N.

mals bewusst eingesetzt, um den Adressat eines Werbeanrufs oder eines Hausbesuches durch entsprechende Gesprächsführung zur überbeurteilten Abnahme einer Ware oder Dienstleistung zu drängen.<sup>151</sup> Gleichwohl sind Belästigung und Beeinträchtigung der Entscheidungsfreiheit bei der rechtlichen Beurteilung scharf zu trennen. § 7 UWG verbietet die unzumutbare Belästigung unabhängig davon, ob sie die Entscheidungsfreiheit des Verbrauchers beeinträchtigt.<sup>152</sup> Eine Beeinträchtigung durch aggressives Auftreten wäre bei einigen der inkriminierten Werbeformen, insbesondere solchen ohne persönliche Kontaktaufnahme wie der E-Mail- oder Fax-Werbung, auch kaum zu begründen.<sup>153</sup> Dagegen spricht auch nicht, dass die gem. § 7 II Nr. 1 UWG ohne weiteres unzumutbare Belästigung durch hartnäckiges und unerwünschtes Ansprechen auf Nr. 26 des Anhangs zur Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken 2005/29/EG (UGP-RL) zurück geht, wonach solches Verhalten als in jedem Fall verbotene aggressive Geschäftspraktik angesehen wird. Zwar beruht bei aggressiven Geschäftspraktiken das Verbot auf der unzulässigen Beeinflussung des Entscheidungsverhaltens des Durchschnittsverbrauchers, vgl. Art. 8 UGP-RL, eine entsprechende Beeinflussung erscheint aber gerade bei der von Nr. 26 explizit erfassten massenhaften E-Mail-Werbung gekünstelt. Die Regelung des Nr. 26 UGP-RL ist daher als systemwidrige Regelung der Belästigung im Rahmen der UGP-RL einzustufen.<sup>154</sup> Die Fälle einer Beeinträchtigung der Entscheidungsfreiheit sind sachnäher ausschließlich nach § 4 Nr. 1 UWG zu beurteilen.<sup>155</sup> Zudem wäre die Fallgruppe des § 7 UWG gegenüber § 4 Nr. 1 UWG nahezu überflüssig, wenn eine Beeinflussung der Entscheidungsfreiheit als notwendige Voraussetzung der Unzulässigkeit erachtet würde.<sup>156</sup>

Ein anderer wettbewerbsfunktional ausgerichteter Begründungsstrang stellt darauf ab, dass die Wettbewerbshandlung dem Adressaten aufgedrängt wird und dieser nicht mehr darüber entscheiden kann, ob er dem Angebot seine Aufmerksamkeit schenkt oder sich mit anderen Dingen befasst.<sup>157</sup> Betroffen sei demnach die wirtschaftliche Ressource der Aufmerksamkeit des Adressaten als Ziel des Wettbewerbs. Diese dürfe über die Mitteilung von „Initiativinformationen“ hinaus nicht blockiert werden. Es müsse vielmehr dem Adressaten überlassen bleiben, sich mit werblichen Angeboten jenseits der „Initiativinformationen“ zu befassen.

Diese Begründung vermag ebenfalls nicht zu überzeugen. Unbestritten muss der Werbende die Möglichkeit haben, in Kontakt mit dem Adressaten zu treten. Eine Kommunikationssperre würde einen wesentlichen Wettbewerbsparameter eliminieren und den Wettbewerb insgesamt zum Erliegen bringen. Dementsprechend knüpft § 7 UWG das Verdikt der Unzulässigkeit nicht allein an die Belästigung an,

---

<sup>150</sup> Götting/Nordemann/Menebröcker, § 7 Rn. 14; Harte/Henning/Schöler, § 7 Rn. 36; für mittelbaren Schutz der Entscheidungsfreiheit auch jurisPK-UWG/Koch, § 7 Rn. 5; dagegen a.A. – scharf ablehnend – Beater, Rn. 2381.

<sup>151</sup> S. beispielsweise Günter Wallraff „Undercover“, DIE ZEIT v. 24.05.2007, zu seinen Erfahrungen als Call-Center-Agent im Telemarketing, abrufbar unter <http://www.zeit.de/2007/22/Guenter-Wallraff> (aktualisiert 02.07.2009; zuletzt abgerufen am 01.03.2014).

<sup>152</sup> Beater, Rn. 2380 f.; s.a. Reich, GRUR 2011, 589 (592).

<sup>153</sup> Piper/Ohly/Sosnitza, § 7 Rn. 11, stellt dazu lakonisch fest, dass ein verständiger Verbraucher auf E-Mail-Spam „nicht durch Vertragsschluss, sondern durch Optimierung seines Spam-Filters“ reagieren wird.

<sup>154</sup> Piper/Ohly/Sosnitza, § 7 Rn. 11.

<sup>155</sup> Piper/Ohly/Sosnitzy, § 7 Rn. 1, 16; s.a. Beater, WRP 2012, 6 (10 f.).

<sup>156</sup> Drews, S. 39; Reich, GRUR 2011, 589 (592).

sondern fordert zudem deren „Unzumutbarkeit“. Der Werbende darf also unterhalb dieser Schwelle seine Informationen „aufdrängen“. Die „Unzumutbarkeit“ kann jedoch nicht mit einem „Überschreiten der Initiativinformationen“ gleichgesetzt werden.<sup>158</sup> Zum einen erscheint die Unterscheidung zwischen „Initiativinformationen“ und der restlichen Werbebotschaft im Allgemeinen gekünstelt. Bei Verkaufsgesprächen einschließlich Telefon-Anrufen ist eine solche Trennung noch möglich, denn das der Trennung zu Grunde liegende werbetheoretische AIDA-Modell wurde gerade für und anhand dieser Fälle entwickelt.<sup>159</sup> Insbesondere bei einstufigen Werbeformen (wie z.B. einem Plakat, Werbezettel im Briefkasten, Werbefax, Fernsehspot etc.) versagt die Differenzierung jedoch. Konsequenterweise wäre daraus die Unzulässigkeit solcher einstufiger Werbeformen zu fordern. Die gesetzliche Regelung bezieht sich jedoch nicht auf den Inhalt oder die Erkennbarkeit der Werbebotschaft, sondern nur auf bestimmte Werbekanäle. Aus einer rein wettbewerbsfunktionalen Perspektive, welche Privatsphärenschutz und Kostenfragen außer Betracht lassen muss, ist dies nicht zu erklären.<sup>160</sup>

Darüber hinaus besteht ein stark divergierender Unrechtsgehalt in den Tatbeständen des § 7 II UWG, wenn man sie allein unter einem wettbewerbsfunktionalen Blickwinkel betrachten will. Nr. 1 und Nr. 2 schießen über das Ziel hinaus, indem hier nicht – wie zu erwarten wäre – zwischen „Initiativinformationen“ und restlicher Werbebotschaft differenziert wird. Entscheidend ist allein die Art und Weise des Herantretens an den Adressaten, nicht deren Inhalt.<sup>161</sup> Nr. 3 inkriminiert dagegen Werbeformen, derer sich der Adressat nach Kenntnisnahme der „Initiativinformationen“ (genauer nach Erkennen als Werbung) ohne großen Aufwand gedanklich entledigen kann. Völlig unklar bliebe schließlich die Deutung der Nr. 4 und wie eine unklare Absenderidentität und fehlende Widerspruchsmöglichkeiten auf die Verteilung der Aufmerksamkeit einzuwirken vermögen.

Im Ergebnis kann damit festgehalten werden, dass § 7 UWG in seiner gegenwärtigen Form nicht wettbewerbsfunktional gedeutet werden kann. Das von der Norm geschützte Interessen-Bündel, einschließlich der Privatsphäre, ist nicht an die Funktion des Verbrauchers im Wettbewerb gekoppelt, sondern unabhängig von einem Wettbewerbsbezug.<sup>162</sup>

#### e) *Folgerungen für die Schutzzweckdiskussion*

Das im vorangegangenen Abschnitt gefundene Ergebnis zum Schutzzweck des § 7 UWG ist geeignet, einen rein wettbewerbsfunktionalen Schutzzweck des UWG in Frage zu stellen und zwingt deshalb dazu, den dadurch greifbaren Widerspruch zur einseitigen Schutzausrichtung des § 7 UWG auf nicht wettbewerbsfunktionale Interessen der Verbraucher bzw. der geschäftlichen Sphäre aufzulösen.

---

<sup>157</sup> Drews, S. 40; Emmerich, § 13 Rn. 20; Lettl, § 7 Rn. 9; ähnlich GK-UWG/Peukert, § 1 Rn. 145.

<sup>158</sup> So aber im Ergebnis Drews, S. 42.

<sup>159</sup> Zum AIDA-Modell vgl. Baudenbacher, S. 16 f.

<sup>160</sup> Vgl. Leistner, S. 272 f. (Schutzzweck sei die Vermeidung externer Kosten, nicht die Erhaltung der Marktfunktionalität).

<sup>161</sup> Vgl. Harte/Henning/Schöler, § 7 Rn. 41 f.; Reich, GRUR 2011, 589 (592); s.a. BTDrucks. 15/1487 S. 20 re. Sp.

<sup>162</sup> Beater, Rn. 2376; ders., WRP 2012, 6 (10 f.); ähnlich Lux, S. 365 f.; vgl. auch Fikentscher/Möllers, NJW 1998, 1337; differenzierend GK-UWG/Peukert, § 1 Rn. 154. Lediglich soweit § 7 UWG Mitbewerber vor Belästigungen schützt, kann ihm ein wettbewerbsfunktionaler Gehalt zukommen. Der bezweckte Schutz der innerbetrieblichen Arbeitsfähigkeit ist jedoch im Wege teleologischer Reduktion §§ 3 I, 4 Nr. 10 UWG zuzuweisen, Beater, Rn. 2382; Beater, WRP 2012, 6 (11 ff.); a.A. GK-UWG/Peukert, § 1 Rn. 145.



aa) Konzeptionelles Problem eines erweiterten wettbewerbsfunktionalen Ansatzes

Zunächst stellt sich die Frage, wie der divergierende Schutzzweck des § 7 UWG auf die Auslegung der Schutzzweckbestimmung zurückwirkt. Geht man bei § 1 UWG von einem einheitlichen Schutzzweck für das gesamte UWG aus, so sind die von § 7 UWG geschützten nicht wettbewerbsfunktionalen Interessen ebenfalls in den Schutzzweck des § 1 UWG hinein zu lesen und strahlen dadurch auf das übrige UWG aus. Der divergierende Schutzzweck des § 7 UWG führt damit auf einen erweiterten wettbewerbsfunktionalen Ansatz zur Bestimmung des Schutzzwecks insgesamt hin. Eine generelle Einbeziehung sonstiger Individualrechte und -rechtsgüter in den Schutzzweck ist jedoch nicht unproblematisch. Ähnlich einem pluralistischen Ansatz vermag auch ein solcher Ansatz das Verhältnis zwischen den unterschiedlichen Schutzzweckdimensionen grundsätzlich nicht zu lösen, ohne die Leitbildfunktion des § 1 UWG und den darin beschlossenen Markt- und Wettbewerbsbezug erheblich zu verwässern. Eine etwaige Abwägung gegenüber stehender Rechtsgüter könnte jedenfalls nicht alleine anhand des Allgemeininteresses an einem unverfälschten Wettbewerb erfolgen.<sup>163</sup> Die Beeinträchtigung nicht wettbewerbsfunktionaler Rechte und Rechtsgüter der Marktteilnehmer hat für den unverfälschten Wettbewerb keine Bedeutung. Der behauptete Schutz wäre damit bloßes Programm ohne Auswirkungen auf das Abwägungsergebnis. Könnten sich demgegenüber sonstige Rechte und Rechtsgüter im Abwägungsergebnis gegenüber den wettbewerbsfunktionalen Interessen durchsetzen, so wäre aber der Abwägungsmaßstab entwertet, da dieser dann nicht mehr auf den unverfälschten Wettbewerb zielte. Der Ansatz ist daher konzeptionell widersprüchlich.<sup>164</sup>

Zu überlegen ist daher, ob § 7 UWG nicht als Ausdruck eines nicht wettbewerbsfunktionalen, fallgruppenspezifischen Sondermaßstabes anzusehen ist. Dies erscheint zunächst bedenklich, weil es dem Konzept der Schutzzweckklausel zuwiderläuft, einen verbindlichen und einheitlichen Maßstab für das gesamte Lauterkeitsrecht geben zu wollen. Der Gesetzgeber müsste sich Inkonsequenz vorwerfen lassen, wenn er die durch § 1 UWG vorgegebene konzeptionelle Geschlossenheit des Lauterkeitsrechts durchbricht. Andererseits ist es dem Gesetzgeber unbenommen, durch einfaches Recht verfassungsrechtliche Vorgaben umzusetzen, die ohnehin im Rahmen der Auslegung zu berücksichtigen wären.<sup>165</sup> Indem er der Drittwirkung der Grundrechte Rechnung trägt und grundrechtliche Wertungen ins UWG integriert, entlastet er die Rechtsanwender von der diffizilen Aufgabe, diese Abstimmung vornehmen zu müssen. Soweit demnach § 7 UWG auf einen besonderen verfassungsrechtlichen Gehalt zurückgeführt werden kann, ist ein fallgruppenspezifischer Sondermaßstab gerechtfertigt. Dies aber ist der Fall: § 7 UWG ist – soweit er natürliche Personen schützt – Ausdruck des verfassungsrechtlich gewährleisteten Schutzes der Individualsphäre und des Persönlichkeitsrechts.<sup>166</sup>

---

<sup>163</sup> So wohl Köhler/Bornkamm, § 1 Rn. 51, der dem Allgemeininteresse am unverfälschten Wettbewerb eine begrenzende Funktion zuweist; ähnlich Wuttke, WRP 2007, 119 (124).

<sup>164</sup> Drews, S. 29 f.

<sup>165</sup> Beater, WRP 2012, 6 (9 f.); ähnlich GK-UWG/Peukert, § 1 Rn. 65.

<sup>166</sup> Beater, WRP 2012, 6 (9 f.). Die Belästigung von unternehmerischen Mitbewerbern ist demgegenüber konsequenterweise teleologisch aus § 7 UWG auszuschneiden und wettbewerbsfunktional unter § 4 Nr. 10 UWG zu entfalten, Beater, WRP 2012, 6 (11 f.). Zur Möglichkeit der verfassungsrechtlichen Fundierung des § 7 UWG s.a. Fikentscher/Möllers, NJW 1998, 1337.

## bb) § 7 UWG als Systembruch

Wegen seines abweichenden Schutzzwecks ist § 7 UWG daher als Tatbestand mit „*Ausnahme- und Sondercharakter*“<sup>167</sup> zu sehen, welcher nicht zur Konkretisierung des Schutzzwecks des § 1 UWG herangezogen werden kann.

Besonders augenfällig wird diese Sonderstellung des § 7 UWG durch die Entkopplung von der Unlauterkeit gem. § 3 UWG im UWG 2008.<sup>168</sup> Indem unzumutbare Belästigungen gem. § 7 I 1 UWG nicht mehr als „unlauter“, sondern als „unzulässig“ gelten, nimmt § 7 UWG als einziger zivilrechtlicher Tatbestand keinen Bezug mehr auf die Generalklausel gem. § 3 UWG.<sup>169</sup> Das Verdikt der Unzulässigkeit nach § 7 UWG wird ohne Rückbindung an die Generalklauseln des § 3 UWG gefällt, stattdessen wird die Unzulässigkeit allein bestimmt durch das Vorliegen einer unzumutbaren Belästigung. Strukturell erweist sich § 7 UWG damit als eigene, von § 3 UWG unabhängige „kleine“ Generalklausel mit eigenen Anforderungen.<sup>170</sup> Diese strikte Trennung wird in § 8 bis 10 UWG konsequent fortgeführt, welche jeweils zwischen der unzulässigen geschäftlichen Handlung nach § 3 und § 7 UWG unterscheiden.

Zugleich ist die Belästigung von der Beeinträchtigung der Entscheidungsfreiheit insbesondere des Verbrauchers scharf zu trennen, welche das übrige UWG wie einen roten Faden durchzieht.<sup>171</sup> Der Gesetzgeber mag sich der dogmatischen und systematischen Bedeutung der Neuregelung des § 7 UWG möglicherweise nicht bewusst gewesen sein, jedoch stellt § 7 UWG mit seinem persönlichkeitsrechtlichen Schutz der Individualsphäre gegenüber dem auf § 3 UWG gegründeten Unlauterkeitssystem einen Sonderfall dar.<sup>172</sup>

Für die Bestimmung des Schutzzwecks ist damit die Schlussfolgerung zu ziehen, dass § 7 UWG als punktuelle Anomalie anzusehen ist, die nicht auf den Schutzzweck des UWG zurückwirkt.<sup>173</sup>

## f) Zusammenfassung

Der nach § 1 S. 1 UWG bezweckte Schutz der Marktteilnehmer ist grundsätzlich gerichtet auf die wettbewerbsfunktionalen Interessen, welche sich aus ihrer Rolle als Markt- und Wettbewerbsteilnehmer ergeben. § 7 UWG stellt demgegenüber einen eng begrenzten Sonderfall im UWG dar, welcher auf den Schutz der Privatsphäre des Verbrauchers als verfassungsrechtlich vorgegebenes, jedoch außerwettbewerbliches Interesse gerichtet ist. Dieser fallgruppenspezifische Systembruch strahlt jedoch nicht auf die Schutzzweckbestimmung im Übrigen aus.

Dieses Ergebnis vermag die lauterkeitsrechtlich geschützten Interessen der Marktteilnehmer in einer ersten Annäherung zu erhellen und greifbar zu machen.

---

<sup>167</sup> *Beater*, Rn. 2377 (S. 867).

<sup>168</sup> Zweifelnd *Sosnitza*, WRP 2008, 1014 (1016); **a.A.** GK-UWG/*Peukert*, § 1 Rn. 144.

<sup>169</sup> *Piper/Ohly/Sosnitza*, § 7 Rn. 4.

<sup>170</sup> *Piper/Ohly/Sosnitza*, § 7 Rn. 4.; *Beater*, Rn. 2386; andeutungsweise schon BTDrucks. 15/1487, S. 20 re. Sp. (Die Unzumutbarkeit stelle ein eigenes Relevanzkriterium dar, welches unabhängig von den Wertungen des § 3 UWG sei.)

<sup>171</sup> Vgl. *Piper/Ohly*, § 7 Rn. 16; ähnlich *Beater*, Rn. 2380.

<sup>172</sup> Die lauterkeitsrechtlichen Straftatbeständen nach §§ 16 f. UWG und ihre Einbindung in das Schutzsystem des UWG bleiben im Rahmen dieser Untersuchung außer Betracht.

<sup>173</sup> S.a. *Lux*, S. 365 ff.

### 3. Schutz des Allgemeininteresses an einem unverfälschten Wettbewerb

Nach dem Wortlaut beschränkt sich der Schutzzweck des UWG jedoch nicht auf den Schutz der Marktteilnehmer. Gemäß § 1 S. 2 UWG schützt das Gesetz „*zugleich das Interesse der Allgemeinheit an einem unverfälschten Wettbewerb*“. Das Verständnis des lauterkeitsrechtlichen Schutzzwecks muss also lückenhaft bleiben, soweit nicht auch ein Verständnis des „unverfälschten Wettbewerbs“ geschaffen wird. Der Begriff ist im UWG nicht definiert und damit ebenfalls in besonderem Maße ausfüllungsbedürftig. Eine wettbewerbsfunktionale Auslegung benötigt jedoch ein Verständnis von den Rahmenbedingungen des Wettbewerbs und der darauf aufbauenden konzeptionellen Gestaltung des Rechts. Daher soll in einem nächsten Schritt auf dieses Merkmal näher eingegangen werden.

Dazu ist zunächst die Frage nach dem zugrunde liegenden Wettbewerbsbegriff zu stellen. Hieran kann sich dann die Bestimmung der „Unverfälschtheit“ anschließen, welche ihrerseits als Grundlage heranzuziehen ist, um die Beziehung zwischen der „Unlauterkeit“ gegenüber den Schutzsubjekten und dem „unverfälschten Wettbewerb“ im Sinne der Schutzzweckklausel auszuleuchten.

#### a) *Der Wettbewerbsbegriff*

Der Begriff des Wettbewerbs ist trotz seiner zentralen Bedeutung im UWG nicht definiert. Daran haben auch die Reformen des UWG 2004 und 2008 nichts geändert. Es wird sich jedoch zeigen, dass das Fehlen einer gesetzlichen Definition des Wettbewerbs kein Lapsus des Gesetzgebers, sondern vielmehr bewusster Ausdruck des lauterkeitsrechtlichen Systemverständnisses ist.

Man könnte jedoch zunächst meinen, dass eine derartige Definition keine Schwierigkeiten bereiten sollte, ist doch Wettbewerb ein alltägliches Phänomen im Sport, Politik und vielen weiteren Bereichen, einschließlich der zwischenmenschlichen Beziehungen.<sup>174</sup> Darüber hinaus scheint Wettbewerb nicht nur auf menschliches Handeln beschränkt, sondern zugleich eine Triebfeder biologischer Entwicklung überhaupt zu sein.<sup>175</sup> Ein derartiger Blickwinkel ist freilich für die vorliegende Untersuchung zu weit. Aber auch bei der Beschränkung auf den wirtschaftlichen Wettbewerb verbliebe genügend Anschauungsmaterial für die Entwicklung einer Definition, welche den Besonderheiten dieses Bereichs Rechnung tragen kann. In der Suche nach einer definitorischen Bestimmung des wirtschaftlichen Wettbewerbs und seines Wesens nähert sich die Rechtswissenschaft der Wirtschaftswissenschaft an, deren Erkenntnisobjekt gerade die Beschreibung und Analyse ökonomischer Vorgänge ist. Die in der rechts- und wirtschaftswissenschaftlichen Diskussion zur Bestimmung des Wettbewerbs entwickelten Ansätze sind mannigfaltig und versuchen mit unterschiedlicher Betonung und Schwerpunktsetzung, den wirtschaftlichen Wettbewerb im Hinblick auf die bestehende Marktstrukturen, das Verhalten der Marktteilnehmer sowie die erzielten Markt-Ergebnisse zu erfassen.<sup>176</sup> Bekannt geworden ist bei-

---

<sup>174</sup> Meesen, JZ 2009, 697 (697 f.); GK-UWG/Schünemann (1. Aufl.), Einl Rn. A 8; auch schon Lobe, S. 1; ähnlich Rittner/Kulka, Einl. Rn. 6 (S. 3) („*anthropologisches Phänomen*“ des „*Fundamentalwettbewerbs*“), s.a. Rittner, in: FS Kraft, S. 519 (520 f.).

<sup>175</sup> Dazu näher Meessen, JZ 2009, 697 (697 f.) m. w. N.

<sup>176</sup> Wunderle, S. 11 f. Den Versuch einer allgemeinen Wettbewerbsdefinition unternimmt Meessen, JZ 2009, 697 (701): Wettbewerb sei „*ein ergebnisoffenes, durch rechtliche und/oder außerrechtliche Regeln geregeltes Verhalten, bei dem zwei oder mehr Akteure unter besonderer, wie auch immer motivierter Einsatzbereitschaft für die Ziele des jeweiligen Wettbewerbs untereinander vergleichbare Leistungen erbringen.*“ Ähnlich die Definition des wirtschaftlichen Wettbewerbs bei Schmidt/Haucap, S. 3, die in ihrer Arbeitsdefinition jedoch den Aspekt

spielsweise die aus dem kartellrechtlichen Kontext stammende Definition von *Fikentscher*, Wettbewerb sei „das selbständige, nicht notwendig intensive oder effiziente, vielmehr zieloffene Streben, sich aktuell oder potentiell zumindest objektiv im Wirtschaftserfolg beeinflussender Anbieter oder Nachfrager (Mitbewerber) nach Geschäftsverbindungen mit Dritten (Kunden oder Lieferanten) durch In-Aussicht-Stellen günstig erscheinender oder (im Falle bloßen Wettbewerbsdrucks) vom Markt genommener Geschäftsbedingungen.“<sup>177</sup> Im Kontext der hier angestellten Untersuchung ist diese Definition jedoch mit Vorsicht zu genießen, da sie im Rahmen des Wettbewerbsbegriff bereits eine Wertung der Wettbewerbsmethoden vornimmt, indem bestimmte wettbewerbliche Verhaltensformen wie Behinderungswettbewerb von vornherein ausgeschieden werden.<sup>178</sup> Diese auf den Kerngehalt der „Unlauterkeit“ zielende Wertung sollte jedoch von der Frage getrennt werden, was Wettbewerb überhaupt ist. Bei Betrachtung dieser und anderer Wettbewerbsdefinitionen wird jedenfalls deutlich, dass bereits kein Konsens darüber besteht, welche Situationen und Vorgänge überhaupt unter die Definition des Wettbewerbs zu fassen sind, zumal divergierende Einschätzungen zu den Voraussetzungen, Prozessabläufen und Wirkungen des Wettbewerbs bestehen. Soweit dies durch weite Definitionen wie die obige aufzufangen versucht wird, geht damit zugleich ein Abstraktionsgrad einher, dessen Höhe bereits die Gefahr fehlender juristischer Handhabbarkeit vermuten lässt. Es ist daher wenig verwunderlich, dass weder eine einheitliche, allgemeingültige Definition des wirtschaftlichen Wettbewerbs gegenwärtig existiert, noch für die Zukunft zu erwarten ist.<sup>179</sup> Umgekehrt muss eine positive Definition vielmehr für unmöglich gehalten werden.<sup>180</sup>

In der Rechtswissenschaft wird daher oft mit Bildern und Vergleichen gearbeitet, um das Wesen des Wettbewerbs greifbar zu machen. Insbesondere ein Vergleich mit dem Sport als Versinnbildlichung des Wettbewerbs liegt nahe.<sup>181</sup> Dabei wird jedoch verkannt, dass sportlicher Wettbewerb in einem Rahmen stattfindet, der von vornherein auf Vergleichbarkeit der Ergebnisse abzielt, während der wirtschaftliche Wettbewerb gerade durch Offenheit der Ergebnisse gekennzeichnet ist.<sup>182</sup> Hinzu tritt die Gefahr dass der Wettbewerb allein als Streben der Mitbewerber wahrgenommen und die Marktgegenseite – v.a. der Verbraucher – nur als Schiedsrichter dieser Bemühungen gesehen wird. Durch die Verkürzung auf die „Schiedsrichterfunktion“ wird der Verbraucher aber nicht als Marktakteur mit eigenen Interessen erfasst, so dass die Austauschprozesse am Markt aus dem Blick geraten können.<sup>183</sup> Die Folge ist ein unvollkommenes, einseitig an den Parallelprozessen ausgerichtetes Wettbewerbs-

---

der Knappheit, verstanden als negativ korrelierenden Zielerreichungsgrad der Akteure, stärker betonen. Ähnlich auch Piper/Ohly/Sosnitza, Einf A Rn. 17. Diese Definitionen lassen jedoch beispielsweise Wachstumsmöglichkeiten sowie Austauschprozesse außer Acht und sind damit ebenfalls angreifbar.

<sup>177</sup> *Fikentscher*, Wirtschaftsrecht, Bd. II, S. 194f.; zur Ergiebigkeit dieser sehr breit erscheinenden Definition für das Lauterkeitsrecht s. *Leistner*, in: Gloy/Loschelder/Erdmann, § 4 Rn. 20.

<sup>178</sup> Dazu zu Recht kritisch GK-UWG/*Schünemann* (1. Aufl.), Einl. Rn. A 9.

<sup>179</sup> *Wunderle*, S. 11 f.; ähnlich *Rittner/Kulka*, Einl. Rn. 5 f.; § 1 Rn. 33 f.

<sup>180</sup> *Herdzina*, S. 11; *Köhler/Bornkamm*, Einl. Rn. 1.6; *Rittner/Kulka*, Einl. Rn.5; MüKo-UWG/*Sosnitza*, Grundl. Rn. 12.

<sup>181</sup> So schon früh *Lobe* (*Lobe*, S. 8) für den *unlauteren* Wettbewerb und ihm folgend *E. Ulmer* (z.B. *Ulmer*, GRUR 1937, 768 (770)), umfassende Nachweise bei *Rittner*, in: FS Kraft, S. 519 (521 Fn. 13).

<sup>182</sup> *Rittner/Kulka*, Einl. Rn. 6; GK-UWG/*Schünemann*, Einl. A Rn. 49.

<sup>183</sup> *Schünemann*, in: Krejci/Keßler/Augenhofer, S. 52 f.; s. bereits oben S. 16.

bild. Der ökonomische Wettbewerb kann daher nicht aus dem sportlichen Wettbewerb oder vergleichbaren Trivialbegriffen gedeutet werden.<sup>184</sup>

Der wirtschaftliche Wettbewerb entzieht sich folglich einer abschließenden Definition und kann damit nicht im Wege einer einfachen Subsumtion erschlossen werden. Dies gilt erst recht für den „unverfälschten Wettbewerb“. Es ist daher nach anderen Möglichkeiten Ausschau zu halten, den Begriff des (unverfälschten) Wettbewerbs juristisch handhabbar zu gestalten.

#### aa) Ungeeignetheit des „Leistungswettbewerbs“

Als nicht brauchbar bei der Bestimmung des Wettbewerbsbegriffs hat sich zudem der von der Rechtsprechung zum UWG a.F. geprägte Begriff des „Leistungswettbewerbs“ erwiesen.<sup>185</sup> Dieser geht ebenfalls auf die Sportanalogie *Lobes* zurück.<sup>186</sup> Er soll den Einsatz positiver Kraftentfaltung und regelkonformer Mittel kennzeichnen und lauterkeitsrechtlich schützen. Sein Gegensatz ist der nicht erwünschte Behinderungs- bzw. Nichtleistungswettbewerb. Letzterer ist dadurch gekennzeichnet, dass sich der Wettbewerber einen Vorsprung durch andere Mittel als Anstrengungen zur Verbesserung des Preises oder der Qualität der Waren verschafft.<sup>187</sup> Der Wettbewerb legitimiere sich aus dem Nutzen für die Verbraucher und solle die beste Leistung auf dem Markt zur Geltung bringen. Besonders *Fezer* verteidigt in der gegenwärtigen Literatur noch vehement den Begriff des Leistungswettbewerbs als Bezugspunkt des lauterkeitsrechtlichen Schutzes. Er versteht den Begriff als „*Wettbewerb mit dem Preis, der Qualität, den Konditionen und dem Service des Produkts sowie den Verhaltensstandards des Unternehmens.*“<sup>188</sup>

Zu Recht stößt der Begriff aber inzwischen überwiegend auf Ablehnung.<sup>189</sup> Zum einen wird bemängelt, dass der Begriff des Leistungswettbewerbs in der Rechtsprechung „*uneinheitlich und relativ konturlos*“ geblieben ist.<sup>190</sup> Vor der Entwicklung einer subsumtionsfähigen Definition ist die Rechtsprechung zurückgeschreckt, stattdessen hat sie die Natur des Begriffs als Argumentationsstütze betont. Ein Konkretisierungsgewinn für den unbestimmten Rechtsbegriff der Unlauterkeit ist dadurch jedoch nicht zu verzeichnen. Praktisch gewendet verbleibt der Begriff damit ein Schlagwort ohne zusätzlichen Erkenntnisgewinn.<sup>191</sup>

Zum anderen – und dies ist das ausschlaggebende Argument – stellt der Begriff des Leistungswettbewerbs eine unzulässige Beschränkung der Handlungsparameter der Unternehmer am Markt dar.

---

<sup>184</sup> *Rittner*, in: FS Kraft, S. 519 (521, 530); zustimmend *Schünemann*, in: Krejci/Keßler/Augenhofer, S. 52 f.

<sup>185</sup> Dazu ausführlich *Pichler*, S. 118 ff.; GK-UWG/*Schünemann* (1. Aufl.), Einl Rn. D 81 ff.; *Sosnitza*, S. 76 ff. jeweils m. w. N.

<sup>186</sup> *Lobe*, S. 8 ff., 47 ff.; vgl. auch *Rittner*, in: FS Kraft, S. 519 (526); *Sosnitza*, S. 76.

<sup>187</sup> Vgl. *P. Ulmer*, GRUR 1977, 565 (567 f.); aus der Rechtsprechung z.B. BGH GRUR 1961, 198 (200) – *Franziskaner*; BGH GRUR 1971, 162 (163) – *Diagnose-Zentrum*; BGH GRUR 1991, 616 (617) – *Motorboot-Fachzeitschrift*.

<sup>188</sup> Vgl. *Fezer/Fezer*, § 3 UWG, Rn. 218 ff.

<sup>189</sup> *Apostolopoulos*, WRP 2005, 152 (153); *Köhler/Bornkamm*, § 1 Rn. 44; *Leistner*, in: Gloy/Loschelder/Erdmann, § 4 Rn. 21 ff.; GK-UWG/*Schünemann* (1. Aufl.), Einl Rn. D 85 ff.; *Sosnitza*, S. 79 ff.; weitere Nachweise bei *Emmerich*, § 5 Rn. 21 mit Fn. 34; *Pichler*, S. 121 f. mit Fn. 660, 662.

<sup>190</sup> *Pichler*, S. 121; GK-UWG/*Schünemann* (1. Aufl.), Einl Rn. D 85; *Sosnitza*, S. 80 f.; s.a. *P. Ulmer*, GRUR 1977, 565 (570 ff.), der als Befürworter des Begriffs des „Leistungswettbewerbs“ eine aussagekräftige Definition gleichwohl für unmöglich hält und einen Konkretisierungsprozess durch die Gerichte anmahnt.

<sup>191</sup> Vgl. *Emmerich*, § 5 Rn. 21.

Der Begriff fokussiert einseitig auf messbare, produktbezogene Wettbewerbsaspekte und blendet wesentliche wettbewerbliche Aktionsparameter wie z.B. den Werbewettbewerb aus. Ein derartiges Wettbewerbsverständnis übersieht jedoch, dass die Marktgegenseite frei darin ist, nach welchen Kriterien sie die angebotene Leistung honoriert. Ob eine wettbewerbliche „Leistung“ erbracht wurde, entscheidet sich damit erst nachträglich durch den Erfolg am Markt. Nach welchen Kriterien diese Entscheidung der Marktgegenseite getroffen wird, lässt sich weder abschließend noch im Vorhinein bestimmen. Die zunehmende Bedeutung eines mit dem Produkts verbundenen und beworbenen „Lifestyles“ als Ausdruck des Werbewettbewerbs oder die Bedeutung sozialer Faktoren bei der Herstellung eines Produkts („Bio“-Herstellung, fair gehandelt, Beachtung von „Corporate Governance“ etc.) für die Kaufentscheidung straft beispielsweise eine vorgreifende „Leistungs“-Definition als paternalistische Anmaßung von Wissen.<sup>192</sup> Zugleich engt ein solches Verständnis des Wettbewerbs die Handlungsparameter der Anbieter unnötig ein und beherbergt die Gefahr, die für den Wettbewerb als Entdeckungsverfahren erforderliche Zukunftsoffenheit zu beschränken, indem die Parameter des Wettbewerbs auf bestehende und „bewährte“ Methoden des Wettbewerbs verengt werden, während innovative Wettbewerbsmethoden den Vorbehalt des „Nichtleistungswettbewerbs“ zu überwinden haben.

Eine vergangenheitsgewandte a-priori-Definition erwünschten Verhaltens, auf welcher der Topos des Leistungswettbewerbs aufbaut, stellt also eine Anmaßung von Wissen dar, welche die Gefahr einer Versteinerung des Wettbewerbsprozesses mit sich bringt.<sup>193</sup> Zugleich verstößt der „Leistungswettbewerb“ damit gegen das wettbewerbliche Bedürfnis nach Zukunftsoffenheit.

Die neuere Rechtssprechung scheint sich mittlerweile dieses Webfehlers des Begriffs des Leistungswettbewerbs bewusst geworden zu sein. Zwar hält sie am Begriff fest, verwendet diesen jedoch in der Sache als Synonym für den lautereren, verstanden als freien, Wettbewerb.<sup>194</sup> Die Verwendung erfolgt also ebenso wie in der Judikatur des BVerfG lediglich floskelhaft.<sup>195</sup> Der „Leerformel“-Charakter des Leistungswettbewerbs wird damit offensichtlich. Zur Konkretisierung des Wettbewerbs ist er daher nicht geeignet, ein zusätzlicher Erkenntnisgewinn gegenüber anderen Wettbewerbsbegriffen ist nicht feststellbar. Konsequenterweise sollte er daher aufgegeben werden.<sup>196</sup>

Der Begriff des Leistungswettbewerbs ist damit nicht geeignet, den „unverfälschten Wettbewerb“ als Schutzobjekt des Lauterkeitsrechts zu umschreiben oder näher zu konkretisieren.

## bb) Phänomenologische Erfassung des Wettbewerbs

Die vorstehenden Abschnitte haben gezeigt, dass der wirtschaftliche Wettbewerb sich weder eindeutig definieren lässt, noch a priori in erwünschtes und unerwünschtes Handelnd geschieden werden kann.

---

<sup>192</sup> Vgl. *Apostolopoulos*, WRP 2005, 152 (153); *Sosnitza*, S. 80 ff. Dies muss sich auch *Fezers* weite Definition des Leistungswettbewerbs entgegenhalten lassen, deren Erweiterung gegenüber früheren Versuchen der Bestimmung des Leistungsbegriffs (vgl. z.B. *P. Ulmer*, GRUR 1977, 565 (568)) zudem im Kern die hier vorgebrachte Kritik bestätigt.

<sup>193</sup> *Sosnitza*, S. 82; ähnlich *Pichler*, S. 122.

<sup>194</sup> *Leistner*, in: Gloy/Loschelder/Erdmann, § 4 Rn. 25; vgl. z.B. BGH GRUR 2010, 1022 (1023 Tz. 15) – *Ohne 19% Mehrwertsteuer*; BGH GRUR 2013, 951 (955 Tz. 36) – *Regalsystem*.

<sup>195</sup> *Harte/Henning/Schünemann* (2. Aufl. 2009), § 3 Rn. 241 zu BVerfG NJW 2003, 277 (278) – *Juve-Handbuch*; BVerfG GRUR 2002, 455 – *Tier- und Artenschutz* und weiteren Entscheidungen.

Erfassen lässt er sich somit allenfalls phänomenologisch im Sinne einer Beschreibung als Prozess.<sup>197</sup> Der Blick geht damit auf die am Markt stattfindenden Parallel- und Austauschprozesse zwischen den Beteiligten, aus deren Gesamtheit sich der wirtschaftliche Wettbewerb konstituiert.<sup>198</sup>

Zum einen erweist sich der Wettbewerb unter diesem Blickwinkel als fortlaufender Prozess, welcher gekennzeichnet ist durch eine dynamische Entwicklung, die neue und nicht vorhersehbare Formen des Wettbewerbs hervorbringen kann. Zum anderen kommt der rechtlichen und tatsächlichen Freiheit der Marktteilnehmer entscheidende Bedeutung beim Fortbestehen dieses Prozesses zu, wobei die tatsächlichen Freiheitsbereiche der einzelnen Marktteilnehmer durch die Dynamik des Wettbewerbsprozesses kontinuierlicher Wandlung unterworfen sind.

Diese Beschreibung des Wettbewerbs weist eine unübersehbare Nähe zur systemtheoretischen Konzeption des Wettbewerbs auf, welche in der bekannten Diktion von Hayeks den Wettbewerb als freiheitsbasiertes „Entdeckungsverfahren“ begreift, über dessen Verlauf und Ergebnis nur allgemeine, vom konkreten Einzelfall gelöste, „Mustervoraussagen“ getroffen werden können.<sup>199</sup> Gleichwohl wird damit noch keine Festlegung auf eine bestimmte ökonomische Wettbewerbskonzeption als Referenzrahmen des Lauterkeitsrechts indiziert, da auch die wohlfahrtsökonomischen Wettbewerbskonzeptionen als zweite gegenwärtige Hauptströmung die Dynamik und freiheitliche Grundlage des Wettbewerbs anerkennen. Die Konzepte divergieren jedoch in ihrer Bewertung der Freiheit als Zielfunktion des Wettbewerbs sowie damit einhergehend der Indikation von staatlichen Eingriffen in den Wettbewerbsprozess.<sup>200</sup>

Die grundsätzliche Erfassung des wirtschaftlichen Wettbewerbs als dynamischer, zukunftsöffener Prozess ist dem Wettbewerbsverständnis des UWG zugrunde zu legen.<sup>201</sup> Das UWG verzichtet auf eine zwangsläufig beschränkend wirkende Bestimmung des Wettbewerbs und folgt einem offenen Wettbewerbsverständnis. Neben dem Fehlen eines Wettbewerbsbegriffes oder -leitbildes ergibt sich dies aus der Verwendung einer Generalklausel als regelungstechnischem Griff zur Erfassung noch unbekanntes Marktverhaltens. Ein solches Verständnis harmonisiert mit dem herausgearbeiteten rollenbezogenen Schutz der Marktteilnehmer. Zugleich liegt in diesem offenen Wettbewerbsverständnis des UWG ein Bekenntnis zu den Fähigkeiten des Wettbewerbs, die Interessen der Marktteilnehmer zum Ausgleich bringen zu können und damit prinzipiell als Ordnungsprinzip zu wirken, welches aus sich heraus eine sinnvolle Ordnung generieren kann. Der so entstehende, in der Wirklichkeit vorgefundene „Regelungszusammenhang“<sup>202</sup> ist damit dem Wettbewerbsbegriff des UWG zu Grunde zu legen. Der

---

<sup>196</sup> So auch ausdrücklich Köhler/Bornkamm, § 1 Rn. 44; Leistner, in: Gloy/Loschelder/Erdmann, § 4 Rn. 25.

<sup>197</sup> Herdzina, S. 11; Pichler, S. 29; Wunderle, S. 10 ff.; ähnlich Leistner, in Gloy/Loschelder/Erdmann, § 4 Rn. 18.

<sup>198</sup> Grundlegend Hoppmann, Wirtschaftsordnung und Wettbewerb, S. 265ff.; s.a. Burmann, WRP 1967, 240 (244); GK-UWG/Schünemann, Einl A Rn. 46, 51 m.w.N.

<sup>199</sup> Vgl. von Hayek, Freiburger Studien, S. 249 f.

<sup>200</sup> Zu den verschiedenen Positionen wettbewerbstheoretischer Konzepte näher unten S. 48 ff. Siehe aber bereits z.B. Leistner, in: Gloy/Loschelder/Erdmann, § 4 Rn. 2 ff.; GK-UWG/Schünemann (1. Aufl.), Einl Rn. A 6 ff.; aus ökonomischer Sicht z.B. Herdzina, S. 105 ff.; Schmidt/Haucap, S. 4 ff.

<sup>201</sup> Ähnlich Leistner, in Gloy/Loschelder/Erdmann, § 4 Rn. 18.

<sup>202</sup> Mestmäcker/Schweitzer, § 2 Rn. 76.

„Wettbewerb“ als Schutzzweck des UWG entspricht also dem realen, entwicklungsoffenen Sozialprozess.

b) *Das Schutzobjekt des „unverfälschten Wettbewerbs“*

Indem das UWG auf eine Wettbewerbsdefinition verzichtet und stattdessen auf den Wettbewerb als vorgefundenen, realen Prozess verweist, erhellt sich das Verständnis des § 1 S. 2 UWG von einem „unverfälschten Wettbewerb“. Der Aussagegehalt des § 1 S. 2 UWG beschränkt sich demnach nicht allein auf eine Absage an sonstige, wettbewerbliche oder außerwettbewerbliche, Allgemeininteressen.<sup>203</sup>

Zunächst kommt darin die positive Einstellung des Gesetzgebers gegenüber dem wirtschaftlichen Wettbewerb zum Ausdruck. Dies belegt sein ausdrücklicher Schutz durch das UWG, aber auch das GWB. Die Wertschätzung beruht darauf, dass der Wettbewerb als zentrales Ordnungsprinzip der Marktwirtschaft positive Wirkungen im Hinblick auf die gesellschaftlichen Grundwerte Freiheit, Wohlstand und Gerechtigkeit entfalten kann. Diese positiven Auswirkungen sind ökonomisch unbestritten und werden unter dem Begriff der Wettbewerbsfunktionen zusammengefasst.<sup>204</sup> Das UWG vertraut demnach grundsätzlich auf das freie Spiel von Angebot und Nachfrage zur Steuerung des Wirtschaftsablaufs.<sup>205</sup>

Im Schutz des unverfälschten Wettbewerbs manifestiert sich zugleich das Ziel, den Wettbewerb originär, d.h. so wie ihn die Rechtsordnung vorfindet, zu schützen und rechtlich zu stabilisieren.<sup>206</sup> Schutzzweck ist damit der Wettbewerb als solcher, mit anderen Worten: der Schutz des Wettbewerbs als Institution.<sup>207</sup> Die damit verbundene Anerkennung des Wettbewerbs als sinnhaftes, selbstreferentielles System, welche es in der vorgefunden Form zu schützen gilt, bestätigt sich in der Aussage des Gesetzgebers, das UWG schütze „[z]ugleich [...] auch das Interesse der Allgemeinheit an der **Erhaltung eines unverfälschten und damit funktionsfähigen Wettbewerbs**“.<sup>208</sup>

Damit ist jedoch auch die Notwendigkeit von Interventionen zur Erhaltung des Wettbewerbs angesprochen. Der Schutz des „unverfälschten Wettbewerbs“ kann nämlich nicht die Schaffung eines rechtsfreien Raums bedeuten, in dem die Marktteilnehmer uneingeschränkt walten können. Wäre ein derartiges „laissez-faire“ angestrebt, so bedürfte es keiner Regelung des Wettbewerbsverhaltens. Die Existenz des Lauterkeitsrechts bezeugt demnach bereits, dass nach der Vorstellung des UWG Wettbewerbshandlungen existieren, durch die das selbstreferentielle System des Wettbewerbs verfälscht

---

<sup>203</sup> Zum Ausschluss sonstiger Allgemeininteressen s. BTDruks. 15/1487, S. 16 li. Sp.; GK-UWG/Peukert, § 1 Rn. 62; Harte/Henning/Podszun, § 1 Rn. 61; Schönemann, WRP 2004, 925 (933 f.); a.A. Kaplan, S. 29, 49.

<sup>204</sup> Beater, Rn. 110 ff.; Emmerich, Kartellrecht § 1 Rn. 7 ff. (S. 3 f.); Herdzina, S. 11f.; Pichler, S. 30f.; Schmidt/Haucap, S. 35 ff.; Wunderle, S. 12 f.

<sup>205</sup> Zur Anpassungs- und Steuerungsfunktion des Wettbewerbs s. nur Beater, Rn. 110 ff.

<sup>206</sup> Drews, S. 47; ähnlich Leistner, in: Gloy/Loschelder/Erdmann, § 4 Rn. 18.

<sup>207</sup> Piper/Ohly/Sosnitza, § 1 Rn. 8; von Ungern-Sternberg in: Gloy/Loschelder/Erdmann, § 27 Rn. 6; s.a. BVerfG GRUR 2002, 455 – Tier- und Artenschutz sowie GK-UWG/Peukert, § 1 Rn. 66, 321.

<sup>208</sup> BTDruks. 15/1487, S. 15 re. Sp., Hervorhebung durch den Verfasser. Die Bezeichnung als „funktionsfähig“ ist jedoch insofern unglücklich, als dadurch Assoziationen zur ökonomischen Wettbewerbskonzeption von Kantzenbach geweckt werden. Zum Konzept des funktionsfähigen Wettbewerbs vgl. Herdzina, S. 33 ff. sowie noch näher unten S. 48.



wird, so dass es eines korrigierenden Eingriffs bedarf.<sup>209</sup> Offensichtlich wird dies dort, wo die Marktteilnehmer auf die Aufhebung des Wettbewerbs hinarbeiten, die Freiheit des Wettbewerbs sich also gegen sich selbst richtet.<sup>210</sup> Das Interventionsbedürfnis zugunsten des Wettbewerbs findet seinen Ausdruck jedoch nicht nur im Kartell-, sondern auch im Lauterkeitsrecht. Ausweislich der bereits oben zitierten Aussage sieht der Gesetzgeber die Notwendigkeit eines korrigierenden Eingriffes dort, wo das Funktionieren der marktwirtschaftlichen Grundmechanismen in Frage steht.<sup>211</sup> Demnach wird der Wettbewerb verfälscht, „wenn der Ablauf des Wettbewerbs als Marktsteuerungsmechanismus gestört wird und dadurch eine Beeinträchtigung seiner Funktionsfähigkeit droht.“<sup>212</sup>

Dies setzt freilich ein Verständnis von den Bedingungen voraus, unter denen sich Wettbewerb entfalten kann, denn in den unverfälschten Wettbewerb soll nicht eingegriffen werden. Es bedarf mithin eines Referenzsystems, an dem sich der Rechtsanwender orientieren kann.<sup>213</sup> Dies gilt umso mehr, wenn ihm durch Generalklauseln wie § 3 I und II UWG die Fortentwicklung dieses Systems überantwortet wird, denn für den Rechtsanwender bedeutet dies eine Gratwanderung zwischen notwendigem, korrigierendem Eingriff und unerwünschter Wettbewerbsverfälschung durch einen nicht notwendigen Eingriff.<sup>214</sup>

Das Referenzsystem des unverfälschten Wettbewerbs ergibt sich für das UWG zunächst aus den Vorgaben des höherrangigen Rechts, also dem europäischen Primär- und Sekundärrecht und dem Grundgesetz. Diese Vorgaben müssen aber zugleich unter den gewonnenen Erkenntnissen über den Wettbewerb als Realprozess hinterfragt werden. Der umfassende Schutzgedanke erfordert dabei, dass sich die Interventionen zum Schutz des Wettbewerbs nicht in punktuellen Ansätzen erschöpfen, sondern sich in einem kohärenten System zusammenfügen. Hierbei können die unterschiedlichen Wettbewerbskonzeptionen relevant werden.

#### aa) Supranationaler Bezug des „unverfälschten Wettbewerbs“

Neben dem Verweis auf den Wettbewerb als zu schützendes Realphänomen bezieht sich der verwendete Begriff des unverfälschten Wettbewerbs zugleich auf das europäische Recht, indem der Gesetzgeber bewusst an den Wortlaut des Art. 3 Abs. 1 lit. g EG a. F. anknüpft, um eine „europarechtskonforme Modernisierung“ des UWG zu bewirken, welche sich an der europäischen Rechtsentwicklung als „wichtige[r] Richtschnur“ orientiert.<sup>215</sup> Für die teleologische Bestimmung des unverfälschten Wettbewerbs sind daher auch der supranationale Rechtsrahmen sowie eine sich daraus ergebende etwaige supranationale Wettbewerbskonzeption einzubeziehen. Dabei soll zunächst der

---

<sup>209</sup> Drews, S. 48; GK-UWG/Peukert, § 1 Rn. 94; s.a. Fikentscher, GRUR Int 2009, 635.

<sup>210</sup> Zu dieser Tendenz des Wettbewerbs (allerdings in kartellrechtlicher Hinsicht) vielzitiert und deftig bereits Adam Smith, An Inquiry into the Nature and Causes of Wealth of Nations, S. 144 [Book I, Chapter X Part II]: „People of the same trade seldom meet together, even for merriment and diversion, but the conversation ends in a conspiracy against the public, or in some contrivance to raise prices.“; zitiert nach Leistner, in: Gloy/Loschelder/Erdmann, § 4 Rn. 3 mit Fn. 3. Zum dahinter stehenden Freiheitsparadoxon vgl. Fikentscher, GRUR Int 2009, 635 m. w. N.; s.a. Eppe, WRP 2005, 808 (810).

<sup>211</sup> Vgl. Harte/Henning/Podszun, § 1 Rn. 68.

<sup>212</sup> Kaplan, S. 31.

<sup>213</sup> Vgl. Leistner, in: Gloy/Loschelder/Erdmann, § 4 Rn. 1; Harte/Henning/Schünemann (2. Aufl. 2009), § 1 Rn. 19; Emmerich, § 5 Rn. 23.

<sup>214</sup> Drews, S. 48, vgl. Peukert, in: Riesenhuber, S. 415; Sosnitzer, S. 20 f.

<sup>215</sup> BTDrucks. 15/1487, S. 12 li. und re. Sp.; vgl. Keßler in: Krejci/Keßler/Augenhofer, S. 85.

bei Schaffung des UWG 2004 und 2008 vorgefundene und bis zum 01. Dezember 2009 geltende Zustand des Vertrags über die Europäische Union und des Vertrags über die Europäische Gemeinschaft in der Form des Vertrags von Nizza<sup>216</sup> referiert werden, ehe auf mögliche Änderung durch den Vertrag von Lissabon eingegangen wird.

(1) Das System des unverfälschten Wettbewerbs im EU a.F. und EG a.F.

Das Konzept des „unverfälschten Wettbewerbs“ findet sich in mehreren primärrechtlichen Normen des EU a. F. und des EG a. F. und wird insbesondere in den Zielbestimmungen prominent erwähnt.<sup>217</sup> So verpflichtet Art. 3 Abs. 1 lit. g) EG a. F. die Gemeinschaft auf ein „System, das den Wettbewerb innerhalb des Binnenmarkts vor Verfälschungen schützt.“ Das System des unverfälschten Wettbewerbs ist damit eingebunden in das überwölbende Konzept des Binnenmarktes, der gem. der Art. 2, 3 Abs. 1 lit. c.) der Europäischen Gemeinschaft aufgegeben ist. Kennzeichnend für den Binnenmarkt wiederum ist „die Beseitigung der Hindernisse für den freien Waren-, Personen-, Dienstleistungs- und Kapitalverkehr zwischen den Mitgliedstaaten“, Art. 3 Abs. 1 lit. c.) EG a.F. Mit der Gewährleistung dieser sog. Grundfreiheiten<sup>218</sup> und der Beseitigung entgegenstehender Hindernisse zielt die Gemeinschaft auf die grenzüberschreitende Verschmelzung der nationalen Märkte zu einem einheitlichen Markt.<sup>219</sup> Darin beschlossen liegt die Anerkennung gemeinschaftsweiten Wettbewerbs als wünschens- und schützenswertes Resultat der Wahrnehmung gerade dieser Freiheiten<sup>220</sup>, sowie als maßgebliches Instrument zur Erreichung der Ziele der Gemeinschaft.<sup>221</sup> Folgerichtig bekennt sich die Gemeinschaft zu einer „offenen Marktwirtschaft mit freiem Wettbewerb“ (Art. 4 Abs. 1 und 3 EG a. F.) und damit zu den Funktionsbedingungen einer wettbewerbsgesteuerten Marktwirtschaft.<sup>222</sup> Die so zum Ausdruck kommende institutionelle Sichtweise umfasst insbesondere die schon in den Grundfreiheiten angelegte individuelle und unternehmerische Handlungsfreiheit, die sich vor dem Hintergrund wirtschaftsrelevanter Gewährleistungen durch die Grundrechte-Charta der EU zu einer „allgemeinen Wirtschaftsfreiheit“ verdichtet.<sup>223</sup> Dem System des unverfälschten Wettbewerbs fällt folglich die Aufgabe zu, die individuell garantierten wirtschaftlichen Handlungsfreiheiten der Marktteilnehmer und den Schutz des Wettbewerbs als Institution zur bestmöglichen Erreichung der Vertragsziele abzusichern.<sup>224</sup> Der „unverfälschte Wettbewerb“ ist somit nicht nur Programmsatz, sondern seinerseits grundlegendes und zwingendes Vertragsziel.<sup>225</sup>

---

<sup>216</sup> Europäische Union — Konsolidierte Fassungen des Vertrags über die Europäische Union und des Vertrags zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft (2002), ABl. EG v. 24.12.2002, Nr. C 325, S. 1; Vertrag von Nizza zur Änderung des Vertrags über die Europäische Union, der Verträge zur Gründung der Europäischen Gemeinschaften sowie einiger damit zusammenhängender Rechtsakte, unterzeichnet in Nizza am 26. Februar 2001, ABl. EG v. 10.03.2001, Nr. C 80 S. 1, ber. ABl. EG v. 27.03.2001, Nr. C 96 S. 27.

<sup>217</sup> S. auch Artt. 81 I, Art. 87 I, Art. 132 I EG a. F. („Verfälschung des Wettbewerbs“) sowie ferner Artt. 27 lit. c), 96 EG a. F. („Verfälschen der Wettbewerbsbedingungen“).

<sup>218</sup> Zum Begriff vgl. Art. 6 EUV a.F.; s.a. Art. 14 Abs. 2 EG a. F.

<sup>219</sup> Brömmelmeyer, GRUR 2007, 295 (296); ähnlich Hatje, in: Bogdandy/Bast, S. 801 (815 f.).

<sup>220</sup> Wunderle, S. 115, 122; Müller-Graff, in: Dausen, A. I. Rn. 130.

<sup>221</sup> Vgl. Art. 2 EG a. F., dazu Pichler, S. 114; ausführlich Zuleeg, in: von der Groeben/Schwarze, EG Art. 2 Rn. 13.

<sup>222</sup> Hatje, in: Bogdandy/Bast, S. 801 (810); Keßler, in: Krejci/Keßler/Augenhofer, S. 86 f.; s.a. Glöckner, S. 282 f.

<sup>223</sup> Vgl. Hatje, in: Bogdandy/Bast, S. 801 (812 f.); ähnlich Mestmäcker/Schweitzer, § 10 Rn. 5; Nowak, EuR-Beih 2009, 129 (150 ff.).

<sup>224</sup> Vgl. Schröter in: von der Groeben/Schwarze, Vorbemerkung zu den Artikeln 81 bis 89, Rn. 14; Wunderle, S. 124.

<sup>225</sup> Vgl. EuGH Slg. 1973, 215 (244 f. Rn. 23 ff.) – Continental Can.

Der so umrissene Schutz erfolgt vorrangig über die unmittelbar anwendbaren, kartell- und beihilfe-rechtlich geprägten Rechtsregeln des Art. 81 – 89 EG a. F.. Diese Regelungen zeigen, dass der Binnenmarkt nicht durch einen „laissez-faire“-Ansatz gekennzeichnet ist, sondern Eingriffe zum Schutz des Wettbewerbs möglich sind. Gleichwohl ist der Schutz des Wettbewerbs nicht auf kartell- und beihilferechtliche Problemlagen beschränkt, sondern umfasst auch Wettbewerbsverfälschungen durch unlautere Handlungen.<sup>226</sup> Dies legt bereits der in Art. 3 Abs. 1 lit. g. zum Ausdruck kommende „System“-Gedanke nahe, dem ein in sich geschlossener und kohärenter Charakter des Wettbewerbs-schutzes zu entnehmen ist.<sup>227</sup> Verstärkt wird dieser Eindruck durch das im 4. Erwägungsgrund der Präambel zum EGV a.F. zum Ausdruck kommende Bekenntnis der Signatarstaaten zum „*redlichen Wettbewerb*“ als Mittel der Beseitigung bestehender Hindernisse auf dem Weg des wirtschaftlichen und sozialen Fortschritts.<sup>228</sup> Dass sich hinter dieser im Primärrecht singulären Formulierung das Ziel der Verhinderung unlauteren Wettbewerbs verbirgt, enthüllt dabei ein Blick auf den Wortlaut des Vertrages in anderen Sprachen, welcher gleichermaßen verbindlich ist.<sup>229</sup> Insbesondere die französische Sprachfassung verweist mit dem Begriff „loyauté dans la concurrence“ klar auf die „concurrence deloyale“, also auf das Recht des unlauteren Wettbewerbs.<sup>230</sup> Art. 3 Abs. 1 lit. g EG a. F. enthält folglich „*ein allgemeines Mandat zur Sicherung des ordnungsgemäßen Funktionierens des Wettbewerbs im Binnenmarkt*“, <sup>231</sup> wobei sich der Wettbewerb und daraus folgend der Binnenmarkt maßgeblich aus der Wahrnehmung von Freiheiten durch die Marktakteure ergibt.

Diese „*unverkennbare Präferenz zugunsten des Marktes*“<sup>232</sup> verdichtet sich jedoch nicht zu einer konkreten, gar wirtschaftstheoretisch fundierten Wettbewerbskonzeption.<sup>233</sup> Insbesondere lässt sich das Wettbewerbsleitbild des EG-Vertrags nicht auf das Ideal der Wettbewerbsfreiheit festlegen. Eine derartige Festlegung hat das Primärrecht weder ausdrücklich getroffen, noch liegt sie ihm unausgesprochen zugrunde. Dazu fehlt es bereits an der notwendigen systematischen Kohärenz. Dies belegen zum einen die zahlreichen gewachsenen Möglichkeiten zum Eingriff in den Wettbewerb, welche die Verfolgung weiterer materialer Vertragsziele und interventionsfreudigerer Politiken ermöglichen. Exemplarisch sei verwiesen auf den sozial- und umweltpolitisch aufgeladenen Ziel- bzw. Aufgabenkatalog des Art. 2 EG i.V.m. dem dadurch eröffneten Bündel an „Tätigkeiten“ gem. Artt. 3 und 4 EG. Hinzu tritt zum anderen die sektorielle Regelung des Binnenmarktes durch nicht zwingend wettbewerbslich, sondern eher dirigistisch ausgerichtete Sonderregime, wie dies namentlich bei Landwirtschaft und Fischerei der Fall ist, Art. 32 ff. EG (Art. 38 ff. AEUV).<sup>234</sup>

Ein eindeutiges und kohärentes Referenzsystem zur Beurteilung konkreten Marktverhaltens kann daher dem Primärrecht nicht entnommen werden. Unklar bleibt, zu welchen Zwecken in den Wettbe-

---

<sup>226</sup> Vgl. *Glöckner*, S. 16 f.; *ders./Henning-Bodewig*, WRP 2005, 1311 (1314); *Pichler*, S. 116.

<sup>227</sup> *Pichler*, S. 114; gleichsinnig *Wunderle*, S. 116.

<sup>228</sup> Ähnlich *Glöckner*, S. 16.

<sup>229</sup> Zur Gleichwertigkeit der verschiedenen Sprachfassungen s. Art. 314 EGV bzw. Art. 55 EUV n.F. i.V.m. Art. 358 EUV.

<sup>230</sup> Vgl. *Emmerich*, § 1 Rn. 5; *Glöckner*, S. 16.

<sup>231</sup> *Wunderle*, S. 116; vgl. EuGH Slg. 1973, 215 (245 Rn. 25) – *Continental Can*; *Glöckner*, S. 17; *Pichler*, S. 113 f.

<sup>232</sup> *Hatje*, in: *Bogdandy/Bast*, S. 801 (806).

<sup>233</sup> Ausführlich *Wunderle*, S. 118 f.; ähnlich *Harte/Henning/Schünemann* (2. Aufl.), § 1 Rn. 47; *a.A. Meesen*, JZ 2009, 697 (701) („*neoliberale Theorie*“); *Peukert*, ZHR 173 (2009), 536 (542 f.).

<sup>234</sup> *Hatje*, in: *Bogdandy/Bast*, S. 801 (821); *Harte/Henning/Schünemann* (2. Aufl.), § 1 Rn. 47.

werb eingegriffen werden darf. Die europäischen Verträge sind insofern auch Ausdruck wechselnder wirtschaftspolitischer Zielvorstellungen. Diese eher pragmatische Orientierung schlägt sich schließlich in der Handhabung der primärrechtlichen Wettbewerbsregeln durch die Organe der Gemeinschaft nieder. Eine stringente Entwicklung durch EuGH und Kommission kann nicht festgestellt werden.<sup>235</sup> Der EuGH lehnt eine wettbewerbstheoretische Fundierung ab und beurteilt Wettbewerbsbeschränkungen pragmatisch unter wechselnder Betonung der maßgeblichen Kriterien. Die Kommission verfolgt demgegenüber einen auf Effizienz-Erwägungen beruhenden „more economic approach“, ohne dass sich dieser zwingend aus dem Primärrecht ergibt.<sup>236</sup>

Die Analyse der primärrechtlichen Vorgaben für den „unverfälschten Wettbewerb“ im Vertragsgefüge vor Lissabon fällt demnach durchwachsen aus. Auf der einen Seite steht eine Systemscheidung zugunsten von Markt und Wettbewerb als Motor der Integration. Diese erfordert die Sicherung der individuellen wettbewerblichen Handlungsfreiheit, so dass Beeinträchtigungen dieser Handlungsfreiheit als Verfälschungen des Wettbewerbs anzusehen sind. Auf der anderen Seite sind staatliche Eingriffe zur Verwirklichung gleichrangiger nicht wettbewerblicher Integrations- und Verfassungsziele nicht grundsätzlich ausgeschlossen. Gemildert werden die damit aufscheinenden Zielkonflikte aber dadurch, dass sich derart motivierte staatliche Maßnahmen am Maßstab des supranationalen Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes zur Rechtfertigung haben und der Schutz der Wettbewerbsfreiheit damit nicht außer Acht bleibt.<sup>237</sup> Die europäische Wirtschaftsverfassung unter dem EU a.F. und EG a.F. kann daher „in ihrer Gesamtpprägung nur als freiheitlich-wettbewerbsgesteuerte marktwirtschaftliche Ordnung zutreffend beschrieben werden.“<sup>238</sup>

Es stellt sich jedoch die Frage, inwieweit dieses Ergebnis unter den Änderungen durch den Vertrag von Lissabon Bestand hat.

## (2) Systematische Kontinuität im EUV n.F. und AEUV

Die vorstehend skizzierte Verwirklichung des Binnenmarktes durch unverfälschte Freiheitswahrnehmung der Marktakteure auf der Grundlage einer offenen Marktwirtschaft mit freiem Wettbewerb bildete unter dem Vertrag von Nizza das Grundgerüst der europäischen Wirtschaftsverfassung. Durch den Vertrag von Lissabon<sup>239</sup> wird das primäre Gemeinschaftsrecht jedoch sprachlich und inhaltlich revidiert und auf eine neue Grundlage stellt, indem die Europäische Gemeinschaft unter Aufwertung der Europäischen Union in letzterer aufgeht.

Im Rahmen dieser Neuordnung wurde der Wettbewerb aus der Zielbestimmung des EU-Vertrags getilgt und das bislang in Art. 4 Abs. 1 EG verankerte Bekenntnis zu einer „*offenen Marktwirtschaft mit freiem Wettbewerb*“ gestrichen, so dass nach der Fortgeltung der im vorherigen Abschnitt heraus-

---

<sup>235</sup> Emmerich, Kartellrecht, § 4 Rn. 35 ff.

<sup>236</sup> Pichler, S. 163; s.a. Emmerich, Kartellrecht, § 1 Rn. 33, 35.

<sup>237</sup> Nowak, EuR 2009 Beiheft 1, 129 (162); weitergehend im Sinne eines „Primats der Wettbewerbsfreiheit“ GK-UWG/Schünemann, Einl A Rn. 270; ähnlich auch Glöckner, S. 509 ff. (Primat des Wettbewerbsschutzes).

<sup>238</sup> GK-UWG/Schünemann, Einl A Rn. 283, auch mit Blick auf die gegenwärtige Wirtschaftsverfassung.

<sup>239</sup> Vertrag von Lissabon zur Änderung des Vertrags über die Europäische Union und des Vertrags zur Gründung der Europäischen Gemeinschaften, ABl. EU v. 17.12.2007, Nr. C 306, S. 1.

gearbeiteten Systementscheidung und dem nun zu Grunde liegenden Wettbewerbsleitbild zu fragen ist.

Für eine Verschiebung der Rahmenbedingung könnte neben den vorgenannten Änderungen sprechen, dass der EUV nun zudem die soziale Komponente der Europäischen Union stärker betont und die Zielbestimmungen entsprechend ausrichtet.<sup>240</sup> Als Leitbild erscheint in Art. 3 EUV die „soziale Marktwirtschaft“.

Gleichwohl kann hieraus keine Relativierung des Wettbewerbsprinzips abgeleitet werden.<sup>241</sup> Wie Art. 3 EUV klar stellt, hält die Union unter dem Vertrag von Lissabon am Binnenmarkt fest. Die Verpflichtung zur Errichtung eines Systems zum Schutz des unverfälschten Wettbewerbs wurde ebenfalls beibehalten, wenn auch aus politischen Gründen an weniger prominente Stelle verschoben. Dieser Grundsatz findet sich jetzt im „Protokoll (Nr. 27) über den Binnenmarkt und den Wettbewerb“<sup>242</sup>, welches als völkerrechtlicher Vertrag Bestandteil des primären Gemeinschaftsrechts ist, so dass Union und die Mitgliedstaaten weiterhin an diese Zielverpflichtung rechtlich gebunden sind.<sup>243</sup>

Die Wettbewerbsregeln, welche das System des unverfälschten Wettbewerbs prägen, wurden unverändert übernommen, ebenso die bisherigen Bestimmungen zu den Grundfreiheiten. Die Bestandteile der „offenen Marktwirtschaft mit freiem Wettbewerb“ wurden damit im geänderten Primärrecht beibehalten, auch wenn diese Systementscheidung nun nicht mehr so offensichtlich zu Tage tritt.<sup>244</sup>

Zu diesen weiterhin bestehenden Eckpfeilern treten mit dem Vertrag von Lissabon zudem die Grundrechtsgewährleistung durch die Charta der Grundrechte der EU sowie die Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK) hinzu, die gem. Art. 6 EUV Bestandteil des Unionsrechts werden. Die darin verbürgten Grundrechte können, soweit sie einen Wirtschaftsbezug aufweisen, einem marktregulierenden Gemeinschaftsgesetzgeber entgegen gehalten werden und tragen so zum Schutz des Binnenmarktes vor Überregulierung bei.<sup>245</sup> Zugleich wird dadurch die bestehende Systementscheidung weiter abgesichert.

Die sich in den Wettbewerbsregeln und den Grundfreiheiten manifestierende grundsätzlich freiheitsbezogene Wirtschaftsverfassung bleibt also unter dem Vertrag von Lissabon erhalten. Die politisch gewollte „Verschleierung“<sup>246</sup> vermag daran nicht zu ändern. Für die vorliegende Untersuchung kann daher auch unter dem Vertrag von Lissabon von einem freiheitsbezogenen Wettbewerbsverständnis sowie einer Systementscheidung zugunsten eines marktwirtschaftlich verfassten Wirtschaftssystems ausgegangen werden, in welchem der Wettbewerb als Ordnungsprinzip Geltung beansprucht.<sup>247</sup>

---

<sup>240</sup> Vgl. nur Art. 3 III EUV, wonach im Zusammenhang mit dem Binnenmarkt neben anderem auch „sozialer Fortschritt“, „soziale Gerechtigkeit“, „sozialer Schutz“ und „sozialer Zusammenhalt“ verwirklicht werden soll.

<sup>241</sup> Nowak EuR-Beih 2009, 129 (190); GK-UWG/Schünemann (2. Aufl. 2013), Einl A Rn. 281; Wunderle, S. 150; a.A. Peukert, ZHR 173 (2009), 536 (569 ff.).

<sup>242</sup> ABI. EU v. 09.05.2008, Nr. C 115, S. 309.

<sup>243</sup> Nowak, EuR-Beih 2009 129 (189 f.); Wunderle, S. 150 f.

<sup>244</sup> Müller-Graff, ZHR 173 (2009), 443 (449 f.); gleichsinnig Pichler, S. 115; Wunderle, S. 151. Der „Grundsatz einer offenen Marktwirtschaft mit freiem Wettbewerb“ findet sich noch in den Vertragstexten betreffend die Wirtschafts- und Währungsunion, vgl. Artt. 119 I, 120 S. 1 AEUV.

<sup>245</sup> Wunderle, S. 151.

<sup>246</sup> Müller-Graff, ZHR 173 (2009), 443 (453).

<sup>247</sup> GK-UWG/Schünemann, Einl A Rn. 283.

Diese Eckpfeiler gilt es demnach auch weiterhin bei der Interpretation des „unverfälschten Wettbewerbs“ zu beachten. Mangels einheitlicher Wettbewerbskonzeption erfolgt die konkrete Ausgestaltung des Wettbewerbs jenseits der Wettbewerbsregeln der Art. 101 ff. AEUV (Art. 81 ff. EG) jedoch maßgeblich durch das Sekundärrecht, also jene Rechtsakte, die auf der Grundlage des Primärrechts erlassen werden.

#### bb) Der Wettbewerbsrahmen des Sekundärrechts insbesondere der UGP-Richtlinie

Ein einheitlicher Binnenmarkt benötigt ein einheitliches Lauterkeitsrecht.<sup>248</sup> Dementsprechend finden sich auf supranationaler Ebene schon früh Bemühungen um eine Vereinheitlichung. Sie waren jedoch nahezu erfolglos.<sup>249</sup> Es blieb daher zunächst dem EuGH vorbehalten, unter Entfaltung der Marktfreiheiten (Art. 34, 56 AEUV) als allgemeine Beschränkungsverbote eine Angleichung der nationalen Rechtsordnungen herbeizuführen.<sup>250</sup>

Die (positive) Harmonisierung des Lauterkeitsrechts durch Rechtsetzungsakte der Gemeinschaft (Sekundärrecht) beschränkt sich bis jetzt zumeist auf die spezifische Regelung einzelner Gesichtspunkte in verschiedenen Gemeinschaftsrechtsakten. Eine gemeinschaftliche Regelung aller Formen unlauteren Wettbewerbsverhaltens wurde bislang nicht erreicht. Mit der Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken im Binnenmarkt (UGP-RL) wurde aber immerhin der besonders bedeutsame Bereich verbrauchergerichteten Wettbewerbsverhaltens gemeinschaftsweit vereinheitlicht.

Die Bedeutung des Sekundärrechts für das Verständnis des „unverfälschten Wettbewerbs“ ergibt sich aus ihrer Wirkung auf das nationale Recht. Zum Sekundärrecht gehören Verordnungen und Richtlinien, vgl. Art. 288 AEUV. Anders als die Marktfreiheiten gem. Art. 34, 56 AEUV gelten diese Rechtsakte nicht nur für grenzüberschreitende Sachverhalte, sondern können auch ein rein innerstaatliches Marktverhalten erfassen.<sup>251</sup> Verordnungen entfalten unmittelbare und verbindliche Geltung in jedem Mitgliedstaat, Art. 288 II AEUV. Richtlinien erfordern demgegenüber einen Akt der Umsetzung in nationales Recht.<sup>252</sup> Sie sind nur hinsichtlich ihres Ziels verbindlich, die Wahl der Form und Mittel der Umsetzung bleibt den Mitgliedsstaaten überlassen, Art. 288 III AEUV. Von den Zielvorgaben einer Richtlinie können die Mitgliedstaaten nur dann abweichen, wenn die Richtlinie dies gestattet, z.B. indem die Richtlinie nur Mindestanforderungen festlegt. Die Mitgliedstaaten können dann über die Anforderungen der Richtlinie hinausgehen. Bei einer Vollharmonisierung ist ein derartiger Gestaltungsspielraum der Mitglieder jedoch ausgeschlossen. Die Rechtsakte der Gemeinschaft sind von einer autonomen Begrifflichkeit geprägt, zu deren letztgültiger Auslegung der EuGH berufen ist, vgl. Art. 263 AEUV. Für die Mitgliedstaaten ergibt sich umgekehrt ein Gebot der richtlinienkonformen Auslegung nationalen Rechts, um das mit ihr verfolgte Ziel zu erreichen.<sup>253</sup>

---

<sup>248</sup> Köhler/Lettl, WRP 2003, 1019 (1020).

<sup>249</sup> Näher Emmerich, § 1 Rn. 23 ff.; Harte/Henning/Glückner, Einl B Rn. 8 f.; Wunderle, S. 93 ff.

<sup>250</sup> Sog. „Negativ-Integration“, dazu näher Harte/Henning/Glückner, Einl B Rn. 10 ff.; Köhler/Lettl, WRP 2003, 1019 (1021); Lettl, § 1 Rn. 5 ff.

<sup>251</sup> Vgl. Köhler/Bornkamm, Einl. Rn. 3.13 zum Erfordernis richtlinienkonformer Auslegung bei reinen Inlandssachverhalten.

<sup>252</sup> Ausnahmsweise können bei nicht fristgemäßer Umsetzung auch Richtlinien eine unmittelbare Geltung zugunsten des Einzelnen entfalten, vgl. Köhler/Bornkamm, Einl. Rn. 3.4.

<sup>253</sup> Köhler/Bornkamm, Einl. Rn. 3.13; Lettl, § 1 Rn. 20 (S. 8); vgl. EuGH, Slg. 1990, I-4135 (Rn. 8) – *Marleasing*.

Europäische Vorgaben für einzelne Aspekte des Lauterkeitsrechts finden sich teilweise in Verordnungen, beispielsweise in der Verordnung 178/2002/EG zum Lebensmittelrecht<sup>254</sup> oder der Verordnung 2006/2004/EG über die Zusammenarbeit im Verbraucherschutz.<sup>255</sup> Auch die sog. Health-Claim-Verordnung über nährwert- und gesundheitsbezogene Angaben bei Lebensmitteln ist hier einzuordnen.<sup>256</sup> Weitaus häufiger finden sich Regelungen für einzelne Sachverhalte in Richtlinien. Diese betreffen vielfach medien- und produktspezifische Anforderungen an die Werbung.<sup>257</sup> Aufgrund der Masse und der zumeist nur punktuellen Natur der Regelungen ist ein erschöpfender Überblick an dieser Stelle weder machbar noch zielführend.<sup>258</sup> Besondere Bedeutung für den Bereich des Lauterkeitsrechts haben – in chronologischer Reihenfolge – die nachfolgend genannten Richtlinien.<sup>259</sup>

Die Richtlinie über irreführende und vergleichende Werbung (ursprünglich RL 84/450/EWG und 97/55/EG<sup>260</sup> in der konsolidierten Fassung der Richtlinie 2006/114/EG)<sup>261</sup> (sog. Irreführungs bzw. – hier bevorzugt – Werberichtlinie) war der erste Schritt zur Harmonisierung des Lauterkeitsrechts in der Gemeinschaft.

Die Richtlinie über die Bereitstellung audiovisueller Mediendienste (ursprünglich RL 89/552/EWG, inzwischen ersetzt durch kodifizierende RL 2010/13/EU)<sup>262</sup> verlangt u.a. die Erkennbarkeit von Werbung und die erkennbare Trennung von Werbung und Programm (Art. 9 I lit. a); 19 I). Schleichwerbung und unterschwellige Beeinflussung sind verboten (Art. 9 I lit. a) und b)). Zudem will die Richtlinie verhindern, dass die Unerfahrenheit, Leichtgläubigkeit oder das besondere Vertrauen von Kindern und Jugendlichen ausgenutzt wird (Art. 9 I lit. g). Die Richtlinie verfolgt verschiedene, unterschiedliche Zielsetzungen, vgl. ErwGrd.12.

---

<sup>254</sup> Verordnung (EG) Nr. 178/2002 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 28. Januar 2002 zur Festlegung der allgemeinen Grundsätze und Anforderungen des Lebensmittelrechts, zur Errichtung der Europäischen Behörde für Lebensmittelsicherheit und zur Festlegung von Verfahren zur Lebensmittelsicherheit, ABl. EG v. 01.02.2002, Nr. L 31 S. 1; ergänzt durch VO 2230/2004/EG, ABl. EG v. 24.12.2004, Nr. L 379, S. 64.

<sup>255</sup> Verordnung (EG) Nr. 2006/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. Oktober 2004 über die Zusammenarbeit zwischen den für die Durchsetzung der Verbraucherschutzgesetze zuständigen nationalen Behörden, ABl. EU v. 09.12.2004, Nr. L 364 S. 1.

<sup>256</sup> Verordnung (EG) Nr. 1924/2006 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 20. Dezember 2006 über nährwert- und gesundheitsbezogene Angaben über Lebensmittel, berichtigte Fassung in ABl. EU v. 18.01.2007, Nr. L 12, S. 3.

<sup>257</sup> Vgl. Harte/Henning/Glöckner, Einl B Rn. 73 ff.

<sup>258</sup> Dazu sehr bildhaft *Enzinger*, in: Krejci/Keßler/Augenhofer, S. 10: Man könnte „*fast wahllos einen bunten Strauß von Richtlinien auf der Wiese des Sekundärrechts pflücken.*“; berechtigte Kritik an diesem „piecemeal approach“ des Richtliniengebers üben z.B. *Emmerich*, § 1 Rn. 25; Harte/Henning/Glöckner, Einl B Rn. 9.

<sup>259</sup> Aufzählung nach *Lettl*, § 1 Rn. 21; s.a. *Wunderle*, S. 193 ff.

<sup>260</sup> Richtlinie 84/450/EWG des Rates vom 10. September 1984 zur Angleichung der Rechts und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über irreführende Werbung, ABl. EG v. 19.09.1984, Nr. L 250, S. 17 mit Richtlinie 97/55/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 6. Oktober 1997 zur Änderung der Richtlinie 84/450/EWG über irreführende Werbung zwecks Einbeziehung der vergleichenden Werbung, ABl. EG v. 23.10.1997, Nr. L 290, S. 18.

<sup>261</sup> Richtlinie 2006/114/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Dezember 2006 über irreführende und vergleichende Werbung (kodifizierte Fassung), ABl. EU v. 27.12.2006, Nr. L 376, S. 21.

<sup>262</sup> Richtlinie 2010/13/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 10. März 2010 zur Koordinierung bestimmter Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Bereitstellung audiovisueller Mediendienste (Richtlinie über audiovisuelle Mediendienste), ABl. EU v. 15.04.2010, Nr. L 95, S. 1.

Die Richtlinie über Unterlassungsklagen zum Schutz der Verbraucherinteressen (ursprünglich RL 98/27/EG, inzwischen ersetzt durch kodifizierende RL 2009/22/EG)<sup>263</sup> regelt die Berechtigung öffentlicher und privater Einrichtungen zur Geltendmachung von Unterlassungsansprüchen (Art. 3).

Die Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr (RL 2000/31/EG)<sup>264</sup> (sog. E-commerce-Richtlinie) enthält Informationspflichten über bestimmte Verkaufsförderungsmaßnahmen (Art. 6).

Die Richtlinie über die Verarbeitung personenbezogener Daten und den Schutz der Privatsphäre in der elektronischen Kommunikation (RL 2002/58/EG)<sup>265</sup> regelt bestimmte Formen der Direktwerbung gegenüber Verbrauchern (Art. 13).

Die Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken (RL 2005/29/EG)<sup>266</sup> (UGP-Richtlinie) bezweckt einen umfassenden Schutz der wirtschaftlichen Interessen der Verbraucher vor unlauteren Geschäftspraktiken.

In der Gesamtbetrachtung des Richtlinienbestandes fällt auf, dass trotz der zumeist nur punktuellen Regelungen sich eine besondere Betonung des Verbraucherschutzes durch das Sekundärrecht herauschält. In der Literatur wird deshalb teilweise eine Zurückdrängung des Wettbewerbsprinzips zugunsten eines originären Verbraucherschutzes als Ausdruck eines geänderten Lauterkeitsverständnisses diagnostiziert.<sup>267</sup> Die Verbraucher sollen demnach nicht nur in ihrer Funktion als Marktteilnehmer geschützt werden, sondern als strukturell schwächere und damit originär schutzwürdige Personengruppe. Das so proklamierte Ziel des Verbraucherschutzes kann vor allem der Querschnittsklausel des Art. 12 AEUV sowie den Regelungen der entsprechenden Gemeinschaftspolitik in Art. 114 III 1 AEUV und Art. 169 I AEUV entnommen werden. Geschützt werden die Gesundheit, die Sicherheit und die wirtschaftlichen Interessen der Verbraucher, sowie ihr Recht auf Information, Erziehung und Bildung von Vereinigungen zur Interessenwahrung, vgl. Art. 169 I AEUV. Dem Verbraucherschutz soll im Rahmen der anderen Unionspolitiken und –maßnahmen Rechnung getragen werden, Art. 12 AEUV. Dabei strebt die Union ein hohes Verbraucherschutzniveau an, § 114 III 1 AEUV. Nicht zuletzt sind zwingende Erfordernisse des Verbraucherschutzes als ungeschriebene Rechtfertigung für Maßnahmen der Mitgliedstaaten zur Beschränkung der Grundfreiheiten vom EuGH anerkannt.<sup>268</sup> Es stellt sich damit die Frage, ob in der besonderen Betonung des Verbraucherschutzes durch das Sekundärrecht eine Zielverschiebung des „unverfälschten Wettbewerbs“ liegt, welcher dadurch stärker normativ-sozial aufgeladen wird.

---

<sup>263</sup> Richtlinie 2009/22/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. April 2009 über Unterlassungsklagen zum Schutz der Verbraucherinteressen (kodifizierte Fassung), ABl. EU v. 01.05.2009, Nr. L 110, S. 30.

<sup>264</sup> Richtlinie 2000/31 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 8. Juni 2000 über bestimmte rechtliche Aspekte der Dienste der Informationsgesellschaft, insbesondere des elektronischen Geschäftsverkehrs im Binnenmarkt (Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr), ABl. EG v. 17.07.2000, Nr. L 178, S. 1.

<sup>265</sup> Richtlinie 2002/58/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Juli 2002 über die Verarbeitung personenbezogener Daten und den Schutz der Privatsphäre in der elektronischen Kommunikation (Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation), ABl. EG v. 31.07.2002, Nr. L 201, S. 37.

<sup>266</sup> Richtlinie 2005/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Mai 2005 über unlautere Geschäftspraktiken im binnenmarktinternen Geschäftsverkehr zwischen Unternehmen und Verbrauchern und zur Änderung der Richtlinie 84/450/EWG des Rates, der Richtlinie 97/7/EG, 98/27/EG und 2002/65 EG des Europäischen Parlaments und des Rates (Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken), ABl. EU v. 11.06.2005, Nr. L 149, S. 22, ber. ABl. EU v. 25.09.2009, Nr. L 253, S. 18.

<sup>267</sup> Peukert, ZHR 173 (2009), 536 (558 ff.); ähnlich Fezer, WRP 2006, 781 (784 f.).

<sup>268</sup> Vgl. EuGH Slg. 1979, 649 Tz. 8 – *Cassis de Dijon*.



Entscheidende Bedeutung bei der Beantwortung dieser Frage kommt der UGP-Richtlinie zu, welche eine vollständige Harmonisierung der Lauterkeit geschäftlicher Handlungen gegenüber Verbrauchern zum Schutze ihrer wirtschaftlichen Interessen anstrebt. Die Richtlinie steht damit im Zentrum des oben skizzierten Ausrichtungsproblems. Es ist daher die Schutzkonzeption der Richtlinie näher auszuleuchten.

Aus der Schutzzweckbestimmung des Art. 1 der UGP-Richtlinie ergibt sich, dass sie die wirtschaftlichen Interessen der Verbraucher schützen will. Anders als in der ursprünglichen Fassung der Irreführungsrichtlinie wird nicht zugleich auf die Interessen der Mitbewerber und der Allgemeinheit abgestellt. Erwägungsgrund 8 unterstreicht diese einseitige Ausrichtung. Der Schutz von Unternehmern und Mitbewerbern sei nur ein mittelbarer. Die Ausrichtung allein auf Verbraucherinteressen findet ihren Niederschlag des Weiteren in der Beschränkung des Anwendungsbereichs auf unlautere Geschäftspraktiken zwischen Unternehmern und Verbrauchern, vgl. Art. 3 I UGP-RL. Die Befürworter einer originär verbraucherschützenden Ausrichtung verweisen zudem auf den ausgeprägten Schutz einzelner, als besonders schutzwürdig angesehener Verbrauchergruppen, vgl. Art. 5 III UGP-RL und die Normierung von Informationspflichten durch die UGP-Richtlinie, vgl. Art. 7 UGP-RL. Dies wird gedeutet als Ausrichtung des Lauterkeitsrechts an einem ausschließlich verbrauchergerichteten Interessenschutz.<sup>269</sup>

Andererseits bezweckt die Richtlinie gem. Art. 1 zugleich, zu einem „reibungslosen Funktionieren des Binnenmarktes“ beizutragen. Dementsprechend lassen sich in der UGP-Richtlinie auch Elemente eines Verbraucherschutzes ausmachen, der auf den Schutz des Wettbewerbs als Institution gerichtet ist und damit eine wettbewerbsfunktionale Deutung nahelegt. Zum einen ist dies das ausdrückliche Bekenntnis der Richtlinie zum Durchschnittsverbraucher, wie ihn der EuGH in seiner Rechtsprechung zu den Grundfreiheiten entwickelt hat.<sup>270</sup> Maßstab für die Beurteilung unlauterer Geschäftspraktiken ist demnach vorrangig „*der Durchschnittsverbraucher, der angemessen gut unterrichtet und angemessen aufmerksam und kritisch ist*“, vgl. ErwGrd. 18 UGP-RL. Mit diesem Maßstab erkennt die Richtlinie implizit die wettbewerbslichen Gestaltungsfreiheiten der Unternehmer an, die es mit den Interessen der Verbraucher in Einklang zu bringen gilt.<sup>271</sup> Die Richtlinie verweist damit auf die im Primärrecht verankerte Freiheitswahrnehmung als Grundlage eines funktionsfähigen Binnenmarktes. Weiterhin liegt der UGP-Richtlinie auch ein Bekenntnis zum sog. Informationsmodell zugrunde, vgl. Art. 7 UGP-RL.<sup>272</sup> In Anknüpfung an den Maßstab des Durchschnittsverbrauchers wird davon ausgegangen, dass der Verbraucher bei hinreichender Kenntnis der Tatsachen zu einer selbstbestimmten Auswahlentscheidung fähig ist. Der Verbraucher wird demnach vorrangig durch Markttransparenz und Informationsverschaffung geschützt. Dies betont die Bedeutung der autonomen Verbraucherentscheidung für den Wettbewerb. Zusammen lassen sich diese Elemente interpretieren als Grundpfeiler eines Schutzkonzeptes, welches gerade durch den Schutz einer unverzerrten Verbraucherentscheidung den freien Wettbewerb als Institution schützen will.<sup>273</sup>

---

<sup>269</sup> Fezer, WRP 2006, 781 (784 f.).

<sup>270</sup> Vgl. nur EuGH Slg. 1998 I-4657 = GRUR Int 1998, 795 (797 Tz. 31, 37) – *Gut Springenheide*.

<sup>271</sup> Vgl. Veelken, WRP 2004, 1 (4 f.).

<sup>272</sup> Zum Informationsmodell statt vieler *Glöckner*, S. 195 ff., 522 ff. m.w.N.

<sup>273</sup> *Leistner*, ZEuP 2009, 56 (59).

Die Frage, ob die Richtlinie originären Verbraucherschutz bezweckt oder dieser wettbewerbsfunktional eingebettet ist, lässt sich somit allein aus der Schutzkonzeption der Richtlinie nicht beantworten. Richtigerweise ist dazu das Verhältnis der Zielkomplexe im Lichte der vorstehend erarbeiteten Grundsätze des Primärrechts auszulegen. Indem die Harmonisierung als Beitrag zum Funktionieren des Binnenmarktes sowie zum Erreichen eines hohen Verbraucherschutzniveaus angesehen wird, verweist die Richtlinie auf die Kompetenznormen des §§ 114, 169 AEUV (§§ 95, 153 EG a.F.).<sup>274</sup> Die darin verankerte Binnenmarkt-Zielsetzung für Harmonisierungsmaßnahmen impliziert aber zugleich einen Schutz des Wettbewerbs als freiheitsbasiertes Ordnungsverfahren.<sup>275</sup> Wie gezeigt, ist dem Binnenmarkt ein System zum Schutz des unverfälschten Wettbewerbs immanent.<sup>276</sup> Der Wettbewerbsfreiheit der Marktteilnehmer kommt darin eine herausragende Rolle zu. Fordert Art. 114 AEUV das Funktionieren des Binnenmarktes als Ziel einer Angleichungsmaßnahme, so sind Eingriffe demnach nur zulässig, soweit der Schutz und die Förderung des Wettbewerbssystems und der darin ausgeübten Freiheiten nicht außer Acht gelassen werden. Der Verbraucherschutz nach Art. 114 III AEUV kann sich folglich nur in Ansehung dieses Binnenmarktverständnisses entfalten. Damit ist aber zugleich klargestellt, dass im Bereich der Angleichung der Rechtsvorschriften das Wettbewerbsprinzip *prima facie* Vorrang genießt. Eingriffe sind rechtfertigungsbedürftig und am Prinzip der Verhältnismäßigkeit zu messen.<sup>277</sup>

Damit erhellt sich wiederum das Verständnis des Schutzkonzeptes der Richtlinie. Angesichts der Einbindung in die Binnenmarktkonzeption kann der Schutzzweck nicht auf einen isolierten Verbraucherschutz bezogen sein, sondern kann nur im Kontext des binnenmarktlich verankerten Wettbewerbssystems gesehen werden. Das Regelungsprogramm der Richtlinie legitimiert sich demnach aus dem Schutz des Wettbewerbs als Bindeglied zwischen den Interessen der Verbraucher und der Gewerbetreibenden. Da sich Wettbewerb nur bei ungestörter und unverzerrter Inanspruchnahme der individuellen Handlungs- und Entscheidungsfreiheit der Marktteilnehmer entfalten kann, muss die Richtlinie den Entscheidungsprozess des Verbrauchers schützen und eine ausreichende Entscheidungsgrundlage gewährleisten.<sup>278</sup> Nur in ein solches Verständnis lassen sich zudem die Strukturentscheidungen der Richtlinie zur Verwendung des Durchschnittsverbrauchermaßstabs sowie zur schwerpunktmäßigen Gleichsetzung der an sich begriffsoffenen wirtschaftlichen Interessen mit dem Schutz vor irreführenden und aggressiven Geschäftspraktiken gem. Art. 6 – 9 störungsfrei einpassen.

Der verengte Anwendungsbereich der Richtlinie ist folglich nicht Ausdruck einer Beschränkung des Schutzzwecks. Die UGP-Richtlinie kann daher nicht als Ausdruck eines Paradigmenwechsels im Verständnis des „unverfälschten Wettbewerbs“ betrachtet werden.

Für das Verständnis des „unverfälschten Wettbewerbs“ ist damit festzuhalten, dass das europäische Sekundärrecht trotz der Betonung des Verbraucherschutzgedankens den Verbraucher vor allem in seiner Rolle als Marktteilnehmer denkt. Ihm wird die grundsätzliche Fähigkeit zum eigenverantwortlichen und informierten Verhalten zugesprochen. Damit wird insbesondere die Bedeutung der freien

---

<sup>274</sup> S. a. ErwGrd. 1 UGP-RL.

<sup>275</sup> Ausführlich *Brömmelmeyer*, GRUR 2007, 295 (296 f.); ähnlich *Wunderle*, S. 203 f.

<sup>276</sup> S. o. S. 33 ff.

<sup>277</sup> *Wunderle*, S. 203.

Verbraucherentscheidung für den Wettbewerb anerkannt. Dementsprechend wird die unverzerrt ausgeübte Handlungs- und Entschließungsfreiheit des Verbrauchers geschützt und gestärkt, jedoch kein umfassender Verbraucherschutz angestrebt.

cc) Die Wirtschaftsverfassung des Grundgesetzes: Soziale Marktwirtschaft als Wettbewerbsleitbild?

Nach dem Vorstehenden ist der Schutz des Wettbewerbs als Institution integraler Bestandteil des weiterhin im Binnenmarkt bestehenden Systems einer offenen Marktwirtschaft mit freiem Wettbewerb. Diese wirtschaftspolitische Vorgabe ist gem. Art. 120 AEUV (Art. 98 EG a.F.) für die Mitgliedstaaten verbindlich und determiniert damit auch die Gestaltung der Wirtschaftsverfassung<sup>279</sup> des Grundgesetzes.<sup>280</sup> Angesichts eines fehlenden Wettbewerbsleitbildes und der politisch gewollten weiten wirtschaftspolitischen Spielräume in der Gemeinschaft entbindet diese Feststellung jedoch nicht davon, die institutionelle Ausformung und Absicherung des Wettbewerbs auch im Rahmen des Grundgesetzes näher unter die Lupe zu nehmen. Unbestritten stellt das Grundgesetz eine objektive Wertordnung dar und spielt eine prägende Rolle bei der Auslegung der Gesetze.<sup>281</sup> Dementsprechend wirkt das Verständnis des Grundgesetzes von Markt und Wettbewerb auf das Referenzsystem des „unverfälschten Wettbewerbs“ ein.

Im Gegensatz zum supranationalen Recht übt das Grundgesetz auffällig wirtschaftspolitische Zurückhaltung. Verfassungsrechtliche Vorgaben zur Ordnung der Wirtschaft wurden bei seiner Entstehung mit Blick auf den provisorischen Charakter sowie die weltanschaulichen Implikationen bewusst vermieden.<sup>282</sup> Aus dieser Offenheit hat das Bundesverfassungsgericht sehr frühzeitig die sog. „wirtschaftspolitische Neutralität des Grundgesetzes“ abgeleitet.<sup>283</sup> Das Grundgesetz enthalte „keine unmittelbare Festlegung und Gewährleistung einer bestimmten Wirtschaftsordnung.“<sup>284</sup> Der Gesetzgeber habe demnach einen weiten Spielraum bei der wirtschaftspolitischen Gestaltung.<sup>285</sup> Dies legt zunächst die Vermutung nahe, dass das Grundgesetz sich nicht auf ein bestimmtes Wirtschaftssystem im Sinne eines geschlossenen Konzeptes festlegt<sup>286</sup> und lässt eine institutionelle Absicherung von Markt und

---

<sup>278</sup> Brömmelmeyer, GRUR 2007, 295 (297).

<sup>279</sup> Zu Grunde gelegt wird hierbei ein enger Begriff der Wirtschaftsverfassung, verstanden als die Summe verfassungsrechtlicher Gestaltungselemente der Ordnung der Wirtschaft, vgl. Leistner, in: Gloy/Loschelder/Erdmann, § 5 Rn. 1; Schönemann, in: FS Stober, S. 147 (148 mit Fn. 5).

<sup>280</sup> Schönemann, in: FS Stober, S. 147 (159); vgl. Stober, in: Stober (Hrsg.), Deutsches und Internationales Wirtschaftsrecht (1. Aufl.), S. 375; aus europarechtlicher Sicht z.B. (noch zum EG) Wittelsberger in: von der Groeben/Schwarze, Art. 98 Rn. 6 ff., 10 ff.

<sup>281</sup> Grundlegend BVerfGE 7, 198 (204 f.) = GRUR 1958, 254 (255) – Lüth; s.a. Beaucamp/Treder, Rn. 342; Rütters/Fischer/Birk, Rn. 223, 752 ff.

<sup>282</sup> Stober, Allgemeines Wirtschaftsverwaltungsrecht, S. 42.

<sup>283</sup> BVerfGE 4, 7 (17 f.) – Investitionshilfe, seitdem st. Rspr., z. B. BVerfGE 7, 377 (400) – Apotheken; 30, 292 (315) – Erdölbevorratung; 50, 290 (336 f.) – Mitbestimmung.

<sup>284</sup> BVerfGE 50, 290 (337) – Mitbestimmung; ähnlich schon BVerfGE 4, 7 (17 f.) – Investitionshilfe.

<sup>285</sup> St. Rspr., vgl. BVerfGE 30, 292, (317f.) – Erdölbevorratung; 39, 210 (225f.); 50, 290 (336 ff.) – Mitbestimmung; 51, 193 (208); 77, 84 (106); 87, 363 (383) – Nachtbackverbot; 110, 274 (293).

<sup>286</sup> So die herrschende Ansicht in der zivil- und wettbewerbsrechtlichen Literatur, vgl. etwa Harte/Henning/Ahrens Einl. G Rn. 21; Beater, Rn. 764 (S. 301); Köhler/Bornkamm, Einl. Rn. 1.43 f.; a.A. Leistner, in: Gloy/Loschelder/Erdmann, § 5 Rn. 7; Schönemann, in: FS Stober, S. 147 (156 ff.); GK-UWG/ders., Einl. A Rn. 159 ff., welche an den Gedanken von Nipperdey anknüpfen, wonach das Grundgesetz die „soziale Markt-

Wettbewerb fraglich erscheinen.<sup>287</sup> Gleichwohl muss der Gesetzgeber jedoch die ihm durch das Grundgesetz gezogenen Grenzen beachten.<sup>288</sup> Insbesondere die Grundrechte erlangen dabei Bedeutung. In ihnen manifestiert sich auch und gerade die Freiheit zur wirtschaftlichen Betätigung als Dimension der freien Entfaltung der Persönlichkeit.<sup>289</sup> In einen wirtschaftlichen Kontext gestellt, erlangen neben der allgemeinen Handlungsfreiheit des Art. 2 Abs. 1 GG die Berufsfreiheit des Art. 12 GG, die Eigentumsgarantie des Art. 14 GG, aber auch die Meinungs- und Informationsfreiheit des Art. 5 GG, die Vereinigungs- und Koalitionsfreiheit des Art. 9 GG sowie die Freizügigkeit gem. Art. 11 GG Bedeutung.<sup>290</sup> Hinzu treten tragende Verfassungsprinzipien wie das Rechtsstaatsprinzip einschließlich des Gleichheitssatzes und des Übermaßverbots sowie das Sozialstaatsprinzip, welche dem Gesetzgeber ebenfalls Schranken setzen.<sup>291</sup> Zusammen mit den Freiheitsgewährleistungen der bereit genannten „*Wirtschaftsgrundrechte*“<sup>292</sup> stecken sie die Anforderungen an ein verfassungskonformes Wirtschaftssystem ab.

So schließen diese Anforderungen bereits von vornherein Wirtschaftssysteme aus, unter denen die Freiheiten der einzelnen Marktteilnehmer nicht ausreichend zur Geltung kommen können. Nicht mit den individualfreiheitlichen Vorgaben des Grundgesetzes zu vereinbaren wäre demnach eine zentral verwaltete Planwirtschaft unter völliger Aufhebung des Marktes.<sup>293</sup> Das Grundgesetz fällt vielmehr eine klare Entscheidung zugunsten einer freiheitlich verfassten Wirtschaftsordnung, welche zugleich die Entscheidung für eine Marktwirtschaft impliziert.<sup>294</sup> Die Wirtschaftsgrundrechte stellen nämlich in ihrer Summe nichts anderes dar als das individualrechtliche Korrelat des Grundsatzes der Wettbewerbsfreiheit.<sup>295</sup> In ähnlicher Weise sieht das BVerfG den Schutz der Wettbewerbsfreiheit als grundsätzliche Pflicht des Staates an: „*Die bestehende Wirtschaftsverfassung enthält den grundsätzlich freien Wettbewerb der als Anbieter und Nachfrager auf dem Markt auftretenden Unternehmer als eines ihrer Grundprinzipien. Das Verhalten der Unternehmer in diesem Wettbewerb ist Bestandteil ihrer Berufsausübung, die, soweit sie sich in erlaubten Formen bewegt, durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützt ist.*“<sup>296</sup> In Verbindung mit der Verbürgung der Vertragsfreiheit wird so ein unantastbarer Bereich wirtschaftli-

---

wirtschaft“ institutionell garantiere. Dazu *Nipperdey*, Die soziale Marktwirtschaft in der Verfassung der Bundesrepublik, S. 3 ff.; *Nipperdey*, Soziale Marktwirtschaft und Grundgesetz, S. 21 ff., 64.

<sup>287</sup> So z.B. *Stober*, in: ders. (Hrsg.), Deutsches und Internationales Wirtschaftsrecht (1. Aufl.), S. 373.

<sup>288</sup> BVerfGE 4, 7 (18) – *Investitionshilfe*; BVerfGE 50, 290 (338) – *Mitbestimmung*; s.a. *Beater*, Rn. 765 (S. 301); *Fezer*, JZ 1990, 657 (661); vgl. *Schünemann*, in: FS Stober, S. 147 (152 ff.).

<sup>289</sup> Ausführlich *Schünemann*, in: FS Stober, S. 147 (152); s.a. *Fezer*, JuS 1991, 889 (892); GK-UWG/Schünemann, Einl. A Rn. 61.

<sup>290</sup> Ausführlich *Schünemann*, in: FS Stober, S. 147 (153 f.); gleichsinnig *Leistner*, in: Gloy/Loschelder/Erdmann, § 5 Rn. 1; *Lux*, S. 7.

<sup>291</sup> Vgl. *Fezer*, JZ 1990, 657 (661); *Lux*, S. 7.

<sup>292</sup> So z.B. titelnd *Stober*, in: Stober (Hrsg.), Deutsches und Internationales Wirtschaftsrecht (1. Aufl.), S. 379.

<sup>293</sup> Ganz h.M. z.B. *Harte/Henning/Ahrens*, Einl. G Rn. 22 f.; *Beater*, Rn. 765 (S. 301); *Köhler/Bornkamm*, Einl. Rn. 1.44; *Lux*, S. 8; *Stober*, in: ders. (Hrsg.), Deutsches und Internationales Wirtschaftsrecht (1. Aufl.), S. 375.

<sup>294</sup> *Lux*, S. 8 f., gleichsinnig *Fezer*, JuS 1991, 889 (891): „*Markt ist eine Kategorie der Freiheit in der bürgerlichen Gesellschaft*“; s.a. *ders.*, JZ 1990, 657 (660 f.).

<sup>295</sup> *Di Fabio*, ZWeR 2007, 266 (269).

<sup>296</sup> BVerfGE 32, 311 (317) = GRUR 1972, 358 (360) – *Grabsteinwerbung*; ebenso BVerfG GRUR 1993, 751 – *Großmarkt-Werbung I*; BVerfG GRUR 1993, 754 – *Großmarkt-Werbung II*; ähnlich BVerfGE 46, 120 (137); 86, 28 (37); 105, 252 (265). Dazu näher *Lux*, S. 8 mit Fn. 25; zur rechtlichen Verortung der Wettbewerbsfreiheit allein als Bestandteil der Berufsausübung aber zu Recht kritisch *Leistner*, in: Gloy/Loschelder/Erdmann, 4. Aufl., § 14 Rn. 5 ff.

chen Entfaltungsspielraums gesichert.<sup>297</sup> Die institutionelle Absicherung eines marktwirtschaftlichen Kerns kann folglich auch von den Verfechtern einer „wirtschaftspolitischen Neutralität“ nicht in Abrede gestellt werden.

Andererseits verbieten das in Art. 20 Abs. 1 GG niedergelegte Sozialstaatsprinzip sowie die aus den Grundrechten erwachsenden Teilhabe-Rechte zugleich eine auf totalen wirtschaftlichen Liberalismus ausgerichtete laissez-faire-Marktwirtschaft im Sinne eines „Manchester-Kapitalismus“.<sup>298</sup>

Zwischen diesen Extremen hat der Gesetzgeber wirtschaftspolitisch nun einen konzeptionellen Mittelweg zu suchen. Dabei verbleibt ihm zwar ein weiterer Gestaltungsspielraum, welcher auch mit nicht marktkonformen Steuerungsmitteln ausgefüllt werden kann, gleichwohl müssen hierbei immer die eröffneten Freiheitsbereiche der Grundrechtsträger beachtet werden, so dass aus dem Vorstehenden ein „*Primat der Freiheit im Bereich der Wirtschaftsverfassung*“ abgeleitet werden kann, welches staatliche Intervention als rechtfertigungsbedürftige Ausnahme erscheinen lässt.<sup>299</sup>

Festhalten lässt sich damit zunächst, dass dem Grundgesetz – in Übereinstimmung mit dem supranationalen Recht – ein eindeutiger „*Wertentscheid für ein auf der Freiheit der einzelnen Marktteilnehmer aufbauendes Wirtschaftssystem*“ zugrunde liegt<sup>300</sup>. Bezieht man zudem den durch die vorgenannten Grundrechte und Staatsprinzipien und ihr Zusammenspiel aufgespannten Sinn- und Ordnungszusammenhang ein, so ist darüber hinaus auch eine „*Systementscheidung für eine soziale Marktwirtschaft auf der Grundlage der Vertrags- und Wettbewerbsfreiheit*“ zu erblicken.<sup>301</sup>

Damit stellt sich jedoch die Frage, ob die „Soziale Marktwirtschaft“ nicht als taugliches Wettbewerbsleitbild zur Bestimmung des „unverfälschten Wettbewerbs“ aufgefasst werden kann. Trotz der herausgearbeiteten Präferenz für eine freiheitliche, wettbewerbsgesteuerte Marktwirtschaft, griffe eine entsprechend Gleichsetzung jedoch zu kurz. Die soziale Marktwirtschaft erweist sich bei näherer Betrachtung als begriffsoffener und mannigfaltiger, beinahe „schillernder“ Begriff. Zwar weist der Begriff entstehungsgeschichtlich eine ideologische Nähe zur sog. „*Freiburger Schule*“ des Ordoliberalismus auf (*W. Eucken, Franz Böhm, A. Müller-Armack u.a.*), der ebenfalls einen Weg zwischen Laissez-faire-Wirtschaft und Zentralverwaltungswirtschaft aufzeigen wollte,<sup>302</sup> jedoch haben dessen ökonomische Voraussetzungen – allen voran eine auf dem abzulehnenden Modell vollkommener Konkurrenz beruhende Preistheorie<sup>303</sup> – gerade keinen Niederschlag im Grundgesetz gefunden. Eine entsprechende wettbewerbspolitische Ausrichtung ist demnach zwar möglich, aber nicht zwingend vorgezeichnet. Die

---

<sup>297</sup> *Leistner*, in: Gloy/Loschelder/Erdmann, § 5 Rn. 6.

<sup>298</sup> GK-UWG/*Schünemann*, Einl A Rn. 156; *Stober*, in: ders. (Hrsg.), Deutsches und Internationales Wirtschaftsrecht (1. Aufl.), S. 375; *Lux*, S. 9; ähnlich *Leistner*, in: Gloy/Loschelder/Erdmann, § 5 Rn. 5.

<sup>299</sup> *Leistner*, in: Gloy/Loschelder/Erdmann, § 5 Rn. 7; GK-UWG/*Schünemann*, Einl A Rn. 164 ff.; vgl. auch BVerfGE 18, 315 (327), wonach die wirtschaftliche Betätigungsfreiheit aus überwiegenden Gründen des Gemeinwohls eingeschränkt werden kann. Dies impliziert den Vorrang freier wirtschaftlicher Betätigung in Abwesenheit solcher schwerwiegenden Gründe.

<sup>300</sup> *Lux*, S. 9; ähnlich GK-UWG/*Schünemann*, Einl A Rn. 165.

<sup>301</sup> *Leistner*, in: Gloy/Loschelder/Erdmann, § 5 Rn. 7; ähnlich GK-UWG/*Schünemann*, Einl A Rn. 170; offengelassen bei *Lux*, S. 9; a.A. das BVerfG, welches einen institutionellen Zusammenhang im Sinne eines Schutz- und Ordnungszusammenhangs der Grundrechte im Bereich der Wirtschaftsverfassung ablehnt, z.B. BVerfGE 50, 290 (336 ff.) – *Mitbestimmung*. Dazu mit systematischen Erwägungen zu Recht kritisch *Leistner*, in: Gloy/Loschelder/Erdmann § 5 Rn. 7; GK-UWG/*Schünemann*, Einl. A Rn. 161 f.

<sup>302</sup> *Krafft/Mittelstädt/Wiepcke*, S. 291; s.a. *Nipperdey*, Soziale Marktwirtschaft und Grundgesetz, S. 19.

<sup>303</sup> Dazu noch näher unten S. 48 ff.

soziale Marktwirtschaft erweist sich somit vielmehr als Chiffre für den kontinuierlichen Prozess des Ausgleichs von marktwirtschaftlicher Freiheit und sozialstaatlichen Bindungen.<sup>304</sup> Als wettbewerbsspolitische Aufgabe bedarf sie ihrerseits der fortlaufenden Ausgestaltung und Weiterentwicklung und erweist sich damit ebenfalls als Gratwanderung. Die so umrissene Daueraufgabe der „sozialen Marktwirtschaft“ kann deshalb aus sich heraus aber kein Leitbild für den unverfälschten Wettbewerb liefern, sondern betont nur dessen Einbindung in den Sinn- und Ordnungszusammenhang der Verfassung. Die Frage nach der Ausgestaltung des „unverfälschten Wettbewerbs“ innerhalb dieser Parameter wird damit jedoch nicht eindeutig festgelegt.

Ähnlich dem supranationalen Recht schält sich in der Wirtschaftsordnung des Grundgesetzes die Gestaltung des Wettbewerbs durch die Freiheitsausübung der Marktteilnehmer heraus. Dadurch offenbart sich zugleich ein Bekenntnis zum Wettbewerb als Ordnungsprinzip des Marktes, welcher in Form der „sozialen Marktwirtschaft“ in den Sinnzusammenhang der Verfassung eingebunden ist. Ein darüber hinaus gehendes Wettbewerbsleitbild kann jedoch auch dem Grundgesetz nicht entnommen werden.

#### dd) Wettbewerbstheoretische Fundierung des Lauterkeitsrechts?

Die vorstehenden Ausführungen haben die Bedeutung und den rechtlichen Rahmen des Sozialprozesses Wettbewerb im gegenüber dem UWG höherrangigen Recht abgesteckt. Für die zur Beantwortung stehende Frage nach dem „unverfälschten Wettbewerb“ ist ein durchgängiges Bekenntnis zum Markt als Ordnungsprinzip der Wirtschaft sowie einhergehend eine institutionelle Absicherung des Wettbewerbs erkennbar geworden. Die Untersuchung des höherrangigen Rechts hat ergeben, dass die Freiheit der Marktteilnehmer hierfür als wesentliche Funktionsbedingung angesehen wird.

Die eingangs gestellte Frage nach dem „unverfälschten Wettbewerb“ ist also dahingehend zu präzisieren, ob der Schutzzweck des „unverfälschten Wettbewerb“ neben dieser Freiheitsgewährleistung auch weitere Funktionsbedingungen umfasst. Diese Frage kann nicht aus dem höherrangigen Recht beantwortet werden. Wie gezeigt, folgen weder das supranationale Recht noch das Grundgesetz einem fest gefügten Wettbewerbsleitbild. Auch das UWG enthält sich einer Aussage.

Andererseits benötigt aber der Rechtsanwender einen übergeordneter gedanklichen Bezugspunkt zur Aufschlüsselung des Begriffsinhaltes des „unverfälschten Wettbewerbs“ sowie zu dessen Einbindung in die Teleologie des rechtlichen Gesamtsystems.<sup>305</sup> Dies zwingt dazu, sich zu einem wettbewerblichen Konzept zu bekennen, anhand dessen die Funktionsbedingungen des Wettbewerbs identifiziert werden können, und dieses Verständnis offenzulegen.<sup>306</sup> Dabei handelt sich nicht um die unzulässige Durchsetzung wirtschafts- und strukturpolitischer Empfehlungen, sondern um genuin juristische Hermeneutik.

---

<sup>304</sup> *Krafft/Mittelstädt/Wiepcke*, S. 291; *GK-UWG/Schünemann*, Einl. A Rn. 171; vgl. schon *Nipperdey*, *Soziale Marktwirtschaft und Grundgesetz*, S. 9 ff., 19 f., für den der Begriff der „sozialen Marktwirtschaft“ eben jenen verfassungsmäßig vorgegebenen Spielraum zwischen den vorbenannten wirtschaftlichen Extremen kennzeichnete.

<sup>305</sup> *GK-UWG/Schünemann*, Einl. A Rn. 21.

<sup>306</sup> *Harte/Henning/Podszun*, § 1 Rn. 63.

Anknüpfungspunkt kann dabei wiederum nur der in der Realität vorgefundene Sozialprozess sein. Die vom Lauterkeitsrecht aufgestellten Handlungsge- und verbote müssen in der Realität des Wettbewerbsprozesses wurzeln.<sup>307</sup> Angesprochen ist damit der wirtschaftliche Wettbewerb als Erkenntnisobjekt der Wirtschaftswissenschaften. Die dort entwickelten Wettbewerbstheorien enthalten Erklärungsmuster wettbewerblicher Prozesse im Sinne von Ursache-Wirkungsbeziehungen.<sup>308</sup> Es kann nicht in Abrede gestellt werden, dass Wettbewerbstheorien regelmäßig zugleich wettbewerbspolitische Aussagen treffen und Empfehlungen abgeben, jedoch treten sie zumeist auch mit dem Anspruch auf, die (künftige) Realität des Wettbewerbs beschreiben zu können.<sup>309</sup> Damit kommen sie auch dem rechtlichen Bedürfnis nach konsistenten Begrifflichkeiten und einem theoretischen Instrumentarium zur Beurteilung von Marktprozessen entgegen.<sup>310</sup> Die Erfassung des Wettbewerbs als Realprozess und die Überführung dieser Erkenntnis in wirklichkeitsnahe normative Sollensaussagen sind demnach ohne die Berücksichtigung wirtschaftswissenschaftlicher Erkenntnisse schwerlich möglich.

Zur teleologische Auslegung des Schutzzwecks des UWG, insbesondere des „unverfälschten Wettbewerbs“ ist daher auch das ökonomische Verständnis einzubeziehen.

(1) Zulässigkeit der Einbeziehung von wettbewerbstheoretischen Modellen oder wettbewerbspolitische Neutralität des UWG?

Teilweise wird ein entsprechender Rückgriff auf wettbewerbstheoretische Konzepte in der Rechtswissenschaft jedoch abgelehnt. Der Normtext des UWG sei diesbezüglich neutral, eine tatbestandliche Anknüpfung an etwaige Wettbewerbskonzeptionen – beispielsweise durch Inbezugnahme von Marktstrukturen – finde gerade nicht statt.<sup>311</sup> Zwar stelle sich die Frage nach der Wettbewerbskonzeption im ebenfalls auf den Schutz des Wettbewerbs ausgerichteten Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB), jedoch sei die Perspektive des GWB eine andere. Statt auf einen komplexen, wettbewerblichen Gesamtzusammenhang richte sich der Blickwinkel des UWG nur auf einzelnes, isoliertes Verhalten im Wettbewerb, wobei die vom UWG aufgestellten Verhaltensregeln indifferent seien. Der Richter sei nicht zu wirtschaftspolitischer Betätigung berufen, das UWG sei „wirtschaftspolitisch neutral“.<sup>312</sup>

Dieser Betrachtung ist jedoch entgegen zu treten. Zunächst ist der Begriff der wirtschaftspolitischen Neutralität zu weit und damit unzutreffend.<sup>313</sup> Zwar betreibt das UWG keine Wirtschaftspolitik im Sinne einer Strukturpolitik (z.B. zum Schutz des Mittelstandes) und es obliegt nicht dem Richter, nach eigenem Gusto solche Ziele zu verwirklichen, jedoch verfolgt das UWG eine klare ordnungspolitische Zielrichtung.<sup>314</sup> Wie vorstehend herausgearbeitet, zielt es auf die Erhaltung und Förderung des Wett-

---

<sup>307</sup> *Schünemann*, in: Krejci/Keßler/Augenhofer, S. 41 (50 f.).

<sup>308</sup> Vgl. *Cox/Hübener*, in: Cox/Jens/Markert, Handbuch des Wettbewerbs, S. 9.

<sup>309</sup> Vgl. GK-UWG/*Schünemann*, Einl. A Rn. 38.

<sup>310</sup> Vgl. *Lux*, S. 46 unter Verweis auf *Herdzina*, Möglichkeiten und Grenzen, S. 1

<sup>311</sup> *Burmann*, WRP 1967, 240 (240); referierend GK-UWG/*Schünemann*, Einl. A Rn. 26 ff.; s. schon GK-UWG/*ders.* (1. Aufl.), Einl. Rn. A 37 m.w.N.

<sup>312</sup> Vgl. BGH GRUR 1957, 365 (368) – *Suwa*; BGH GRUR 1965, 489 (491) – *Kleenex*; BGH GRUR 1969, 295 (298) – *Goldener Oktober*.

<sup>313</sup> *Lux*, S. 56 ff.

<sup>314</sup> GK-UWG/*Schünemann*, Einl. A Rn. 33; ebenso *Lux*, S. 56 ff.; ähnlich Götting/Nordemann/*Götting*, Einl. Rn. 42, 45; *Rittner/Kulka*, § 1 Rn. 60 f.

bewerbs und enthält damit in Übereinstimmung mit dem höherrangigen Recht ein eindeutiges Bekenntnis zum freiheitsorientierten Wettbewerb als Ordnungsprinzip. Diese klare wettbewerbspolitische Vorstellung kann nicht mit dem Hinweis auf normtextliche Abstinentz übergangen werden. Eine solche Leugnung ließe zudem die Einbindung des UWG in den Gesamtzusammenhang des Wettbewerbschutzes durch die Rechtsordnung außer Acht. Der geschützte und damit zugleich gewährleistete „Wettbewerb“ im Sinne des UWG kann nicht anders verstanden werden als jener im Sinne des GWB oder des höherrangigen Verfassungs- oder Europarechts. Anderenfalls wäre das Ergebnis eine teleologische Zersplitterung. Es bedarf daher gerade bei der Bestimmung des Wettbewerbs als Schlüsselbegriffs auch des UWG eines kohärenten „*übergeordneten gedanklichen Bezugspunktes*“ zu seiner Konkretisierung.<sup>315</sup> Hier vermögen jedoch die Wettbewerbstheorien als wichtige Erkenntnishilfen zu fungieren.<sup>316</sup>

Es gilt daher die bestehenden Wettbewerbstheorien auf ihre Vereinbarkeit mit den vorstehend erarbeiteten Parametern des rechtlichen Schutzes des Wettbewerbs als Realprozess zu untersuchen. Eine umfassende Darstellung sämtlicher von der Wirtschaftswissenschaft erarbeiteten Wettbewerbsmodelle kann und soll angesichts ihrer Vielfältigkeit und Vielzahl an dieser Stelle jedoch nicht geleistet werden.<sup>317</sup> Für die Vereinbarkeit mit den Wettbewerbsvorstellungen des Lauterkeitsrechts und das daraus zu gewinnende Verständnis des „unverfälschten Wettbewerbs“ kommt es ohnehin nicht auf modelltheoretische Feinheiten, sondern auf grundlegende Unterschiede an. Die Untersuchung soll daher entlang dieser grundlegenden Unterschiede geführt werden.

## (2) Statische vs. dynamische Wettbewerbsmodelle

Grob unterschieden werden können die verschiedenen Modelle zunächst danach, ob ihnen ein statisches oder dynamisches Wettbewerbsverständnis zugrunde liegt. Statische Konzeptionen betrachten Märkte im Endzustand und erheben den dort vorgefundenen Gleichgewichtszustand zum wettbewerbspolitischen Ideal. Ein statisches Wettbewerbsleitbild findet sich insbesondere dort, wo auf einen „vollkommen“ oder „vollständigen“ Wettbewerb als Ideal abgestellt und die wettbewerbspolitische Konsequenz gezogen wird, den real vorgefundenen Wettbewerb in diese Idealform zu überführen. Exemplarisch dafür ist das statische Modell der (neoklassischen) Preistheorie, welches auch die *Freiburger Schule* und die *Chicago School* maßgeblich beeinflusst hat.<sup>318</sup> Problematisch bei einer solchen Sichtweise ist, dass hierdurch irrealer Prämissen, welche die mathematische Handhabbarkeit der Modelle sicherstellen, zum wettbewerbslichen Ideal erhoben werden, an dem sich die Realität auszurichten hat. Diese Prämissen führen jedoch bereits theoretisch zu einem paradoxen Resultat. Der angestrebte Zustand überführt den Wettbewerb nämlich in totalen Stillstand. In einem Markt, der durch atomistische Marktstruktur, Homogenität der angebotenen Güter, umfassende Markttransparenz, völlige Faktormobilität und -flexibilität sowie eine unendliche Anpassungsgeschwindigkeit der Marktteil-

---

<sup>315</sup> GK-UWG/Schünemann, Einl. A Rn. 21.

<sup>316</sup> Lux, S. 54; GK-UWG/Schünemann, Einl. A Rn. 23, 36; ähnlich Möschel, Pressekonzentration, S. 36 ff.; Möschel, Wettbewerbsbeschränkungen, Rn. 61; a.A. Piper/Ohly/Sosnitza, Einf. A Rn. 18.

<sup>317</sup> dazu ausführlich die Übersichten bei Emmerich, Kartellrecht, § 1 Rn. 13 ff.; Leistner, in: Gloy/Loschelder/Erdmann, § 4 Rn. 2 ff.; GK-UWG/Schünemann, Einl. A Rn. 37 ff.

<sup>318</sup> Vgl. Leistner, in: Gloy/Loschelder/Erdmann, § 4 Rn. 4 mit Fn. 4, Rn. 5.



nehmer charakterisiert wird,<sup>319</sup> besteht für diese kein Anreiz, aber auch keine Möglichkeit mehr, an ihrer Situation etwas zu verändern.<sup>320</sup> Sind Markverhalten und Marktergebnis dergestalt determiniert, kann aber schwerlich von Wettbewerbsfreiheit gesprochen werden. Bereits daran wird die Unvereinbarkeit mit dem herausgearbeiteten Wettbewerbsverständnis des Lauterkeits- und höherrangigen Rechts offensichtlich. Konsequenterweise sind für das Wettbewerbsverständnis Modelle zu bevorzugen, welche den Wettbewerb als fortlaufenden Prozess ansehen.

### (3) Wohlfahrtsökonomische vs. systemtheoretische Ansätze

In der modernen Wettbewerbstheorie wird aufgrund der obigen Erkenntnis ein statisches Wettbewerbsverständnis durchweg abgelehnt und allgemein ein dynamisches Wettbewerbsverständnis zu Grunde gelegt. Ungeachtet bestehender Annäherungen und Überschneidungen können die darauf aufbauenden wettbewerbskonzeptionellen Hauptströmungen in wohlfahrts- und systemtheoretische Ansätze geteilt werden.<sup>321</sup>

Als Beispiel für den wohlfahrtsökonomischen Ansatz kann das Modell des funktionsfähigen Wettbewerbs nach *Kantzenbach* herangezogen werden, welches vereinzelt auch als Leitbild für das Lauterkeitsrecht vorgeschlagen wurde.<sup>322</sup> Der Wettbewerb wird dabei zur Erreichung gesamtwirtschaftlicher Ziele instrumentalisiert, er dient insbesondere dem Ziel der Wohlstandssteigerung. Fehlt es an der dazu erforderlichen optimalen Wettbewerbsintensität, darf und soll gestaltend auf den Wettbewerb eingewirkt werden.<sup>323</sup> Ansatzpunkt hierfür ist vorrangig die Ausgestaltung der Marktstruktur, der eine steuernde Wirkung auf Marktverhalten und Marktergebnis zugeschrieben wird. Konsequenterweise wird die gesellschaftliche Freiheitsfunktion des Wettbewerbs ignoriert, bzw. ihre Bedeutung für die Erreichung guter ökonomischer Ergebnisse bezweifelt.<sup>324</sup>

Der auf *Hopmann* und *v. Hayek* zurück gehende systemtheoretische Ansatz fasst den Wettbewerb demgegenüber als ein komplexes Phänomen auf, dessen individuelle Marktergebnisse nicht konkret ermittelt werden können.<sup>325</sup> Als wettbewerbspolitischer Zielkomplex tritt die Wettbewerbsfreiheit der Marktteilnehmer hervor. Die so erzielte Selbststeuerung garantiert zwar kein vordefiniertes Wohlfahrtsniveau, führt jedoch zu individuellen ökonomischen Vorteilen aller Beteiligten. Strukturpolitischen staatlichen Interventionen muss demgegenüber mangels Vorhersehbarkeit der Marktergebnisse eine Absage erteilt werden, diese würden eher zu einer Verschlechterung der Lage beitragen.

---

<sup>319</sup> So die Grundannahmen des Modells vollständiger Konkurrenz, vgl. *Cox/Hübener*, in: *Cox/Jens/Markert*, Handbuch des Wettbewerbs, S. 1 (12 f.); *Emmerich*, Kartellrecht § 1 Rn. 16; *Fikentscher*, Wirtschaftsrecht, Bd. II, S. 187; *Schmidt/Haucap*, S. 7 f.

<sup>320</sup> *Cox/Hübener*, in: *Cox/Jens/Markert*, Handbuch des Wettbewerbs, S. 1 (12); *Fikentscher*, Wirtschaftsrecht, Bd. II, S. 187 f.; *Lux*, S. 41; *Schlüter*, S. 106 f.; *Schmidt/Haucap*, S. 9 f.

<sup>321</sup> *Drews*, S. 86; *Herdzina*, S. 106 ff.; *Lux*, 42; *Schlüter*, S. 97 ff.; GK-UWG/*Schünemann*, Einl. A Rn. 64; *Wunderle*, S. 15 ff.

<sup>322</sup> So insbesondere von *Baudenbacher*, S. 150 f.; *ders.*, GRUR 1981, 19 (21f.). Ähnlich in neuerer Zeit *Micklitz/Keßler* WRP 2003, 919 (921 f.); *Micklitz/Keßler* GRUR Int 2002, 886 (889 f.), deren verbraucher-schützende Konzeption des Lauterkeitsrechts auf dem Konzept des funktionsfähigen Wettbewerbs aufbaut. Dazu ausführlich *Wunderle*, S. 263 ff.

<sup>323</sup> Vgl. *Schmidt/Haucap*, S. 16.

<sup>324</sup> *Fezer/Osterrieth*, § 4 - S1, Rn. 61.

<sup>325</sup> Vgl. *Leistner*, in: *Gloy/Loschelder/Erdmann*, § 4 Rn. 7 ff.

Wesentlicher Unterschied zwischen den Konzeptionen ist demnach die Frage, ob sich Wettbewerb zu Erreichung exogen vorgegebener Ziele instrumentalisieren lässt und damit ergebnisbezogen ausgestaltet werden darf oder ob der Wettbewerb ergebnisoffen zu sehen ist, so dass sich eine etwaige Intervention lediglich auf die Gewährleistung der notwendigen Voraussetzungen des Wettbewerbsprozesses und den Abbau von Wettbewerbshindernissen beschränken soll.<sup>326</sup> Daraus folgt mit Blick auf die Rechtsanwendung eine grundlegende Unterscheidung in der Frage, wie wünschenswerte von unerwünschten Wettbewerbshandlungen zu scheiden sind und folglich wann der Wettbewerb als beschränkt anzusehen und damit ein staatliches Eingreifen geboten ist.

#### (4) Stellungnahme

Dem systemtheoretischen Ansatz ist entschieden der Vorzug zu geben. Der wohlfahrtsökonomische Ansatz geht davon aus, die Zielerreichung des Wettbewerbs anhand der Zusammenhänge zwischen Marktstruktur, Marktverhalten und Marktergebnissen konkret bestimmen zu können. Dem Wettbewerb werden dadurch aus vorbestimmten Gesetzmäßigkeiten geformte Schablonen zu Grunde gelegt, was unter wettbewerbstheoretischen wie rechtlichen Aspekten bedenklich ist.

Zum einen konnten die behaupteten Gesetzmäßigkeiten und die daraus folgenden Korrelationen zwischen unternehmerischem Verhalten im Wettbewerb, Effizienz und „guten“, d.h. (verbraucher-) wohlfahrtsfördernden Ergebnissen bisher nicht nachgewiesen werden. Teilweise wird eine entsprechende Nachweisbarkeit generell bezweifelt. Ist der behauptete Zusammenhang aber bisher hypothetisch geblieben, so ist die Verbraucherwohlfahrt als Kriterium zur Beurteilung unternehmerischen Verhaltens im Einzelfall untauglich.<sup>327</sup> Die Uneinigkeit über die optimale Struktur eines idealen Marktes und die daraus folgende Vielfalt an Kriterienkatalogen unterstreicht noch diesen Eindruck fehlender Absicherung des behaupteten Paradigmas.<sup>328</sup>

Im Licht des herausgearbeiteten gesetzlichen Verständnisses vom Wettbewerb als dynamischem, freiheitsbasierten Prozess wirkt jedoch gravierender, dass ein wohlfahrtsökonomisches Wettbewerbsverständnis letztlich auf eine bloße Anmaßung von Wissen hinausläuft. Indem das Marktgeschehen auf einfache Gesetzmäßigkeiten reduziert wird, wird nämlich die grundsätzliche Vorhersehbarkeit der einzelnen Marktprozesse und der daraus resultierenden Marktergebnisse impliziert, welche als ex ante bekannt vorausgesetzt werden. Damit wird jedoch die Natur des Wettbewerbs als „indeterminiertes System“ verfehlt, denn wesentliche Grundvoraussetzung für das Zustandekommen von Wettbewerb ist gerade die vorherige Unkenntnis der Marktergebnisse.<sup>329</sup> Erst der kompetitive Prozess führt das zwischen den Marktteilnehmern verstreute Wissen verdichtend zusammen. Der evolutive Charakter des Wettbewerbs macht exakte Voraussagen über seinen Verlauf und sein Ergebnis damit unmöglich. Angesichts der Beständigkeit der Unbeständigkeit im Wettbewerb sind „inhaltliche Aus-

---

<sup>326</sup> Köhler/Bornkamm, Einl. Rn. 1.16; GK-UWG/Schünemann, Einl. A Rn. 105.

<sup>327</sup> Emmerich, Kartellrecht, § 1 Rn. 36 (S. 13), vgl. auch Drews, S. 87 ff.

<sup>328</sup> E.S.Mason veranlasste dies zu der Feststellung: „There are as many definitions of „effective“ or „workable“ competition as there are effective or working economists.“ [Mason, The New Competition, in: Mason (Hrsg.), Economic Concentration and the Monopoly Problem, S. 381; zitiert nach Herdzina, Möglichkeiten und Grenzen, S. 2 und Lux, S. 26]. Ähnlich Hoppmann, Wirtschaftsordnung und Wettbewerb, S. 325, welcher unter Verweis auf E. Böhler anmerkt, man stoße auf ein „ungeheures Schlachtfeld von Modellruinen, [...] auf denen in erhabener Einsamkeit je ein Nationalökonom sitzt.“

sagen [...] allenfalls in Form von Momentaufnahmen möglich.“<sup>330</sup> Damit besteht jedoch die Gefahr, dass der dynamische Charakter des Wettbewerbs wieder aus dem Blickfeld gerät.

Schließlich steht die Degradierung des Wettbewerbs zu einem Mittel zur Erreichung eines wohlfahrtsökonomischen Optimums konkret im Widerspruch zum Schutzzweck des UWG, da das UWG den Wettbewerb unabhängig von einer etwaigen Funktion selbst als Schutzziel ansieht. Indem er an vordefinierten Schablonen gemessen wird, wird jedoch die von § 1 UWG vorgegebene Erfassung des Wettbewerbs als vorgefundener, endogener Sozialprozess missachtet. Die Funktion des Wettbewerbs als permanentem Informations-, Such- und Lernprozess fußt gerade auf der Unplanbarkeit der Handlungen der Wirtschaftssubjekte, in welchen diese ihre Wettbewerbsfreiheit wahrnehmen.<sup>331</sup> Werden die Ergebnisse dieser Handlungen hingegen als prognostizierbar gesehen, so wirkt dies entlang der behaupteten Gesetzmäßigkeiten zurück auf den Inhalt der Wettbewerbsfreiheit des einzelnen Marktteilnehmers, welche dadurch bereits im Ansatz unzulässig beschränkt wird. Kurzum: Wer ihre Ergebnisse vorweg definiert, hebt die Freiheit auf.<sup>332</sup>

Der systemtheoretische Ansatz lehnt die in einer solchen Instrumentalisierung des Wettbewerbs zum Ausdruck kommende „Anmaßung“ von Wissen daher zu Recht ab und schützt den Wettbewerb allein über die Gewährleistung der individuellen Wettbewerbsfreiheit der Marktteilnehmer. Die darin zum Ausdruck kommende strukturpolitische Selbstbeschränkung erlaubt den Marktteilnehmern die Ausgestaltung ihres Freiheitsraumes nach eigenen Präferenzen und gibt damit dem Wettbewerb den nötigen Raum zur dynamischen und komplexen Entwicklung.

In der Betonung der Wettbewerbsfreiheit der einzelnen Marktteilnehmer entspricht eine systemtheoretische Betrachtung zugleich den herausgearbeiteten rechtlichen Vorgaben für einen lauterkeitsrechtlichen Schutz des Wettbewerbs, welche ebenfalls auf die individuelle wirtschaftliche Handlungs- und Entscheidungsfreiheit der Marktteilnehmer als Eckpfeiler einer freiheitlich und wettbewerblich verfassten Wirtschaftsordnung zentrieren. Eine Instrumentalisierung des Wettbewerbs zur Erreichung überpersönlicher Zwecke liefe diesen Gewährleistungen der Wirtschaftsverfassung zuwider.<sup>333</sup> Ein systemtheoretischer Ansatz auf der Basis freiheitlicher Betätigung weist umgekehrt die höchste Vereinbarkeit mit diesen Vorgaben auf.

## (5) Zusammenfassung

Nach dem Vorstehenden ist die systemtheoretische Erfassung des Wettbewerbs für die lauterkeitsrechtliche Bewertung vorzugswürdig.<sup>334</sup> Die Betrachtung als nicht reduzierbares und nicht vorher-

---

<sup>329</sup> Vgl. z.B. *Lux*, S. 42 f.

<sup>330</sup> *Lux*, S. 43.

<sup>331</sup> *Hoppmann*, Wirtschaftsordnung und Wettbewerb, S. 255 f.; *Möschel*, Pressekonzentration, S. 42; vgl. *Drews*, S. 88 f.

<sup>332</sup> Vgl. *Hoppmann*, Wirtschaftsordnung und Wettbewerb, S. 248 ff.; *Fezer/Osterrieth*, § 4 S-1, Rn. 64; *Harte/Henning/Schünemann* (2. Aufl.), § 1 Rn. 49.

<sup>333</sup> Vgl. *Lux*, S. 277 f.

<sup>334</sup> Dies entspricht der wohl herrschenden Meinung im Schrifttum, s. nur *Leistner*, in: *Gloy/Loschelder/Erdmann*, § 4 Rn. 18; *Fezer/Osterrieth*, § 4 S-1, Rn. 64; *Lux*, S. 44 f.; *Schlüter*, S. 176 ff.; *GK-UWG/Schünemann*, Einl. A Rn. 107; jeweils m.w.N.; ähnlich auch *Harte/Henning/Podszuns*, § 3 Rn. 110.

bestimmbares Realphänomen harmonisiert in besonderer Weise mit den Vorgaben des UWG zum Schutz des Wettbewerbs als Institution und weist zugleich die höchste innere Überzeugungskraft auf. Einerseits trägt sie dem dynamischen Charakter des Wettbewerbs Rechnung, ist andererseits aber nicht den dargelegten, gravierenden Einwänden des wohlfahrtsökonomischen Ansatzes ausgesetzt.

Eine Beschränkung des ergebnisoffenen „Entdeckungsverfahrens“ durch Zielfunktionen jenseits der Freiheitsgewährleistung steht dem herausgearbeiteten Verständnis entgegen und ist daher abzulehnen. Vielmehr kristallisiert sich aus der wettbewerbstheoretischen Betrachtung heraus, dass der unverfälschte Wettbewerb mit dem freien, unbeschränkten Wettbewerb gleichzusetzen ist.

Dieser Befund fügt sich harmonisch in die herausgearbeiteten Rahmenbedingungen des Lauterkeitsrechts ein. In den Mittelpunkt der Bestimmung des „unverfälschten Wettbewerbs“ ist damit allein die Wettbewerbsfreiheit der Marktteilnehmer zu stellen, welche um ihrer selbst willen geschützt wird.

#### ee) Schutz sonstiger Interessen der Allgemeinheit?

An dieser Stelle kurz zu beleuchten ist die Frage, ob das Interesse an einem unverfälschten Wettbewerb neben der vorstehend beschriebenen, institutionellen Schutzrichtung noch weitere Interessen der Allgemeinheit schützt, welche dementsprechend bei der Bestimmung der Unlauterkeit zu berücksichtigen wären. Es konnte bereits gezeigt werden, dass beliebige Allgemeininteressen nicht den Interessen der Marktteilnehmer unterlegt werden können.<sup>335</sup> Diese sind spezifisch wettbewerbsfunktional zu bestimmen. Zu klären bleibt aber, ob eine Einbeziehung im Rahmen des „unverfälschten Wettbewerbs“ möglich ist. Vor dem UWG 2004 hatte die Rechtsprechung unlauteres Verhalten bei „*Missachtung gewichtiger Interessen der Allgemeinheit*“ für möglich gehalten,<sup>336</sup> ohne jedoch den Kreis dieser Allgemeininteressen näher zu konkretisieren.<sup>337</sup> Dies barg die Gefahr, dass gruppenspezifische Schutzinteressen als Allgemeininteressen ausgegeben werden konnten, so dass der Schutz des Wettbewerbs zum Schutz der Wettbewerber vor unerwünschtem Wettbewerb mutierte.<sup>338</sup> Das UWG 2004 hat jedoch in dieser Hinsicht Klarheit geschaffen, § 1 S. 2 UWG schränkt die Berücksichtigung von Allgemeininteressen ein.<sup>339</sup>

Indem allein auf das Interesse an einem unverfälschten Wettbewerb abgestellt wird, werden sämtliche wettbewerbsfremden Allgemeininteressen als berücksichtigungsfähig ausgeschlossen und auch innerhalb aller denkbarer wettbewerbseigenen Allgemeininteressen nur dasjenige am Schutz des unverfälschten Wettbewerbs verfolgt.<sup>340</sup>

---

<sup>335</sup> S.o. S. 10 ff.

<sup>336</sup> BGH GRUR 1999, 1128 (1129) – *Hormonpräparate*; BGH GRUR 2000, 237 (238) – *Giftnotrufbox*; BGH GRUR 2000, 1076 (1078) – *Abgasemissionen*; BGH GRUR 2002, 360 (362) – *H.I.V. POSITIVE II*.

<sup>337</sup> So die Kritik der Literatur, vgl. *Burmann*, WRP 1967, 240 (247); *Drews*, S. 44; *Emmerich*, § 3 Rn. 9-10; *Köhler/Bornkamm*, § 1 Rn. 41; *Lux*, S. 264 f.

<sup>338</sup> *Emmerich*, § 3 Rn. 9-10; *Lux*, S. 265; *a.A. Schnieders*, S. 223 f; vgl. auch *GK-UWG/Schünemann* (1. Aufl.), Einl. Rn. C 19.

<sup>339</sup> S. BTDrucks. 15/1487, S. 16. li. Sp.; zweifelnd *Fezer/Fezer*, § 1 Rn. 74 ff.; *a.A. Kaplan*, S. 33 ff., 51 f.

<sup>340</sup> *Beater*, WRP 2012, 6 (7 f.); *Glöckner/Henning-Bodewig* WRP 2005, 1311 (1317); *Köhler/Bornkamm*, § 1 Rn. 41; *Harte/Henning/Podszun*, § 1 Rn. 61; *Rittner/Kulka*, § 1 Rn. 32; kritisch *Fezer/Fezer*, § 1 Rn 74 ff.; *a.A. Kaplan*, S. 33 ff., 51 f.

Bestätigt wird dieses Ergebnis, wenn man dem UWG – so wie hier als vorzugswürdig herausgearbeitet – eine wettbewerbsfunktionale, an der Wettbewerbsfreiheit der Marktteilnehmer ausgerichtete Betrachtung des Schutzzwecks angedeihen lässt. Die Ausrichtung an Zwecken, die außerhalb der freiheitsbasierten Wettbewerbsordnung stehen, würde zu einer Ergebnisorientierung führen, die mit der Offenheit des Wettbewerbs und seinem Charakter als Such- und Entdeckungsverfahren nicht zu vereinbaren wären.<sup>341</sup>

#### ff) Zusammenfassung

Im vorstehenden Abschnitt wurde der Versuch unternommen, die für das Verständnis des Schutzzwecks des UWG erforderliche praktische Annäherung an den unverfälschten Wettbewerb zu leisten. Ausgangspunkt ist die Inbezugnahme des Wettbewerbs als vorgefundenem Realprozess durch das Lauterkeitsrecht. Diesen Prozess will die Rechtsordnung stabilisieren und erhalten. Aus der Betrachtung des überwölbenden rechtlichen Rahmens, insbesondere der nationalen und supranationalen Wirtschaftsverfassung, auf die der Begriff des unverfälschten Wettbewerbs verweist, konnten wesentliche Aspekte des rechtlichen Schutzes desselben destilliert werden.

Das normative Referenzsystem bekennt sich zum Wettbewerb als wirtschaftlichem Ordnungsprinzip und umfasst damit einen Schutz des Wettbewerbs als Institution im Interesse der Marktteilnehmer und der Allgemeinheit. Zugleich sieht es den Wettbewerb maßgeblich geprägt durch die Wettbewerbsfreiheit der Marktteilnehmer und ihre Inanspruchnahme. Wesentliche Funktionsvoraussetzung ist dabei die Entscheidungs- und Handlungsfreiheit der Marktteilnehmer als Grundvoraussetzung des Wettbewerbs. Ihre Gewährleistung kann sowohl dem supranationalen Recht, also auch dem Verfassungsrecht entnommen werden.

Schließlich konnten ökonomische Wettbewerbskonzepte nutzbar gemacht werden, um das fundamentierende Referenzsystem des freien Wettbewerbs zu erhellen. Als vorzugswürdig hat sich demnach ein systemtheoretisches, freiheitsbezogenes Verständnis erwiesen, welches in besonderer Weise mit dem rechtlichen Rahmen für den Schutz des unverfälschten Wettbewerbs harmonisiert. Der Wettbewerb ist demnach als offener, evolutiver Prozess anzuerkennen.<sup>342</sup> Der Versuch, mit dem Wettbewerb vorweg definierte Ziele zu erreichen, erweist sich als der Komplexität des Wettbewerbsprozesses nicht gerecht werdende und ihn deshalb beschränkende Anmaßung von Wissen. Ein darauf aufbauendes Konzept ist folglich abzulehnen. Ebenso abzulehnen ist die Einbeziehung von über den wettbewerblichen Institutionenschutz hinausgehenden Allgemeininteressen.

Der Wettbewerb als Institution ist damit nichts anderes als die Summe der wettbewerblichen Handlungsfreiheiten der Marktbeteiligten.<sup>343</sup> Der Schutz des unverfälschten Wettbewerbs beschränkt sich folglich allein auf den Schutz der Wettbewerbsfreiheit der Marktteilnehmer.<sup>344</sup> Institutionelle und individuelle Betrachtung des Wettbewerbs werden dadurch in einem gemeinsamen Fluchtpunkt dialektisch aufgehoben. Der vom UWG geforderte Schutz des Wettbewerbs als vorgefundener Realprozess ist

---

<sup>341</sup> Pichler, S. 149.

<sup>342</sup> Leistner, in: Gloy/Loschelder/Erdmann, § 4 Rn. 18.

<sup>343</sup> Loewenheim/Meesen/Riesenkampf/J.B. Nordemann, *GWB* § 1 Rn. 7; s.a. Emmerich, *Kartellrecht*, § 1 Rn. 2 ff.; Loewenheim/Meesen/Riesenkampf/J.B. Nordemann, *GWB* § 1 Rn. 79;

demnach allein durch die Gewährleistung wettbewerblicher Handlungs- und Entscheidungsfreiheiten der Marktteilnehmer zu bewirken. Mit *Köhler* kann also festgehalten werden:

*„Der Schutz des unverfälschten Wettbewerbs ist iErg [!] nichts anderes als der Schutz des freien Wettbewerbs.“*<sup>345</sup>

#### 4. Verhältnis des Interessenschutzes unter- und zueinander

Vorstehend konnte gezeigt werden, dass nach vorzugswürdigem Verständnis sowohl der Interessenschutz der Marktteilnehmer als auch der im Allgemeininteresse an einem unverfälschten Wettbewerb zum Ausdruck kommende Institutionenschutz auf einen freien Wettbewerb gerichtet sind. Damit ist zwar ein gemeinsamer Bezugspunkt von Individualinteressen- und Institutionenschutz festgestellt, jedoch muss das Verhältnis dieser beiden Schutzrichtungen unter- und zueinander noch ausgelotet werden.

##### a) *Gleichrangige und einheitliche Betrachtung der Individualinteressen?*

Der Blick soll zunächst auf die Individualinteressen gerichtet werden. Das bisherige Verständnis des Individualinteressenschutzes des UWG ist nämlich durch die Auswirkungen der UGP-Richtlinie in Zweifel gezogen worden.

##### aa) Integriertes Modell des UWG

In der Schutzzweckklausel des § 1 UWG stehen die Interessen der Mitbewerber und der Verbraucher gleichrangig nebeneinander. Das geschützte Interesse der Allgemeinheit ist zwar in Satz 2 verortet, jedoch durch Verwendung des Wortes „zugleich“ den anderen Interessen gleichgestellt. Das UWG geht damit ausweislich der Gesetzesbegründung zum UWG 2004 aus von einem „*integrierten Modell eines gleichberechtigten Schutzes der Mitbewerber, der Verbraucher und der Allgemeinheit*“.<sup>346</sup> Diese Gleichrangigkeit der geschützten Interessen entspricht dem traditionellen Verständnis der „Schutzzwecktrias“, welche sich zu § 1 UWG 1909 herausgebildet hatte.<sup>347</sup>

Dieses sog. Integrationsmodell trägt den ökonomischen Verbindungen zwischen den Marktteilnehmern Rechnung. Die Marktteilnehmer – Anbieter, Konkurrent, Nachfrager – stehen über den Markt in wettbewerblichen Tausch- und Kommunikationsbeziehungen zueinander und lassen sich bildhaft als „*Elemente eines schwebenden Mobiles*“ begreifen.<sup>348</sup> Die Beeinträchtigung wettbewerbsbezogener Interessen eines Marktakteurs durch die unlautere Wettbewerbshandlung eines anderen beeinflusst die Position des dritten Akteurs bzw. beeinträchtigt auch seine wettbewerbsbezogenen Interessen.<sup>349</sup> So sind beispielsweise bei einer unlauteren Herabsetzung des Unternehmers durch einen Mitbewerber nicht nur dessen wettbewerbliche Interessen, sondern auch mittelbar die der Ab-

---

<sup>344</sup> Vgl. *Schwipps*, S. 142.

<sup>345</sup> *Köhler/Bornkamm*, § 1 Rn. 43.

<sup>346</sup> BTDrucks. 15/1487 S. 16 li. Sp.

<sup>347</sup> *Ohly*, GRUR 2004, 889 (894).

<sup>348</sup> *Drews*, S. 18; ähnlich *Scherer*, WRP 2006, 401 (404).

nehmer berührt.<sup>350</sup> Umgekehrt trifft eine Irreführung der Abnehmer mittelbar zugleich die Konkurrenten.<sup>351</sup> Eine Aufspaltung des Schutzes der erfassten Marktteilnehmer erscheint damit unsinnig.

#### bb) Getrennte Lauterkeitsordnungen aufgrund der UGP-RL?

Mit der Umsetzung der Richtlinie 2005/29/EG (UGP-RL) in das Lauterkeitsrecht ist jedoch das bisherige Integrationsmodell teilweise in Zweifel gezogen worden. Insbesondere die einseitige Ausrichtung der Richtlinie auf das geschäftliche Verhalten von Unternehmern gegenüber Verbrauchern (sog. b2c-Geschäft) hat entsprechenden Überlegungen Auftrieb gegeben.

Namentlich *Fezer* sieht einen „*Vorrang der Verbraucherinteressen im harmonisierten Lauterkeitsrecht*“ als Auslegungsdirektive für das Lauterkeitsrecht, soweit es das Verhältnis von Unternehmern gegenüber Verbrauchern – also das sog. b2c-Geschäft – betrifft.<sup>352</sup> Dieser Vorrang ergebe sich zwingend aus einer richtlinienkonformen Auslegung im Lichte der eindeutigen Schutzzweckbestimmung der UGP-Richtlinie.<sup>353</sup> Indem die UGP-Richtlinie nicht mehr auf eine Schutzzwecktrias abstelle wie z.B. Art. 1 der RL 84/450/EWG über irreführende Werbung, werde der gleichberechtigte Schutz von Interessen der Verbraucher, der Gewerbetreibenden und der Allgemeinheit im Lauterkeitsrecht „*ad acta gelegt*“.<sup>354</sup> Mit der Verengung des Schutzzwecks auf die Interessen der Verbraucher trete an die Stelle eines Integrationsmodells ein von der UGP-Richtlinie angestrebter „*originärer Verbraucherschutz durch Lauterkeitsrecht*“.<sup>355</sup> Das lauterkeitsrechtliche Instrumentarium werde unmittelbar darauf ausgerichtet, die Voraussetzungen zu schaffen, unter denen der informierte Verbraucher seine Funktion als souveräner Kontrolleur der unternehmerischen Marktgegenseite erfüllen könne. Hierzu zähle informationelle Markttransparenz, aber auch der Schutz allgemeiner Gemeinschaftsgüter und spezifischer Grundwerte der Person.<sup>356</sup> Diese veränderte Schutzkonzeption erzwingt aufgrund der Vollharmonisierung im Anwendungsbereich der Richtlinie eine veränderte rechtliche Bewertung von b2c-Geschäften. Gründe des Mitbewerberschutzes dürften dort keine unmittelbare Rolle mehr spielen, entsprechend Erwägungsgrund 8 der UGP-Richtlinie gelte ein „*Primat der Verbraucherinteressen vor den Mitbewerberinteressen*“.<sup>357</sup> Lediglich außerhalb des vollharmonisierten Rechtsbereichs wären Mitbewerberinteressen relevant. An die Stelle des bisherigen Integrationsmodells der Schutzzwecktrias im UWG trete somit eine rechtsinhaltliche Trennung von verbraucherbezogenen und mitbewerberbezogenen Lauterkeitsordnungen, welche lediglich im Sinne einer formalen Gesetzeseinheit rechtstechnisch zusammengefasst seien.<sup>358</sup>

---

<sup>349</sup> *Drews*, S. 18; ähnlich *Götting/Nordemann/Götting*, § 1 Rn. 29.

<sup>350</sup> Zur Wettbewerbsfunktionalität der Herabsetzung s.o. S. 20 ff.

<sup>351</sup> *Lettl*, § 1 Rn. 44; vgl. auch *Drexler*, S. 552 f.

<sup>352</sup> *Fezer/Fezer*, § 1 UWG, Rn. 23 ff.

<sup>353</sup> *Fezer/Fezer*, § 1 UWG, Rn. 26.

<sup>354</sup> *Fezer/Fezer*, § 1 UWG, Rn. 13.

<sup>355</sup> *Fezer/Fezer*, § 1 UWG, Rn. 13; *ders.*, WRP 2010, 677 (680); *ders.*, WRP 2006, 781 (784); *ders.*, WRP 2007, 1021 (1022); zu den theoretischen Grundlagen dieser Lauterkeitskonzeption ausführlich *Wunderle*, S. 298 ff.

<sup>356</sup> *Fezer*, WRP 2006, 781 (785); s.a. *ders.*, WRP 2007 1021 (1023, 1027 f.).

<sup>357</sup> *Fezer*, WRP 2010, 677 (680); ähnlich *Fezer/ders.*, § 1 Rn. 26.

<sup>358</sup> *Fezer/Fezer*, § 1 UWG, Rn. 21, 23ff., 27ff.; gleichsinnig *Lettl*, WRP 2004, 1079 (1089).

## cc) Stellungnahme

Am Modell der integrierten Schutzzwecke kann gleichwohl festgehalten werden. Unbestritten wollte der Gesetzgeber bei der Reform des UWG die Rolle des Verbrauchers als Marktteilnehmers betonen und aufwerten.<sup>359</sup> Jedoch zwingt *Fezers* Argumentation nicht zur Aufgabe des bestehenden Integrationsmodells. Sie basiert auf der Annahme einer primärrechtlich verankerten Schutzzweckparität von Verbraucherschutz und Wettbewerbsschutz, welcher sich in der UGP-Richtlinie niederschlägt und dadurch auf den Schutzzweck des UWG einwirkt.<sup>360</sup> Diese Prämisse ist jedoch fraglich. Zwar verpflichtet das Primärrecht die Mitgliedstaaten auf ein hohes Verbraucherschutzniveau, dieses ist jedoch zugleich in die Binnenmarktkonzeption eingebunden.<sup>361</sup> In dieser Konzeption kommt dem Wettbewerbsprinzip weiterhin die zentrale und vorrangige Stellung zu.<sup>362</sup> Dem widerspricht auch nicht die Schutzzweckkonzeption der UGP-Richtlinie, aus welcher *Fezer* den Verbraucherschutz als originäre Aufgabe des Lauterkeitsrechts ableitet. Zwar beschränkt sich der Schutzzweck der Richtlinie anknüpfend an Art. 169 AEUV (= Art. 153 EG) auf die wirtschaftlichen Interessen der Verbraucher, die Richtlinie bettet diese Zielsetzung jedoch zugleich in den Kontext der Binnenmarktkonzeption ein, indem sie neben einem „hohen Verbraucherschutzniveau“ auf das „reibungslose Funktionieren des Binnenmarktes“ abzielt.<sup>363</sup> Verstärkt wird dieser Kontext durch die Bezugnahme auf die Binnenmarktkompetenz des Art. 95 EG (jetzt Art. 114 AEUV) als Grundlage für den Erlass der Richtlinie. Zugleich stellt die Richtlinie ausweislich ihres Erwägungsgrundes 18 auf den von der EuGH-Rechtsprechung entwickelten normativen Durchschnittsverbraucher als Leitbild des lauterkeitsrechtlichen Schutzes ab.<sup>364</sup> Da dieser seinerseits nicht vorrangig empirisch bestimmt wird, sondern einer normativ typisierenden Abwägung zwischen den Interessen der Verbraucher und der Unternehmer entspringt,<sup>365</sup> blendet die Richtlinie trotz des begrenzten Anwendungsbereichs die Interessen der Mitbewerber also nicht aus.<sup>366</sup> Es wird offensichtlich, dass auch die UGP-Richtlinie letztlich den Schutz der Verbraucherinteressen durch einen Schutz des Wettbewerbs und damit weitergehend den Wettbewerbsschutz im Binnenmarkt bezweckt.<sup>367</sup> Soweit der Anwendungsbereich der Richtlinie auf b2c-Geschäfte begrenzt wird, ist dies also nicht Ausdruck einer konzeptionellen Neuausrichtung des europäischen Lauterkeitsrechts, sondern schlicht der politischen Konsensfähigkeit sowie der kommissionsinternen Kompetenz-

---

<sup>359</sup> BTDrucks. 15/1487, S. 12 re. Sp.; 13 re. Sp. So scheint bereits der Gesetzestext mit der Verdopplung "Verbraucherinnen und Verbraucher" dieser Gruppe im Vergleich zu den nur in der männlichen Form verwendeten "Mitbewerbern" und "sonstigen Marktteilnehmern" eine höhere Bedeutung beizumessen. Unter Berücksichtigung der Gesetzesmaterialien handelt es sich dabei jedoch weniger um eine Wertung der geschützten Rechtskreise als vielmehr um ein sicherlich richtiges, jedoch missglücktes Bekenntnis zur Gleichberechtigung der Geschlechter. In der Kommentarliteratur sorgt dieses gesetzgeberische Bemühen um politische Korrektheit gleichwohl für eine gewisse Kontroverse, vgl. einerseits *Götting/Nordemann/Götting*, § 1 Rn. 8 mit Fn. 13; *Harte/Henning/Schünemann* (2. Aufl.), § 1 Rn. 10 mit Fn. 21; andererseits *Fezer/Fezer*, § 1 Rn. 14 mit Fn. 16.

<sup>360</sup> Vgl. *Fezer*, WRP 2003, 127 (128); s.a. *Fezer/ders.*, Einl. E Rn. 87 f.

<sup>361</sup> Vgl. *Pichler*, S. 158; *Harte/Henning/Podszun*, § 1 Rn. 29.

<sup>362</sup> Ausführlich *Wunderle* S. 139 ff.; ähnlich *Glöckner*, S. 509 ff.; *ders./Henning-Bodewig*, WRP 2005, 1311 (1313 f.); *a.A. Peukert*, ZHR 173 (2009), 536 (554 ff.).

<sup>363</sup> S. Art. 1 sowie Erw. 1, 2 und 13 der UGP-RL.

<sup>364</sup> S. Erwägungsgrund 18 der RL.

<sup>365</sup> *Scherer*, WRP 2013, 977 (979 Rn. 29); ähnlich *Lettl*, § 1 Rn. 84. Zum Verbraucherleitbild s. nur EuGH Slg. 1998, I-4657 = GRUR Int 1998, 795 (797 Tz. 37) – *Gut Springenheide*.

<sup>366</sup> *Glöckner/Henning-Bodewig*, WRP 2005, 1311 (1314); s.a. Erw. 8 der UGP-RL, welcher die Verknüpfung von Verbraucher- und Unternehmer-Interessen ebenfalls anerkennt. Aufhänger für eine derartige Berücksichtigung kann z.B. die von Art. 5 geforderte „berufliche Sorgfalt“ sein. Zu deren Konkretisierung näher unten S. 132.

<sup>367</sup> *Harte/Henning/Glöckner*, Einl. B Rn. 271; *ders./Henning-Bodewig* WRP 2005, 1311 (1314); *Pichler*, S. 157 ff.



verteilung geschuldet.<sup>368</sup> Eine Beschränkung des Schutzzwecks ausschließlich auf den Verbraucherschutz kann daraus jedoch nicht hergeleitet werden. Angewandt auf die Bedeutung der Verbraucherinteressen im UWG bedeutet dies zunächst, dass eine materiell-rechtliche Trennung von Verbraucher- und Wettbewerbsschutz europarechtlich nicht zwingend geboten ist.<sup>369</sup>

Im Übrigen verkennt ein auch nur partieller Vorrang des Verbraucherschutzes, dass der Wettbewerb als Ordnungsprinzip bereits inhärent verbraucherschützend wirkt, da er dem Verbraucher Wahl- und Handlungsmöglichkeiten eröffnet und zugleich dessen Interesse an niedrigen Preisen situativ so weit wie möglich entgegen kommt. Die wirtschaftliche Selbstbestimmung des Verbrauchers wird daher „primär und in der Regel am besten über die Koordinationsordnung des Marktes zur Geltung gebracht.“<sup>370</sup> Lauterkeitsrechtlicher Verbraucherschutz ist demnach „nicht bloß eine Neben- oder Reflexwirkung des Schutzes der Mitbewerber.“<sup>371</sup> Der Wettbewerb kann jedoch nur unter gleichrangiger Berücksichtigung der Interessen aller Beteiligten gesichert werden. Eine künstliche Aufspaltung dieses als einheitlich zu begreifenden Lebenssachverhalts vermag demgegenüber keine überzeugenden Ergebnisse zu liefern. Vielmehr besteht die Gefahr von Dysbalancen und damit (richterlichen) Entscheidungen, die einer freiheitsbasierten, wettbewerbsfunktionalen Schutzkonzeption zuwiderlaufen.

Ein Vorrang des Verbraucherschutzes als Schutzzweck ist daher abzulehnen. Das sinnvolle Modell des integrierten Schutzzwecks ist auch nach der Umsetzung der UGP-Richtlinie beizubehalten.

#### dd) Schlussfolgerung

Es kann also an der Gleichrangigkeit der geschützten Individualinteressen sowie der damit einhergehenden einheitlichen Betrachtung des Marktgeschehens festgehalten werden.

#### b) Die Reichweite des Interessenschutzes der Marktteilnehmer

Noch nicht bestimmt ist damit jedoch die Reichweite des Interessenschutzes der Marktteilnehmer. Dieser ist – wie gesehen – gerichtet auf die Erhaltung ihrer Wettbewerbsfreiheit. Dieser Begriff muss jedoch mit Leben gefüllt werden. Insbesondere dort, wo sich die Interessen der Marktteilnehmer gegenläufig bewegen, ist eine Bestimmung der Reichweite des Interessenschutzes unumgänglich.<sup>372</sup> Namentlich die Konkretisierung der Generalklausel des § 3 I UWG lässt sich regelmäßig nicht ohne Abwägung und Bewertung der geschützten Interessen vornehmen.<sup>373</sup> Dieser Prozess setzt aber denotwendig die Ermittlung der schutzwürdigen Interessen voraus und zwingt damit zu einer Bestimmung des Inhalts der Wettbewerbsfreiheit.<sup>374</sup>

---

<sup>368</sup> Dazu ausführlich *Dohrn*, Rn. 17 ff.; *Pichler*, 130 f., 158; *Wunderle*, S. 200f.

<sup>369</sup> Für die Beibehaltung der Schutzzwecktrias ebenfalls *Glöckner/Henning-Bodewig*, WRP 2005, 1311 (1324 f.); *Leistner*, S. 646 f.; *Lettl*, § 1 Rn. 44; *ders.*, WRP 2004, 1079 (1089); *Ohly*, GRUR 2004, 889 (891); *GK-UWG/Peukert*, § 1 Rn. 71 ff.; *Pichler*, S. 159; *Seichter* WRP 2005, 1087 (1089); *Harte/Henning/Schünemann*, § 1 Rn. 1 ff.

<sup>370</sup> *Drexler*, S. 565.

<sup>371</sup> *Lettl*, § 1 Rn. 48.

<sup>372</sup> Vgl. *Lubberger*, in: *Gloy/Loschelder/Erdmann*, § 44 Rn. 16: „Es ist typisch für die durch das UWG geschützten Interessen, dass sie ständig miteinander kollidieren.[...] [D]iese Interessen sind selten eindeutig und deckungsgleich, sie vielmehr regelmäßig vielschichtig und konträr [!]“.

<sup>373</sup> *Köhler/Bornkamm*, § 3 Rn. 102; *Harte/Henning/Schünemann* (2. Aufl.), § 3 Rn. 279 ff.

<sup>374</sup> *Harte/Henning/Schünemann* (2. Aufl.), § 1 Rn. 56; s.a. *Lux*, S. 287 ff.

## aa) Unschärfe der Wettbewerbsfreiheit

Die Konkretisierung der Wettbewerbsfreiheit erweist sich methodisch jedoch als schwierig. Dies liegt bereits in der begrifflichen Offenheit des systemtheoretisch verstandenen Wettbewerbsbegriffs begründet, der auf die „Freiheit zum Wettbewerb“ zurückwirkt. Entsprechend würde auch hier jede definitorische Umschreibung auf eine Einschränkung der Wettbewerbsfreiheit hinaus laufen. Der Begriff der Wettbewerbsfreiheit weist damit eine immanente Unschärfe auf.<sup>375</sup> Damit einher geht ein Operationalisierungsproblem des Konzepts der Wettbewerbsfreiheit.<sup>376</sup> Das konkrete Maß an wettbewerblicher Handlungsfreiheit, welches notwendig ist, um die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs zu gewährleisten, ist nicht ermittelbar. Eine eindeutige Grenze gegenüber unzulässiger Freiheitsbeschränkung kann nicht gezogen werden. Das Aufgreifkriterium der Wettbewerbsfreiheit ist daher in Bezug auf den jeweils zu entscheidenden Einzelfall auslegungsbedürftig. Es ist damit eher Wegweiser als Messlatte.<sup>377</sup>

Umgekehrt kann allerdings nicht jedes Interesse der Marktteilnehmer in die Abwägung einbezogen werden, ohne die Funktion des § 1 UWG als Auslegungsmaßstab zu entwerten.<sup>378</sup> Damit einher ginge die Gefahr, den Wettbewerbsprozess durch die Einbeziehung von wettbewerbsfremden Interessen entgegen dem Anliegen des UWG unnötig zu beschränken. Obwohl die von der Wettbewerbsfreiheit umfassten Interessen also nicht abstrakt bestimmt werden können, ist eine Annäherung gleichwohl geboten.

Das hierzu erforderliche Wertungskriterium wird greifbarer, wenn man sich die Bedeutung der individuellen Wettbewerbsfreiheit als „Freiheit aller Teilnehmer am Marktgeschehen“ vergegenwärtigt. Wie bereits oben ausgeführt ist der Schutz der Marktteilnehmer bezogen auf ihre Teilnahme am Wettbewerb. Bei der gebotenen funktionalen Betrachtung stellen sich aber nur jene Interessen als schutzwürdig heraus, welche im Schnittpunkt wettbewerbsproduktiver und freiheitsbezogener Interessen liegen.<sup>379</sup> Freilich ist mit dieser Beschreibung noch nicht viel gewonnen, denn *„das resultierende Spektrum derart doppeldefinierter [...] Interessen ist letztlich kaum auszuloten.“*<sup>380</sup>

## bb) Kernbereiche der Wettbewerbsfreiheit

Obwohl eine umfassende Beschreibung des derart eröffneten Freiheitsbereichs also nicht abstrakt möglich ist, lassen sich damit gleichwohl wesentliche Bereiche der geschützten Interessen der Marktteilnehmer ausmachen.

Für die Anbieter bedeutet dies zunächst Entfaltungsfreiheit im Hinblick auf alle wettbewerblich relevanten Entscheidungen. Die hieraus abgeleiteten einzelnen Handlungsfreiheiten umfassen sämtliche Handlungen im Bereich der Absatz- und Preisgestaltung, dazu zu rechnen sind aber auch Beschaf-

---

<sup>375</sup> So die Kritik von *Drews*, S. 91 ff.; vgl. auch *v. Lux*, S. 277; *Möschel*, Wettbewerbsbeschränkungen, Rn. 68; *Ungern-Sternberg* in: *Gloy/Loschelder/Erdmann*, § 23 Rn. 12.

<sup>376</sup> *Schlüter*, S. 150; vgl. *Möschel*, Wettbewerbsbeschränkungen, Rn. 68.; s.a. *Cox/Hübener*, in: *Cox/Jens/Markert*, S. 31 f.

<sup>377</sup> *Schlüter*, S. 151 f.

<sup>378</sup> Dazu bereits ausführlich oben S. 13 ff.

<sup>379</sup> *Lux*, S. 291 f.; *Scherer*, WRP 2006, 401 (403 f.); *Harte/Henning/Schünemann* (2. Aufl.), § 1 Rn. 62, § 3 Rn. 284 f.; zustimmend *Drews*, S. 36.

fung und Produktion sowie die Kommunikation am Markt einschließlich der Außendarstellung.<sup>381</sup> Auch die Freiheit des Marktzutritts sowie die autonome Bestimmung der Unternehmensstrategie einschließlich Unternehmensstruktur und Unternehmensgröße sind darunter zu fassen.<sup>382</sup> Erfasst ist, kurzum, die Nutzung der gesamten Bandbreite unternehmerischer Aktions-Parameter. Grundsätzlich nicht geschützt sind hingegen etwaige Bestandsschutzinteressen des Anbieters beispielsweise an Marktchancen oder einem Kundenstamm, da dies der Auslese- und Fortschrittsfunktion des Wettbewerbs widerspricht und vielmehr zu einer mit dem Wettbewerb als „Entdeckungsverfahren“ unvereinbaren Versteinerung von Marktstrukturen führen würde.<sup>383</sup> Der dem einzelnen Anbieter eröffnete Freiheitsbereich ist somit ersichtlich nur ein relativer. Er wird durch die wettbewerbskonform ausgeübte Freiheit der anderen Marktteilnehmer, insbesondere der Mitbewerber, begrenzt.<sup>384</sup>

Unter Berücksichtigung der Tatsache, dass Wettbewerb nicht nur aus den Parallelprozessen der Teilnehmer der selben Marktseite besteht, sondern seine volle Dimension und Wirksamkeit erst unter Hinzuziehung der Austauschprozesse mit der Marktgegenseite gewinnt, umfasst die Wettbewerbsfreiheit der Marktteilnehmer auch die ökonomische Entscheidungsfreiheit der Marktgegenseite. Für die Abnehmer, einschließlich der Verbraucher, bedeutet dies vor allem Schutz der Entscheidungsgrundlage und des Entscheidungsprozesses.<sup>385</sup> Insbesondere der Verbraucher soll seine Entscheidungen „auf wahrheitsgemäßer Grundlage und aufgrund eines freien Willensentschlusses“<sup>386</sup> treffen können, mithin Konsumentensouveränität verwirklichen.<sup>387</sup> Sonstige Interessen und Rechtsgüter des Verbrauchers sind jedoch prinzipiell von einem lauterkeitsrechtlichen Schutz auszuklammern.<sup>388</sup> Der von § 7 UWG gewährte Schutz des Eigentums und der Privatsphäre stellt demgegenüber eine eng zu handhabende Ausnahme dar, welche im Widerspruch zum in § 1 UWG verankerten Schutzzweck steht.<sup>389</sup>

An dieser Stelle sei aber nochmals betont, dass die vorstehende Aufzählung nicht als abschließend zu verstehen ist und die geschützten wettbewerblichen Interessen nur als Streiflicht beleuchtet und wesentliche Eckpfeiler herausgehoben werden können. Ob letzten Endes wettbewerbsfunktional und freiheitsbezogen geschützte Interessen der Marktteilnehmer durch geschäftliche Handlungen be-

---

<sup>380</sup> Harte/Henning/Schünemann (2. Aufl.), § 1 Rn. 62.

<sup>381</sup> Lux, S. 291; Schwipps, S. 86 f.; s.a. Köhler/Bornkamm, § 1 Rn. 10; Scherer, WRP 2006, 401 (404); Schünemann, WRP 2004, 925 (932) sowie BTDrucks. 15/1487 S. 13 re. Sp.

<sup>382</sup> Harte/Henning/Schünemann (2. Aufl.), § 1 Rn. 39.

<sup>383</sup> Vgl. BGH GRUR 2004, 602 (604) – 20 Minuten Köln; MüKoUWG/Sosnitza, § 1 Rn. 24; Schwipps, S. 88. Nicht verschwiegen werden soll jedoch, dass zumindest ein reflexhafter Schutz in Betracht kommt, sofern eine Beeinträchtigung Ergebnis eines nicht wettbewerbskonformen Verhaltens eines Mitbewerbers ist, z.B. im Rahmen einer gezielten Behinderung nach § 4 Nr. 10 UWG. Zudem besteht Schutzwürdigkeit, wo marktrelevante Interessen zu subjektiven Rechten verabsolutiert wurden, wie dies z.B. bei gewerblichen Schutzrechten der Fall ist, vgl. Schünemann, WRP 2004, 925 (932); wohl zu weitergehend aber Köhler/Bornkamm, § 1 Rn. 10 (Bestandsschutz des Unternehmens und seiner Bestandteile als Vermögensbestandteile).

<sup>384</sup> Vgl. Hoppmann, Wirtschaftsordnung und Wettbewerb, S. 241.

<sup>385</sup> Beater, Rn. 1174 ff., 1567 ff.; HK-WettbR/Klippel/Brämer, § 1 Rn. 13; Emmerich, § 12 Rn. 1 ff.; Götting/Nordemann/Götting, § 1 Rn. 10; Pichler, S. 137 ff.; Scherer, WRP 2006, 401 (404); Schünemann, WRP 2004, 925 (932 f.); Schwipps, S. 89 f.; s.a. BTDrucks. 15/1487, S. 13 re. Sp.

<sup>386</sup> Köhler/Bornkamm, § 1 Rn. 17 ff.; Lux, S. 292.

<sup>387</sup> Köhler/Bornkamm, § 1 Rn. 17; s.a. Drexler, S. 548 f.

<sup>388</sup> S. dazu oben S. 51; a.A. Fezer/Fezer, § 1 Rn. 74 ff.; von Ungern-Sternberg in: Gloy/Loschelder/Erdmann, § 23 Rn. 20 ff.

einträchtig werden, lässt sich jedoch nicht abstrakt, sondern nur im konkreten Einzelfall feststellen. Der vom Lauterkeitsrecht geschützte Freiheitsbereich ist nur ein relativer, der nicht ohne die Betrachtung der Freiheitsbereiche der übrigen Marktteilnehmer bestimmt werden kann.<sup>390</sup> Die Ermittlung der Reichweite des Interessenschutzes vermag die Schutzzweckklausel jedoch nicht abstrakt zu leisten. Vielmehr stellt sie nur einen Wegweiser dar.<sup>391</sup> Das der Wettbewerbsfreiheit der Marktteilnehmer innewohnende Spannungsverhältnis kann nur für den Einzelfall aufgelöst werden.<sup>392</sup> Dementsprechend kann der Ausgleich der Interessen im Kollisionsfall auch nur mit Blick auf den jeweiligen Einzelfall gelöst werden.

### c) *Das Verhältnis von Individual- und Institutionenschutz*

Zum Abschluss des Schutzzweckverständnisses ist das Verhältnis zwischen den verschiedenen Schutzzweck-Dimensionen des Lauterkeitsrechts in den Blick zu nehmen. Die semantische Trennung des Individualschutzes und des Schutzes der Allgemeininteressen in § 1 UWG legt einen divergierenden Begriffsinhalt nahe. Dieser Eindruck wird verstärkt, wenn man den Schutz des Allgemeininteresses als Schutz des Wettbewerbs als Institution identifiziert, der auf ein überindividuelles Interesse am Bestand des Sozialprozesses Wettbewerb verweist.<sup>393</sup> Hinzu kommt die prinzipielle Gleichrangigkeit der Interessen der Allgemeinheit mit den wettbewerbsbezogenen Individualinteressen der Marktteilnehmer, welche im „zugleich“ bewirkten Schutz ihren Ausdruck findet. Es stellt sich damit die Frage, wie die Schutzzweckdimensionen aufeinander bezogen sind, insbesondere ob dem Institutionenschutz eine eigenständige Bedeutung zukommt und wie dieser ggf. gegenüber dem Individualschutz zu positionieren ist.

#### aa) *Der Wettbewerb als zu schützende Institution*

Institutionenschutz ist im Allgemeinen darauf gerichtet, eine soziale Realität rechtlich einzufangen und zu stabilisieren. Dem Recht kommt damit die Aufgabe zu, die den vorgefundenen Lebenssachverhalt prägenden, regelmäßig geübten Verhaltensweisen und Überzeugungen der Beteiligten herauszupräparieren und in Gesetzesform zu gießen.<sup>394</sup> Soll also der Wettbewerb als Sozialprozess rechtlich typisierend aufgefangen werden, so bedarf es dazu feststellbarer Regelmäßigkeiten sozialen Handelns. Der Wettbewerb ist jedoch seiner Natur nach auf Dynamik und Veränderung angelegt und geprägt von ergebnisoffener Entwicklung. Zwar können dem Wettbewerb bestimmte eigengesetzliche Charakteristika wie z.B. eine Mehrzahl von Anbietern oder Nachfragern und der Einsatz von Aktionsparametern im Horizontal- und Vertikalverhältnis zugewiesen werden, diese werden jedoch in ihrer

---

<sup>389</sup> Dazu bereits oben S. 25.

<sup>390</sup> Vgl. *Hoppmann*, Wirtschaftsordnung und Wettbewerb, S. 254 f.; *Merz*, S. 206, 213; *Möschel*, Wettbewerbsbeschränkungen, Rn. 111; ähnlich *Leistner*, in: *Gloy/Loschelder/Erdmann* § 4 Rn. 39.

<sup>391</sup> *Schlüter*, S. 151.

<sup>392</sup> Vgl. *Drews*, S. 61 f., der dieses Spannungsverhältnis jedoch unzutreffend aus der Gegenüberstellung von Individual- und Institutionenschutz ableitet. Richtigerweise ist es aber schon der individuellen Wettbewerbsfreiheit an sich immanent.

<sup>393</sup> *Drews*, S. 44 f.; s.a. *Köhler/Bornkamm*, § 1 Rn. 42; *Raiser*, in: *summum ius*, S. 145 (156); *MüKoUWG/Sosnitza*, § 1 Rn. 14; *Schnieders*, S. 104 ff.; vgl. auch BVerfG GRUR 2002, 455 f. – Tier- und Artenschutz.

konkreten Ausprägung beeinflusst und überlagert vom sich ständig ändernden Verhalten der autonom handelnden Marktteilnehmer. Pointiert gesagt: die einzige Konstante des Wettbewerbs ist der Wandel.<sup>395</sup> Die Natur des Wettbewerbs als unplanbares und ergebnisoffenes „Entdeckungsverfahren“ verhindert damit eine ihrer Natur nach statische institutionelle Erfassung.<sup>396</sup> Hierbei besteht vielmehr die Gefahr, über eine Definition von Marktstrukturen, -verhalten oder -ergebnissen den Wettbewerb auf der Basis einer situativen Moment-Aufnahme in das Prokrustes-Bett einer bestimmten, möglicherweise wettbewerbstheoretisch modellierten, Form zu pressen und damit seine Lebensader – die aus dem autonomen Handeln der Marktteilnehmer folgende Veränderung – abzudrücken.

Die Institution „Wettbewerb“ stellt sich also vielmehr dar als fortlaufende Entwicklung der in Anspruch genommenen Wettbewerbsfreiheiten der Marktteilnehmer. Ein Institutionenschutz, der nicht Gefahr laufen will, durch eine Zementierung des Status quo gerade das Objekt seines Schutzes zu beeinträchtigen, kann daher nur bei der Aufrechterhaltung der wettbewerblichen Handlungsfreiheiten der Marktteilnehmer als Grundlage für die Entstehung und Erhaltung fortwährender Existenz des Wettbewerbs ansetzen.<sup>397</sup> Wettbewerb als Institution ist somit *„nichts weiter als die Summe wettbewerblicher Handlungsfreiheiten“*.<sup>398</sup> Erst aus ihrer Inanspruchnahme erwächst die Institution Wettbewerb.

Ein von der Wettbewerbsfreiheit der Marktteilnehmer abstrahierter Institutionenschutz ist unter dieser Betrachtung folglich nicht möglich. Wettbewerb ist ohne die ausgeübte Wettbewerbsfreiheit seiner Teilnehmer nicht denkbar, ein institutioneller Schutz kann daher nur aus dem Schutz der Marktakteure abgeleitet werden.<sup>399</sup> Individual- und Institutionenschutz führen demnach jeweils auf die individuellen Freiheiten der Marktteilnehmer zurück.

#### bb) Eigenständige Bedeutung des Institutionenschutzes?

Nach dem oben Gesagten sind beide Schutzrichtungen des UWG auf die Wettbewerbsfreiheit der Marktteilnehmer gerichtet. Auf dieser Grundlage scheint bereits fraglich, ob dem Institutionenschutz noch eine vom Individualschutz verschiedene Bedeutung zukommen kann. Gleichwohl wird eine solche Eigenständigkeit aus unterschiedlichen Blickwinkeln heraus befürwortet. Dafür lässt sich vor allem das systematische Argument anführen, dass die Schutzzweckklausel in § 1 S. 1 UWG dem Institutionenschutz in Form des Allgemeininteresses an einem unverfälschten Wettbewerb bewusst einen eigenen Platz zuweist, wessen es anderenfalls vermeintlich nicht bedurft hätte. Die hierzu vertretenen Positionen sollen im Folgenden einer kritischen Würdigung unterzogen werden.

Eine eigenständige Bedeutung des Institutionenschutzes betonen zunächst jene Positionen, die eine Vorrangstellung des Institutionenschutzes im Lauterkeitsrecht behaupten. Diese Ansicht äußert sich in der Feststellung, Ziel und genuine Aufgabe des Lauterkeitsrechts sei die Sicherung des Wettbewerbs-

---

<sup>394</sup> Drews, S. 45; Raiser, in: *summa ius*, S. 145 (147 f.); Schnieders, S. 99 ff.

<sup>395</sup> Ausführlich Drews, S. 52 ff.

<sup>396</sup> Ähnlich Beater, Rn. 836; v. Ungern-Sternberg in: Gloy/Loschelder/Erdmann, § 23 Rn. 12; zur verwandten Problematik der definitorischen Erfassung des Wettbewerbs s. bereits oben S. 26 ff.

<sup>397</sup> Lux, S. 277; Merz, S. 206; Schlüter, S. 21; Schwipps, S. 95 f.; ähnlich Beater, Rn. 836.

<sup>398</sup> Loewenheim/Meessen/Riesenkampff/J.B.Nordemann, *Kartellrecht*, Bd. 2, § 1 GWB Rn. 7, 79.

<sup>399</sup> Schwipps, S. 97.

bestandes.<sup>400</sup> Vorrangiges Schutzobjekt sei demnach der Wettbewerb, die individuellen Mitbewerber würden nur reflexartig geschützt.

Teilweise wird der Institutionenschutz dem Individualschutz gegenüber gestellt, um dadurch eine Erweiterung des Interessenschutzes des Lauterkeitsrechts herbeizuführen. So sieht *Kaplan* in ihrer Untersuchung in Anlehnung an die sozialrechtliche Tradition des Lauterkeitsrechts durch den unverfälschten Wettbewerb ein weites Spektrum an Gemeinwohlbelangen geschützt, die über die wettbewerbsbezogenen Freiheitsinteressen der Marktteilnehmer hinaus gingen.<sup>401</sup> Eine Erweiterung gegenüber dem Individualschutz stellt es auch dar, wenn der Institutionenschutz als Grundlage der im UWG 2008 nicht ausdrücklich als Beispielstatbestand geregelten Fallgruppe der allgemeinen Marktbehinderung angesehen wird. In diese Richtung plädieren beispielsweise *Köhler* und *Sosnitza*.<sup>402</sup> Einen darüber hinaus reichenden Interessenschutz lehnen sie jedoch ab.

Umgekehrt argumentiert *v. Ungern-Sternberg*, welcher von einem weit verstandenen Schutz der Interessen der Marktteilnehmer ausgeht, und dem Institutionenschutz durch die besondere Betonung der Freiheit des Wettbewerbs eine begrenzende Rolle zuweist.<sup>403</sup> In der Sache stimmt er dadurch mit der Ansicht von *Drews* überein, der die beiden Schutzrichtungen gleichberechtigt nebeneinander und daher als gleichermaßen anzustreben sieht. Erst aus der Wechselwirkung von Individual- und Institutionenschutz ergäbe sich ein hinreichend greifbares Bild der zu erhaltenen Funktionsbedingungen des Wettbewerbs.<sup>404</sup>

Schließlich wird dem Interesse der Allgemeinheit eine allgemeine Auffangfunktion zugewiesen. So geht *Ullmann* davon aus, dass der Schutz der Allgemeinheit darauf gerichtet sei, „*schlechthin unerträgliches Verhalten*“ im Wettbewerb zu sanktionieren.<sup>405</sup>

### cc) Stellungnahme

Im Kern lassen sich die referierten Positionen zurückführen auf eine mindestens implizit zum Ausdruck kommende Abtrennbarkeit des Institutionenschutzes von den Interessen der Marktteilnehmer. Diese Prämisse erscheint allerdings bereits fraglich. Der Wettbewerb ist zu komplex, als dass er sich auf einen subsumtionsfähigen institutionellen Nenner bringen ließe.<sup>406</sup> Nach dem richtigerweise zugrunde zu legenden systemtheoretischen Wettbewerbsverständnis sind beide Schutzrichtungen auf die Wettbewerbsfreiheit bezogen und damit deckungsgleich. Wie oben gesehen, wird eine funktionstreue Entfaltung des Wettbewerbs allein durch die ungestörte Inanspruchnahme der individuellen Handlungs- und Entscheidungsfreiheit erreicht.<sup>407</sup> Spiegelbildlich betrachtet ist das Interesse der Allgemeinheit an einem unverfälschten Wettbewerb demnach „*als das gebündelte Interesse von Mitbewerbern, Ver-*

---

<sup>400</sup> So *Koppensteiner*, WRP 2007, 475 (489); ähnlich GK-UWG/*Peukert*, § 1 Rn. 310.

<sup>401</sup> *Kaplan*, S. 114, 206 ff.; ähnlich *Fezer/Fezer*, § 1 Rn. 72, 74 ff., der diese Schutzrichtung jedoch dem Schutz der Marktteilnehmerinteressen zuordnet. Dazu bereits oben S. 11 ff.

<sup>402</sup> *Köhler/Bornkamm*, § 1 Rn. 48 f.; *Piper/Ohly/Sosnitza*, § 1 Rn. 31; gleichsinnig *Fezer/Fezer*, § 1 Rn. 88.

<sup>403</sup> *v. Ungern-Sternberg* in: *Gloy/Loschelder/Erdmann*, § 27 Rn. 3.

<sup>404</sup> *Drews*, S. 59 ff.

<sup>405</sup> *Ullmann*, GRUR 2003, 817 (821); ähnlich GK-UWG/*Peukert*, § 1 Rn. 326.

<sup>406</sup> *Beater*, Rn. 836.

<sup>407</sup> *Schünemann*, WRP 2004, 925 (935); *Harte/Henning/Schünemann* (2. Aufl.), § 1 Rn. 112; *Schwipps*, S. 153.

*brauchern und aller sonstigen Marktteilnehmer aufzufassen*<sup>408</sup> und stellt nichts anderes dar als das „*geeinte Interesse aller Marktbeteiligten [...] an einem funktionierenden Wettbewerb*“.<sup>409</sup> Ein weitergehender, eigenständiger Regelungshalt der Allgemeininteressen ist deshalb abzulehnen.<sup>410</sup> Für eine Erweiterung des Schutzzwecks unter dem Mantel des Institutionenschutzes verbleibt folglich kein Raum, die Allgemeininteressen können deshalb auch nicht zur Berücksichtigung sonstiger Allgemeininteressen oder als Auffangtatbestand dienen: „*Die Allgemeinheit darf nicht als ein überindividuelles Schutzsubjekt verstanden werden.*“<sup>411</sup>

Soweit umgekehrt eine begrenzende Funktion des Institutionenschutzes angenommen wird, wird dadurch der Zusammenhang verdunkelt, dass bereits die Freiheitswahrnehmung der Wettbewerbsteilnehmer untereinander begrenzend wirkt. Die individuelle Wettbewerbsfreiheit kann ohnehin nur eine relative sein und wird bereits begrenzt durch die Freiheitsbereiche der übrigen Marktteilnehmer. Der Institutionenschutz kann damit nur „*das Verhältnis der individuellen Wettbewerbsfreiheit zu den gleichen Rechten anderer und damit zur rechtlichen Ordnung des Wettbewerbsprozesses thematisieren.*“<sup>412</sup>

Im Übrigen kann der Schutz der Marktteilnehmer auch nicht als bloßer Reflex des objektiv-rechtlichen Institutionenschutzes aufgefasst werden. Dies wäre unvereinbar mit dem herausgearbeiteten Verständnis der europäischen und grundgesetzlichen Wirtschaftsverfassung, welche gerade die Freiheitsrechte der Marktteilnehmer im Mittelpunkt des Wettbewerbsschutzes platzieren. Nicht zuletzt benennt das UWG ausdrücklich den Schutz der Mitbewerber, Verbraucher und sonstiger Marktteilnehmer als Zweck. Vor diesem Hintergrund kann die Institution Wettbewerb nicht um ihrer selbst willen, sondern nur im Interesse der Marktteilnehmer geschützt sein.<sup>413</sup>

Im Rahmen eines wettbewerbsfunktional verstandenen Interessenschutzes, in welchem der Institutionenschutz den Schutz der Handlungs- und Entschließungsfreiheit der Marktteilnehmer umfasst, bildet der Institutionenschutz somit lediglich eine Chiffre für die begrenzend wirkenden Freiheitsphären der jeweils anderen Markt- und Wettbewerbsteilnehmer, ohne dass über die bloße Verschlagwortung hinaus ein Erkenntnisgewinn zu verzeichnen wäre.

Schließlich vermag der Institutionenschutz nicht als Rechtfertigung der Fallgruppe der allgemeinen Marktbehinderung herzuhalten. Abgesehen davon, dass sich auch hierin ein Widerspruch zur Einheit von Individual- und Institutionenschutz verbirgt, läuft die Fallgruppe der allgemeinen Marktbehinderung auf eine Marktstrukturkontrolle hinaus, die im UWG keine Stütze findet und zudem auf praktische Schwierigkeiten stößt.<sup>414</sup> Soweit damit eine Konservierung der Marktstruktur angestrebt wird, läuft dies dem grundsätzlichen Wettbewerbsverständnis des UWG zuwider. Nur soweit zugleich geschützte Interessen der Marktteilnehmer beeinträchtigt werden, ist lauterkeitsrechtlicher Schutz zu gewähren. Der

---

<sup>408</sup> Schwipps, S. 153.

<sup>409</sup> Harte/Henning/Schünemann (2. Aufl.), § 1 Rn. 109.

<sup>410</sup> Zustimmung Schwipps, S. 152.

<sup>411</sup> Schwipps, S. 153.

<sup>412</sup> Mestmäcker, S. 83; ihm folgend Apostolopoulos, WRP 2005, 152; Lux, S. 295 ff.; Merz, S. 206; GK/Schünemann (1. Aufl.), Einl. Rn. D 38.

<sup>413</sup> Lux, S. 277; GK-UWG/Schünemann (1. Aufl.), Einl. Rn. C 21; s.a. Beater, Rn. 836; v. Ungern-Sternberg in: Gloy/Loschelder/Erdmann, § 23 Rn. 12.

abstrakte Schutz des Wettbewerbsbestandes ist richtigerweise allein dem Kartellrecht zu überantworten.<sup>415</sup>

Für eine auf die Wettbewerbsfreiheit der Marktteilnehmer bezogene Einheit von Individual- und Institutionenschutz spricht schließlich auch der Wortlaut des Gesetzes. § 3 I UWG erwähnt die Beeinträchtigung des allein relevanten Interesses der Allgemeinheit an einem unverfälschten Wettbewerb nicht als unzulässigkeitsbegründenden Umstand. Diese greifbare Diskrepanz zur Schutzzweckklausel legt den Schluss nahe, dass der unverfälschte Wettbewerb nur geschützt wird, soweit er sich in der Beeinträchtigung der Interessen der Marktteilnehmer verwirklicht. Diese sind aber, wie oben gezeigt, auf den Schutz ihrer Wettbewerbsfreiheit gerichtet. Der Institutionenschutz fiele daher mit dem Individualschutz zusammen.

Diesem Argument kann nicht entgegen gehalten werden, dass die Generalklausel des UWG 2004 in ihrem Wortlaut noch auf die Beeinträchtigung des Wettbewerbs abstellte, der Bezugspunkt also eher institutionell ausgerichtet erschien. Denn auch unter dem UWG 2004 war für die Unzulässigkeit die Beeinträchtigung des Wettbewerbs „zum Nachteil der Marktteilnehmer“ erforderlich, es musste also eine individuelle Beeinträchtigung der durch das UWG geschützten Interessen hinzutreten. Eine eigenständige Bedeutung des Institutionenschutzes erscheint damit nicht beabsichtigt. Dafür spricht zudem, dass der Gesetzgeber den Wechsel im Wortlaut des UWG 2008 nicht als Paradigmenwechsel, sondern nur als sprachliche Kosmetik aufgefasst hat.<sup>416</sup>

Zudem gibt die Gesetzesbegründung zum UWG 2004 weitere Hinweise darauf, dass Individual- und Institutionenschutz im UWG als Einheit zu betrachten sind. So findet sich einerseits in den Entwürfen sowie in der Begründung die Wendung, dass der Schutz des Wettbewerbs gerade durch einen Schutz der Individualinteressen bewirkt werden soll: *„Der eigentliche Zweck des UWG liegt darin, das Marktverhalten der Unternehmer im Interesse der Marktteilnehmer [...] und damit zugleich das Interesse der Allgemeinheit an einem unverfälschten Wettbewerb zu regeln.“*<sup>417</sup> Indem er in der amtlichen Begründung dem auch im Gesetzeswortlaut wiederkehrenden „zugleich“ ein „damit“ voranstellt, legt der Gesetzgeber eine innere Deckungsgleichheit der individuellen Interessen der Marktteilnehmer und des wettbewerblichen Allgemeininteresses nahe.<sup>418</sup>

Verstärkt wird dieser Eindruck dadurch, dass sich in der Gesetzesbegründung des Weiteren der Satz findet, dass unter der Verfälschung des Wettbewerbs von vornherein nicht eine Verfälschung des Wettbewerbs als Institution der Marktwirtschaft zu verstehen sei.<sup>419</sup> Offensichtlich muss hier ebenfalls die Beeinträchtigung der Interessen der Marktteilnehmer hinzutreten, was wiederum die gesetzgeberische Vorstellung innerer Deckungsgleichheit von Individual- und Institutionenschutz unter-

---

<sup>414</sup> Dazu monographisch *Lux*; s.a. *Schwipps*, S. 176 ff.

<sup>415</sup> Vgl. *Beater*, Rn. 837; *Schwipps* S. 176 ff.

<sup>416</sup> Vgl. BTDrucks. 16/10145 S. 22 li. Sp. (Aufgabe des „unklaren Merkmals“ zur Herstellung des „sachlichen und sprachlichen Gleichklangs“ mit § 1 S. 2 UWG, § 4 Nr. 11 UWG und § 8 III Nr. 2 UWG.

<sup>417</sup> BTDrucks. 15/1487, S. 15 re. Sp. f., Hervorhebung durch den Verfasser.

<sup>418</sup> *Schwipps*, S. 152 f.; s.a. *Lux*, S. 296; *Harte/Henning/Schünemann* (2. Aufl.), § 1 Rn. 109; *ders.*, WRP 2004, 925 (932).



mauert. Unlauterer Wettbewerb ist also dadurch gekennzeichnet, dass immer zugleich individuelle Interessen der Marktteilnehmer betroffen sind. Einem isolierten oder auch nur isolierbaren Institutionenschutz wird damit der Boden entzogen. Wettbewerblicher Individual- und Institutionenschutz können nur zugleich bewirkt werden und sind nicht voneinander zu trennen.

Mit der wohl mittlerweile herrschenden Ansicht in der Literatur ist folglich davon auszugehen, dass Individual- und Institutionenschutz im Lauterkeitsrecht übereinstimmen. Individual- und Institutionenschutz bilden eine untrennbare Einheit und fallen im Schutz der Wettbewerbsfreiheit der Marktteilnehmer zusammen. Bildlich gesprochen stellen sie „zwei Seiten derselben Medaille“ dar.<sup>420</sup>

#### d) Zusammenfassung: Verhältnis des Interessenschutzes

Die begriffliche und semantische Trennung von Individual- und Allgemeininteressen bzw. von Individual- und Institutionenschutz verdeckt, dass beide Schutzrichtungen aufeinander bezogen sind. Sie finden im unverfälschten Wettbewerb als gemeinsamem Nenner zusammen. Dieser ist im lauterkeitsrechtlichen Kontext gleichzusetzen mit einer Wettbewerbsordnung, die durch die Inanspruchnahme von Wettbewerbsfreiheit durch die Marktteilnehmer entsteht. Der Schutzzweck des § 1 UWG stellt sich folglich dar als Wechselbeziehung von Schutzobjekt und Schutzsubjekten. Sowohl der Individual- als auch der Institutionenschutz sind bezogen auf die individuelle Handlungs- und Entscheidungsfreiheit der Marktteilnehmer im Rahmen eines wettbewerbsfunktionalen, freiheitsbezogenen Systems.

Der unverfälschte Wettbewerb als dialektische Aufhebung der Wettbewerbsfreiheiten der Marktteilnehmer bildet den gemeinsamen Nenner der über das UWG schutzwürdigen Interessen. Ein darüber hinaus gehender, eigenständiger Regelungsgehalt kommt dem Allgemeininteresse am unverfälschten Wettbewerb nicht zu. Der Sinngehalt des § 1 Abs. 2 UWG erschöpft sich nach dem Vorstehenden vielmehr in der Klarstellung des wettbewerbsfreiheitslich verstandenen Schutzzwecks des Gesetzes und der damit einhergehenden Begrenzung der geschützten Interessen.

### 5. Zusammenfassung: Der Interessenschutz des Lauterkeitsrechts

Die vorstehende Untersuchung hat erbracht, dass sich der Schutzzweck des UWG auf den Schutz der Wettbewerbsfreiheit der Marktteilnehmer richtet.

Dies entspricht einer wettbewerbsfunktionalen Betrachtung unter Zugrundelegung eines systemtheoretischen, freiheitsbezogenen Wettbewerbsverständnisses. Die Marktteilnehmer werden geschützt, wenn und weil ihre Betätigungsfreiheit im Wettbewerb beeinträchtigt wird. Das Allgemeinheitsinteresse an einem unverfälschten Wettbewerb betont demgegenüber den Schutz des Wettbewerbs als Institution. Dieser ist gekennzeichnet durch konstanten Wandel, welcher gerade durch die Inanspruchnahme ihrer Wettbewerbsfreiheit seitens der beteiligten Marktteilnehmer entsteht. Der insti-

---

<sup>419</sup> BTDrucks. 15/1487, S. 17 li. Sp.

tutionelle Schutzgehalt verweist damit ebenfalls auf die Wettbewerbsfreiheit der Marktteilnehmer als Grundlage und Quelle des Wettbewerbs. Lauterkeitsrechtlicher Individual- und Institutionenschutz stellen somit nur „zwei Seiten derselben Medaille“<sup>421</sup> dar und lassen sich nicht voneinander trennen. Eine darüber hinausgehende Bedeutung des Schutzes des Allgemeininteresses ist abzulehnen. Diese ergibt sich weder aus einer Auffangfunktion für Allgemeininteressen jenseits des geeinten Interesses an einem funktionierenden Wettbewerb, noch aus einer Residualfunktion als Grundlage überkommener Fallgruppen. Es kann daher von einer Einheit von Individual- und Institutionenschutz ausgegangen werden.

### III. Zusammenfassung

Allgemeiner Auslegungsmethodik folgend, hat auch das Verständnis der Spürbarkeitsklausel sich maßgeblich am Schutzzweck des UWG zu orientieren. Die Untersuchung hat erbracht, dass dem Ziel des lautereren, d.h. unverfälschten Wettbewerbs ein wettbewerbsfunktionales Verständnis zugrunde zu legen ist. Geschützt werden die funktionalen Grundlagen des Wettbewerbs. Verwirklicht wird dieser Schutz durch den Schutz der wettbewerbsbezogenen Interessen der Marktteilnehmer. Als wettbewerbsbezogen sind jene Interessen zu definieren, die maßgeblich durch ihre Funktion am Markt bestimmt werden.

Die Untersuchung hat gezeigt, dass das UWG allein auf den Schutz der Wettbewerbsfreiheit der Marktteilnehmer ausgerichtet ist. Dies entspricht der Wettbewerbskonzeption des höherrangigen Rechts unter Absicherung durch eine systemtheoretische Betrachtung der Bedingungen der Wettbewerbsfunktionalität.

Das Interesse der Allgemeinheit an einem unverfälschten Wettbewerb ist demnach gerichtet auf den Schutz des Wettbewerbs als Marktmechanismus und Ordnungsprinzip. Dieser Schutz ist nicht gerichtet auf besondere Markt- oder Erscheinungsformen, sondern auf den Wettbewerbsprozess als solchen: Das in Ausübung der Handlungs- und Entscheidungsfreiheit der Marktteilnehmer zu Stande gekommene Marktergebnis erfüllt *eo ipso* die vom Wettbewerb erwarteten abstrakten Wettbewerbsfunktionen.<sup>422</sup> Somit kann festgehalten werden:

*„Anknüpfungspunkt der lauterkeitsrechtlichen Beurteilung ist schlicht die Wettbewerbsfreiheit als solche.“*<sup>423</sup>

Eine mit diesem Blickwinkel vorgenommene, teleologische Interpretation zeichnet eine wettbewerbsfunktionale Auslegung der Spürbarkeit unter Berücksichtigung der Freiheitsräume der Marktteilnehmer vor und erbringt damit die Bezugspunkte der Spürbarkeitswertung im Kontext der Generalklausel und im System des UWG insgesamt.

---

<sup>420</sup> Harte/Henning/Schünemann (2. Aufl.), § 1 UWG Rn. 112; zustimmend MüKoUWG/Sosnitza, § 1 Rn. 14; sinngemäß ebenso Merz, S. 206; Raiser, in: *summa ius*, S. 145 (149); s.a. Ullmann, GRUR 2003, 817 (821); a.A. v. Ungern-Sternberg in: Gloy/Loschelder/Erdmann, § 27 Rn. 3.

<sup>421</sup> Siehe Vornote (Fn. 420).

<sup>422</sup> GK-UWG/Schünemann, Einl A Rn. 123.

<sup>423</sup> So Lux, S. 354.



## Kapitel 3: Die Bestimmung der spürbaren Interessenbeeinträchtigung

Die Untersuchung der Schutzzwecke des UWG hat erbracht, dass sich der Interessenschutz im Spannungsfeld von normativ ausgestalteten Freiheitsräumen und realem Wettbewerbsprozess bewegt. Zugleich konnte Klarheit geschaffen werden über die geschützten Interessen der Marktteilnehmer sowie das Allgemeinheitsinteresse an einem unverfälschten Wettbewerb. Darauf kann nun zurückgegriffen werden bei der Bestimmung der von § 3 I UWG geforderten Eignung zur spürbaren Beeinträchtigung von Interessen der Mitbewerber, Verbraucher oder sonstiger Marktteilnehmer.

In der Rechtsprechung und Literatur sind hierzu verschiedene Ansätze entwickelt worden. Diese sollen nun gegenübergestellt und kritisch hinterfragt werden. Es wird sich zeigen, dass die bestehenden Ansätze unter Berücksichtigung der herausgearbeiteten Wertungsbezüge und des in § 1 UWG beschlossenen Interessenschutzes nicht zu überzeugen vermögen. Daher soll ihnen im Anschluss ein eigener Ansatz gegenüber gestellt werden.

### I. Ansatzpunkte zur Bestimmung der Spürbarkeit

Im Meinungsspektrum zur Bestimmung der Spürbarkeit können im Wesentlichen drei Richtungen ausgemacht werden.

#### 1. Spürbarkeit als qualitative Interessenbeeinträchtigung

Eine insbesondere von *Köhler* vertretene Position will die Spürbarkeit allein unter qualitativen Aspekten bestimmen.<sup>424</sup> Es soll demnach allein auf die Art und Schwere der Interessenbeeinträchtigung für die Marktteilnehmer ankommen. Das Marktgeschehen wird dabei außer Acht gelassen. Die dazu erforderliche Bewertung soll anhand eines Katalogs von Hilfskriterien erfolgen, welche entsprechende Rückschlüsse zulassen. Als Kriterien nennt *Köhler* unter anderem die Motivation des Handelnden, die betroffenen Rechtsgüter der übrigen Marktteilnehmer, die Anzahl der Betroffenen sowie eine mögliche Nachahmungsgefahr.<sup>425</sup>

#### 2. Spürbarkeit als quantifizierbare Beeinträchtigung des Marktgeschehens

Von anderen Stimmen in der Literatur wird die Spürbarkeit demgegenüber vor allem über die möglichen oder tatsächlichen Auswirkungen der geschäftlichen Handlung auf das Marktgeschehen definiert. Die Betrachtung einer etwaigen Beeinträchtigung der Marktteilnehmerinteressen wird vorrangig der Bestimmung der Unlauterkeit zugewiesen. Gefordert wird deshalb eine vornehmlich quantitative Betrachtung, die sich aus empirisch belastbaren Daten speist.<sup>426</sup> Ziel ist die Feststellung der tatsächlichen oder potentiellen Auswirkungen auf den Wettbewerbsprozess, die sich beispielsweise aus der Anzahl der Betroffenen, dem erzielten Wettbewerbsvorteil, der Dauer der Marktwirksamkeit oder der

---

<sup>424</sup> *Köhler/Bornkamm*, § 3 Rn. 117, 123 ff.; s.a. *ders.*, GRUR 2005, 1 (4 f.).

<sup>425</sup> *Köhler*, GRUR 2005, 1 (4 f.); *ders./Bornkamm*, § 3 Rn. 123 ff.

<sup>426</sup> So ausdrücklich *Harte/Henning/Schünemann* (2. Aufl.), § 3 Rn. 402 ff.; zustimmend *Piper/Ohly/Sosnitza*, § 3 Rn. 52.

Marktmacht des Handelnden ergeben.<sup>427</sup> Innerhalb dieser quantitativen Betrachtung der Spur der geschäftlichen Handlung am Markt kann in einem weiteren Schritt nochmals danach unterschieden werden, ob eine absolute Betrachtung der vorgenannten Faktoren genügt, oder ob diese gegebenenfalls ins Verhältnis zueinander zu setzen sind, so dass von einer relativen Betrachtung ausgegangen wird.

a) *Absolute Betrachtung*

Exemplarisch für eine solche Betrachtung ist das Verständnis *Schünemanns*.<sup>428</sup> Maßgeblich soll die anhand der o.g. Kriterien zu beurteilende mögliche Auswirkung der geschäftlichen Handlung auf die wettbewerblichen Prozesse sein. Da *Schnünemann* die Spürbarkeit regelmäßig als von der Unlauterkeit indiziert ansieht, ist für ihn das Fehlen entsprechender Auswirkungen entscheidend. Die Betrachtung der quantifizierbaren Kriterien ist dementsprechend negativ formuliert. Nichtsdestotrotz handelt es sich hierbei um eine absolute Betrachtung, da der Maßstab der Kriterien für alle Marktteilnehmer gleichermaßen gilt. Die Bewertung der einzelnen Aspekte erfolgt nur im Verhältnis zum Wettbewerbsprozess insgesamt. Eröffnet wird damit vor allem der Blick auf die bestehende Marktstruktur. Dies zeigt sich insbesondere an der vorgeschlagenen Berücksichtigung der Marktbedeutung.<sup>429</sup>

b) *Relative Betrachtung*

Von *Drews* wird demgegenüber vorgeschlagen, die Spürbarkeit nicht nur anhand der möglichen Marktbedeutung der Wettbewerbshandlung, sondern anhand der tatsächlich am Markt zu beobachtenden Folgen zu bestimmen.<sup>430</sup> Die aufgrund der Marktmacht oder ähnlicher quantifizierbarer Kriterien, wie z.B. der Reichweite einer Werbung ermittelte potentielle Breite der Wettbewerbshandlung sei ins Verhältnis zu setzen zum Vorteil, den der Handelnde tatsächlich daraus zieht. Die geschäftliche Handlung soll folglich nur dann spürbar sein, wenn eine hohe Relation zwischen dem tatsächlich eingetretenen Erfolg der Handlung und der erfolgten Breite der Wettbewerbshandlung besteht. Die Spürbarkeit ist demnach umso eher gegeben, je mehr der angesprochenen Marktteilnehmer aufgrund der geschäftlichen Handlung ihr Verhalten am Markt tatsächlich ändern. Dies soll als Veränderung des Marktgeschehens, beispielsweise durch die Verschiebung von Marktanteilen, festgestellt werden können. In dieser Variante tritt somit das Erfordernis einer Marktfolgenbetrachtung stärker hervor.

### 3. Spürbarkeit als Ansatzpunkt richterlicher Gesamtabwägung

Die Rechtsprechung geht davon aus, dass die Spürbarkeit der Interessenbeeinträchtigung – sofern überhaupt Bedarf an einer gesonderten Prüfung besteht – im Wege einer Gesamtabwägung aller Umstände des Einzelfalles zu bestimmen ist. Diese Position hat sich bereits unter dem UWG 1909 herausgebildet. Aufgreifkriterium war hierbei die Frage der Klagebefugnis von Verbänden und nicht unmittelbar betroffenen Mitbewerbern, die gem. § 13 II UWG (in der Form des UWGÄndG 1994) davon abhing, dass die beanstandete Handlung zur wesentlichen Beeinträchtigung des Wettbewerbs auf

---

<sup>427</sup> Harte/Henning/Schünemann (2. Aufl.), § 3 Rn. 402 ff.; Piper/Ohly/Sosnitza, § 3 Rn. 54 ff.; s.a. Harte/Henning/Podszun, § 3 Rn. 139 ff.

<sup>428</sup> Harte/Henning/Schünemann (2. Aufl.), § 3 Rn. 402 ff.

<sup>429</sup> Harte/Henning/Schünemann (2. Aufl.), § 3 Rn. 407.

<sup>430</sup> Drews, S. 137, 141 ff.

dem betreffenden Markt geeignet war. Die von der Rechtsprechung hierzu entwickelte Formel findet sich beispielsweise in der bereits eingangs zitierten Entscheidung „*Laienwerbung für Augenoptiker*“<sup>431</sup>.

Diesem umfassenden Wertungserfordernis ist der Gesetzgeber bei der Einführung der materiellen Bagatell-Klausel im UWG 2004 erkennbar im Wesentlichen gefolgt. Die Beantwortung der Frage, „*ob ein Wettbewerbsverstoß geeignet ist, den Wettbewerb nicht unerheblich zu verfälschen*“, setzt demnach „*eine nach objektiven und subjektiven Momenten unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls zu treffende Wertung voraus. In diese Wertung sind neben der Art und Schwere des Verstoßes die zu erwartenden Auswirkungen auf den Wettbewerb sowie der Schutzzweck des Wettbewerbsrechts einzubeziehen.*“<sup>432</sup>

Die Gesetzesbegründung legt also eine Prüfung anhand von drei Kriterien (Art und Schwere, Auswirkungen auf den Wettbewerb, Schutzzweck) nahe, wobei zwischen ihnen eine Wechselwirkung dergestalt besteht, dass nicht alle in gleichem Maße berührt sein müssen. So genügt bei geringfügigen Auswirkungen für die Marktteilnehmer eine Vielzahl von Betroffenen im Einzelfall oder eine nicht unerhebliche Nachahmungsgefahr.<sup>433</sup> In der Praxis hat dies dazu geführt, dass sich die Rechtsprechung regelmäßig mit ganz niedrigen Anforderungen an die Erheblichkeit begnügt, sofern die Erheblichkeit nicht bereits wegen einer immanenten Erheblichkeits-Wertung im Rahmen der Tatbestandsprüfung bejaht wird.<sup>434</sup>

Insbesondere wenn Rechtsgüter von hohem Rang betroffen sein sollen, sieht die Rechtsprechung regelmäßig die Bagatellgrenze als überschritten an. Dies wurde beispielsweise entschieden für Fälle der Beeinträchtigung der Verbrauchergesundheit oder des Jugendschutzes.<sup>435</sup>

Das UWG 2008 hat zwar den Wortlaut der Spürbarkeitsklausel geändert, jedoch wurde damit lediglich eine Klarstellung, keine Änderung der bisherigen Rechtslage bezweckt.<sup>436</sup> Die Rechtsprechung hält daher weiterhin in Anlehnung an die Gesetzesbegründung zum UWG 2004 an der Gesamtabwägung zur Bestimmung der Spürbarkeit fest. Zugleich ist verstärkt die Tendenz zu beobachten, die Spürbarkeit bei Vorliegen der Unlauterkeit zu bejahen.

## II. Kritische Würdigung und Stellungnahme

Allen beschriebenen Ansätzen ist der Versuch gemein, den wertungsoffenen Begriff der spürbaren Interessenbeeinträchtigung zu erfassen. Nach den Erörterungen des vorangegangenen Kapitels ist dabei die Idee der Wettbewerbsfreiheit besonders zu berücksichtigen. Unter diesem Blickwinkel weisen die dargestellten Ansätze jedoch erkennbare Defizite auf.

---

<sup>431</sup> BGH, GRUR 1995, 122 (124) – *Laienwerbung für Augenoptiker*; ähnlich BGH, GRUR 2001, 258 (259) – *Immobilienpreisangabe*, s.a. BGH GRUR 2008, 186 (188) – *Telefonaktion*.

<sup>432</sup> BTDrucks. 15/1487, S. 17 li. Sp.

<sup>433</sup> BTDrucks. 15/1487, S. 17 li. Sp., vgl. *Lettl*, § 2 Rn. 23.

<sup>434</sup> *Beater*, Rn. 975; *Emmerich*, § 5 Rn. 43. Zur Immanenz der Spürbarkeitsprüfung in den Beispiels- und Spezialtatbeständen s. z.B. *Köhler/Bornkamm*, § 3 Rn. 136 ff sowie noch unten S. 139 ff.

<sup>435</sup> In jüngerer Zeit z.B. BGH GRUR 2011, 842 (843 Tz. 21) – *RC-Netzmittel*; inzidente Annahme der Erheblichkeit auch bei BGH GRUR 2013, 958 (960 Tz. 22) – *Vitalpilze*; BGH GRUR 2007, 890 (893 Tz. 34) – *jugendgefährdende Medien bei eBay*; s.a. *Kaplan*, S. 166 ff.

<sup>436</sup> BTDrucks. 16/10145, S. 22 li. Sp.; vgl. *Emmerich*, § 5 Rn. 43.

Bei einer Gesamtabwägung stellt sich so das Problem, dass der Katalog der Bewertungskriterien ohne das Vorliegen eines Wertungsmaßstabes kategorienoffen ist. Er kann demnach beliebig erweitert oder beschränkt werden, wodurch letztlich jedes beliebige Ergebnis begründbar wird.<sup>437</sup> Dies erscheint unter dem Aspekt der Wettbewerbsfreiheit der Marktteilnehmer bedenklich, da eine vorschnelle Begründung der Spürbarkeit geeignet ist, einer extensiven Handhabung des UWG gegenüber neuartigen geschäftlichen Handlungen, wie beispielsweise neuen Werbeformen oder Vertriebsmethoden, Vorschub zu leisten. Damit würde insbesondere neu hinzutretenden Wettbewerbsteilnehmern die Möglichkeit genommen, auf sich aufmerksam zu machen, und es werden im Ergebnis bestehende Marktstrukturen gefestigt. Dies mag der Beharrungstendenz der Rechtsprechung entgegenkommen, verfehlt jedoch den Zweck des UWG, der auch und gerade auf die Erhaltung der wettbewerblichen Dynamik gerichtet ist. Zugleich wird es für die Marktteilnehmer schwierig, die Zulässigkeit ihres Handelns ex ante beurteilen zu können, wenn die angelegten Kriterien nicht offen gelegt und kohärent angewandt werden. Richterliche Orakelsprüche sind der Rechtssicherheit nicht zuträglich.

Dieselbe Kritik trifft grundsätzlich auch eine Bestimmung der spürbaren Interessenbeeinträchtigung unter dem Blickwinkel einer qualitativen Mindestbeeinträchtigung im Sinne von *Köhler*. Hier besteht ebenfalls bei einem prinzipiell offenen Kriterienkatalog die Gefahr, dass ergebnisorientiert argumentiert wird und an die Stelle der gebotenen Einzelfallanalyse eine apodiktische Behauptung spürbarkeitsbegründender Umstände tritt. Damit besteht aber zugleich die Gefahr, dass der Wettbewerbsprozess als reales Geschehen in den Hintergrund tritt.

Zudem macht es sich die Ansicht zu einfach, wenn sie implizit die Folgen einer geschäftlichen Handlung für das Marktgeschehen ausblenden will. In der Gesetzesbegründung hat der Gesetzgeber wiederholt auf die Bedeutung des Marktgeschehens für die Bestimmung der Spürbarkeit hingewiesen. Dies erkennt aber auch die o.g. Meinung an, indem sie entsprechende quantitative Merkmale wie die Anzahl der Betroffenen zur Bestimmung der Interessenbeeinträchtigung heranziehen will, wodurch die Konzeption einer reinen Interessenbetrachtung fraglich wird.

Die Bestimmung der Spürbarkeit als quantifizierbare Beeinträchtigung des Marktgeschehens vermeidet diese Vorwürfe der Wertungsoffenheit durch Bezugnahme auf eine begrenzte und prinzipiell empirische Betrachtung bzw. Prognose des Marktgeschehens. Dies wirft jedoch gegenüber dem herausgearbeiteten Schutzzweckverständnis dogmatische Probleme auf. Betrachtet man die Marktsituation absolut, so kann es sich hierbei nur um eine Momentaufnahme des Wettbewerbsprozesses handeln. Bereits dies erscheint mit dem gebotenen dynamischen Wettbewerbsverständnis schwer vereinbar. Hinzu kommt, dass die Bestimmung der Spürbarkeit dabei letztendlich auf eine Betrachtung der Marktstruktur zurückgeführt wird. Marktmächtige Unternehmer sollen bereits aufgrund ihrer Reichweite eher in der Lage sein, am Markt spürbare Handlungen vorzunehmen. Damit kommen der Marktstärke, den Marktanteilen oder den Umsätzen der Beteiligten jedoch zugleich Indizwirkung für die Bestimmung der Spürbarkeit zu. Im Ergebnis wird die Spürbarkeit somit maßgeblich durch marktstrukturbezogene Kriterien bestimmt, womit sich diese Ansicht dem abzulehnenden Paradigma wohlfahrtsökonomischer Modelle annähert.

---

<sup>437</sup> Vgl. *Heermann*, GRUR 2004, 94 (98).

Tritt an die Stelle einer eher statischen Marktstrukturbetrachtung eine dynamische Marktfolgenbetrachtung, so führt auch dies zu Konflikten mit der herausgearbeiteten Wettbewerbsidee. Die Betrachtung fußt auf der Prämisse, dass zwischen der stattgefundenen geschäftlichen Handlung und dem beobachteten Ergebnis ein Kausalzusammenhang besteht bzw. dass sich das Ergebnis mit hinreichender Sicherheit prognostizieren lässt. Beides konfligiert jedoch mit der entwicklungsoffenen Natur des Wettbewerbs. Als Entdeckungsverfahren ist er gerade durch die Unvorhersehbarkeit des Verlaufs geprägt. In jedem Fall liegt der Verdacht nahe, dass in der Folgebetrachtung eine grundsätzlich unzulässige Anmaßung von Wissen liegt.

Zudem liefert auch die quantitativ-empirische Betrachtung keine eindeutige Aussage, wann die Schwelle zur spürbaren Interessenbeeinträchtigung überschritten ist. Dies wirkt sich wiederum negativ auf die Rechtssicherheit der Marktteilnehmer aus.

Letzten Endes kann damit festgehalten werden, dass keine der dargestellten Ansätze vollständig zu überzeugen vermag.

### III. Konturierung der Spürbarkeitsbestimmung

Die Befassung mit den oben beschriebenen Ansätzen hat aber zugleich den Blick auf die Problemkreise eröffnet, welche für eine Bestimmung der spürbaren Interessenbeeinträchtigung zu berücksichtigen sind. Dies ist zunächst das Spannungsverhältnis von Rechtssicherheit und Wirklichkeitsnähe (1.). Weiterhin ist dem Problem der Prognoseunsicherheit und der Berücksichtigung des Marktgeschehens nachzugehen (2.). Schließlich ist die Korrektiv- und Filterfunktion im Einzelfall in den Blick zu nehmen, welche sich nicht zuletzt in der überkommenen Bezeichnung als „Bagatellklausel“ äußert (3.).

#### 1. Das Spannungsverhältnis von Rechtssicherheit und Wirklichkeitsnähe

Unbestritten erfordert die Bestimmung der spürbaren Interessenbeeinträchtigung eine Wertung des Rechtsanwenders.<sup>438</sup> Dies entspricht ihrer Natur als ausfüllungsbedürftigem Rechtsbegriff und ist unabhängig von den hierzu heranzuziehenden Kriterien. Insbesondere stellt die Auswahl geeigneter Kriterien bereits selbst eine Wertung dar. In jedem Fall erfordert die Offenheit des Tatbestandes eine Ausfüllung durch den Rechtsanwender. Diese kann mangels eindeutiger Maßstäbe nicht im Wege des Subsumtionsschlusses erfolgen und bedarf damit erst recht einer individuellen Wertung. Der Rechtsanwender muss die streitentscheidende Regel somit für die besondere Streitlage des Einzelfalles erst erarbeiten.<sup>439</sup>

Die zu treffende Entscheidung muss dabei gegenläufigen Anforderungen genügen. Zunächst betrifft dies die Rechtssicherheit für die Marktteilnehmer. Das UWG stellt für sie eine Sollens-Ordnung auf. Daran müssen die Marktteilnehmer ex ante ihr Marktverhalten ausrichten können. Das UWG betont diesen Aspekt insbesondere durch die gewählte Regelungstechnik. Indem es die Generalklauseln

---

<sup>438</sup> Vgl. jurisPK/Ullmann, § 3 Rn. 62; Köhler, GRUR 2005, 1 (4).

<sup>439</sup> Beater, Rn. 960.



durch eine kasuistische Fallgruppenbetrachtung exemplifiziert, gibt es den Marktteilnehmern zumindest Anhaltspunkte, wann ein unlauteres bzw. unzulässiges Marktverhalten vorliegt.

Freilich erfährt der Gedanke der Rechtssicherheit im UWG zugleich erhebliche Einschränkungen durch die Verwendung von Generalklauseln und von offenen, wertungsbedürftigen Tatbeständen in den Katalogen der Beispiels- und Spezialtatbestände. Dogmatisch ist dies nicht zu beanstanden. Die aus dieser Regelungstechnik fließende Rechtsergänzungs- und Rechtsfortbildungsfunktion ist Spiegelbild der wettbewerblichen Dynamik, welche neue, unvorhergesehene Fallkonstellationen hervorbringt.

Um gleichwohl dem Erfordernis der Rechtssicherheit Rechnung tragen zu können, verlangt die Rechtsanwendung in diesen Bereichen jedoch in besonderer Weise die Offenlegung der getroffenen Wertungen.<sup>440</sup> Damit einher geht das Erfordernis zur Begründung des gefundenen Ergebnisses.<sup>441</sup> Zugleich kann beim Ergreifen wertungsöffener Begriffe auch die Einhaltung formaler Prüfungsschritte zur Rechtssicherheit beitragen.<sup>442</sup> Die Konkretisierung der Spürbarkeit verlangt damit auch eine methodisch-prozedurale Herangehensweise.

Auf der anderen Seite erfordert die Bestimmung der spürbaren Interessenbeeinträchtigung eine Berücksichtigung des real vorgefundenen Wettbewerbsprozesses. Die Rechtsanwendung muss sich um Realitätsnähe bemühen. Das Lauterkeitsrecht liefe sonst Gefahr, Verbote „ins Blaue hinein“ aufzustellen und damit den Wettbewerbsprozess über Gebühr einzuschränken. Dies verkennt jedoch die Natur des Wettbewerbs als unplanbares Entdeckungsverfahren.

Freilich ist genauer zu untersuchen, wie diese „Wirklichkeitskontrolle“ auszugestaltet ist. Als problematisch erweist sich dabei, dass die notwendige Reichweite des Schutzes der Wettbewerbsfreiheit der Marktteilnehmer nicht mit Sicherheit bestimmt werden kann. Dieses Problem liegt in der bereits beschriebenen Unschärfe der Wettbewerbsfreiheit begründet.<sup>443</sup> Es stellt sich daher die Frage, ob dieses Problem der Wissensanmaßung vermieden werden kann.

Zunächst ist als Ausweg an das Aufstellen von per-se-Verboten zur Bestimmung der Unlauterkeit zu denken.<sup>444</sup> In diesen Fällen wäre bei Tatbestandserfüllung in jedem Fall eine spürbare Interessenbeeinträchtigung gegeben. Diese Forderung begegnet jedoch dogmatischen Bedenken. Insbesondere ist hiergegen vorzutragen, dass die Freiheitsräume ihre Form und Bedeutung regelmäßig erst im Kontext des konkreten Marktgeschehens gewinnen. Eine per-se-Festlegung von Wettbewerbsbeschränkungen bei dynamisch sich wandelnden Markt- und Wettbewerbsverhältnissen erscheint damit nur für realitätsferne Extremfälle möglich. Nicht zuletzt deswegen hat der Gesetzgeber die Ausfüllung der Generalklausel gem. § 3 I UWG dem Rechtsanwender überantwortet, statt selbst allgemeingültige Regeln aufzustellen. Eine allgemeine und abstrakte Bestimmung der Freiheitsräume würde den Wettbewerb entgegen seinem selbstregulierenden und entwicklungsoffenen Wesen in das Korsett eines staatlich verordneten „Ideal-Wettbewerbs“ zwingen.

---

<sup>440</sup> *Beater*, Rn. 812.

<sup>441</sup> Vgl. *Beater*, Rn. 813.

<sup>442</sup> Vgl. *Harte/Henning/Podszun*, § 3 Rn. 124.

<sup>443</sup> Dazu oben S. 57 ff.

Allerdings entzieht sich der Wettbewerb als Realphänomen zugleich einer einfachen, formelhaften Beschreibung, so dass auch eine spürbare Beeinträchtigung nicht durch die bloße Anwendung einer Formel bestimmt werden kann.<sup>445</sup>

Es erscheint demnach unumgänglich dass die Entscheidung über die spürbare Beeinträchtigung von Marktteilnehmerinteressen auf unsicherer Grundlage getroffen wird. Deziisionistische normative Festlegungen lassen sich demnach kaum vermeiden. Allwissenheit des Rechtsanwenders kann dabei nicht gefordert werden.

Kann die zu fordernde Anwendungsrationalität aber nicht allein aus der „Natur der Sache“ gewonnen werden, so tritt der bereits oben angesprochene Aspekt methodisch-prozeduraler Anforderungen auch zur Absicherung der Wirklichkeitsnähe verstärkt hervor.

Im Ergebnis verdichten sich damit die Hinweise, dass die Lösung des beschriebenen Spannungsfeldes von Rechtssicherheit und Wirklichkeitsnähe nicht in einer materiellen Zuschreibung, sondern mindestens auch in der anzuwendenden Methodik liegt.

## 2. Berücksichtigung des Markt- und Wettbewerbsgeschehens?

Im vorangegangenen Abschnitt wurde dargelegt, dass der Rechtsanwender einerseits eine wertende Entscheidung über die Spürbarkeit der Interessenbeeinträchtigung zu treffen, andererseits aber möglichst eine Annäherung an den real vorgefundenen Wettbewerbsprozess zu suchen hat. Damit stellt sich nahezu zwangsläufig die Frage, inwieweit das tatsächliche Marktgeschehen bei dieser Wertung Berücksichtigung finden kann.

Der Wortlaut des UWG 2008 scheint zunächst dagegen zu sprechen. Die normative Wertung zielt nach dem Wortlaut allein auf die Interessen der Marktteilnehmer und betont damit zu Recht den Marktteilnehmerschutz. *Köhler* hat hieraus den Schluss gezogen, dass die tatsächlichen Auswirkungen einer unlauteren Handlung auf die Marktverhältnisse oder den Wettbewerb für die Spürbarkeit spätestens nunmehr außer Betracht zu bleiben haben.<sup>446</sup> Dem ist jedoch zu widersprechen. Zunächst schließt der Wortlaut der „spürbaren Beeinträchtigung“ eine Betrachtung quantitativer Folgen nicht aus, zumal der Gesetzeswortlaut hier gerade nicht auf den einzelnen Marktteilnehmer abhebt, sondern von den „Interessen der Marktteilnehmer“ spricht. Der Blick auf die Normhistorie zeigt zudem, dass die Formulierung des UWG 2008 einer Betrachtung des Marktgeschehens nicht zwingend entgegensteht. Das Merkmal der „spürbaren Interessenbeeinträchtigung“ trat mit dem UWG 2008 an die Stelle des Merkmals der „nicht unerheblichen Beeinträchtigung des Wettbewerbs zum Nachteil von Marktteilnehmern“ im UWG 2004. Diese Änderung sollte nur der sprachlichen Klarstellung dienen, eine inhaltliche Neuausrichtung war vom Gesetzgeber offensichtlich nicht beabsichtigt.<sup>447</sup> Dafür spricht

---

<sup>444</sup> Vgl. *Hoppmann*, Wirtschaftsordnung und Wettbewerb, S. 263, 299 f.

<sup>445</sup> S. aber RegE UWGÄndG 1994 BTDrucks. 12/7345, S. 11 re. Sp.: Der Gesetzgeber vergleicht die Wesentlichkeit im Rahmen des § 13 II UWGÄndG-E mit einer geringfügigen Geschwindigkeitsübertretung im Straßenverkehr. Die damit implizierte Einfachheit der Feststellung ist jedoch verfehlt.

<sup>446</sup> *Köhler/Bornkamm*, § 3 Rn. 131.

<sup>447</sup> Vgl. BTDrucks. 16/10145, S. 22 li. Sp.; s.a. *Piper/Ohly/Sosnitza*, § 3 Rn. 46.

auch, dass die Funktionalität beider Tatbestandsmerkmale innerhalb des Normgefüges unverändert geblieben ist. Zur angesprochenen Vorgängernorm des UWG 2004 findet sich in den Gesetzesmaterialien jedoch der Hinweis, dass Maßstab der Wettbewerbsverfälschung die „Wirkungen auf das Marktgeschehen“ sein sollen.<sup>448</sup> Die Wettbewerbsmaßnahme muss „von einem gewissen Gewicht für das Wettbewerbsgeschehen“ sein, wobei in die Wertung die „zu erwartenden Auswirkungen auf den Wettbewerb“ einzubeziehen sind.<sup>449</sup> Als Beispiel für eine nicht unerhebliche Verfälschung nennen die Gesetzesmaterialien den Fall, dass „bei Verstößen mit nur geringen Auswirkungen für den Marktteilnehmer eine Vielzahl von Marktteilnehmern betroffen ist oder eine nicht unerhebliche Nachahmungsgefahr besteht.“<sup>450</sup>

Nach dem Verständnis des Gesetzgebers können also sowohl die Reichweite der geschäftlichen Handlung als auch prognostizierte Folgen in die Beurteilung einfließen. Zugleich liegt hierin wiederum ein Verweis auf die Rechtsprechung, die im Rahmen der Gesamtabwägung ebenfalls quantitative und prognostische Elemente einbezogen hat. Abgestellt wurde beispielsweise auf die Zahl der Beteiligten und ihre Umsätze, ihre Marktstärke oder die Marktanteile.<sup>451</sup> Die Spürbarkeit nach dem UWG schließt ein solches, sich auch auf quantitative Faktoren stützendes, Verständnis also nicht von vornherein aus.

Die Einbeziehung des Marktgeschehens ist jedoch nicht unwidersprochen geblieben. So ist nach Ansicht von *Köhler* das Marktgeschehen für die Bestimmung der Erheblichkeit bzw. Spürbarkeit irrelevant.<sup>452</sup> Als Gründe führt er zum einen an, dass die Betrachtung von Marktfolgen der begrenzten Perspektive des Lauterkeitsrechts widerspricht. Das UWG betreibe keinen „kartellrechtlichen“ Schutz wettbewerblicher Marktstrukturen und Marktergebnisse, im Vordergrund stünden die Nachteile für die Marktteilnehmer.<sup>453</sup> Zum anderen erschwere die Berücksichtigung des Marktgeschehens die schneidige Handhabung lauterkeitsrechtlicher Rechtsbehelfe. Eine Darlegung der Beeinflussung des konkreten Marktgeschehens könne vom Kläger regelmäßig nicht geleistet werden. Zugleich würde die Möglichkeit einer raschen Untersagung unlauterer Handlungen vereitelt.<sup>454</sup>

Diese Bedenken *Köhlers* sind freilich unbegründet. Was den Aspekt der Praktikabilität angeht, so genügt der Hinweis, dass der Kläger nur die Eignung der angegriffenen Handlung zur Interessenbeeinträchtigung darzulegen hat. Eine umfängliche Darlegung tatsächlicher Auswirkungen wird vom UWG gar nicht verlangt.<sup>455</sup> Auch soweit es um das Marktgeschehen geht, genügt es daher, entsprechende Auswirkungen plausibel zu machen. Vergegenwärtigt man sich zudem, dass der Kreis der Klagebefugten – Mitbewerber, Unternehmens- und Verbraucherverbände, Industrie- und Handelskammern – sich aus Rechtssubjekten zusammensetzt, die aufgrund ihrer Tätigkeit zwangsläufig Nähe zum Marktgeschehen haben, kann schwerlich von überzogenen Anforderungen gesprochen werden. Im Rahmen

---

<sup>448</sup> BTDrucks. 15/1487, S. 17 li. Sp. Dass der Gesetzestext des § 3 UWG 2004 statt der „Verfälschung“ eine „Beeinträchtigung“ des Wettbewerbs verlangt, ist auf eine rein sprachliche Änderung im Gesetzgebungsverfahren zurückzuführen und damit hier unerheblich, vgl. *Köhler*, GRUR 2005, 1 (3).

<sup>449</sup> BTDrucks. 15/1487, S. 17 li. Sp.

<sup>450</sup> BTDrucks. 15/1487, S. 17 li. Sp.

<sup>451</sup> *Emmerich*, § 5 Rn. 43.

<sup>452</sup> *Köhler/Bornkamm*, § 3 Rn. 110, 113; *ders.*, GRUR 2005, 1 (5); *ders.*, WRP 2008, 10 (11).

<sup>453</sup> *Köhler*, WRP 2008, 10 (11).

<sup>454</sup> *Köhler*, GRUR 2005, 1 (3).

der einstweiligen Verfügung werden die Anforderungen zudem dadurch reduziert, dass die Erfordernisse unter dem Merkmal des „Drohens“ einer unzulässigen Handlung betrachtet werden und es damit ohnehin nicht auf den tatsächlichen Eintritt einer Interessenbeeinträchtigung ankommen kann.<sup>456</sup>

*Köhlers* Einwand, der Schutzzweck des UWG verlange gerade keine Einbeziehung des Marktgeschehens ist demgegenüber gravierender. Er kann sich auf den geänderten Wortlaut des UWG 2008 stützen und harmoniert mit dem vom UWG angestrebten Marktteilnehmerschutz.<sup>457</sup> Der Einwand greift jedoch ebenfalls nicht durch. *Köhlers* Argumentation beruht auf der Prämisse, dass die Schutzbereiche der Marktteilnehmerinteressen unveränderlich sind. Nur dann kann eine Beeinträchtigung ihrer Wettbewerbsfreiheit unabhängig vom konkreten Marktgeschehen erfasst werden. Dies impliziert jedoch ein statisches Wettbewerbsverständnis, dass den realen Gegebenheiten nicht gerecht wird.

Dagegen spricht zudem, dass ein Ausklammern des Marktgeschehens die unlautere Handlung auf ein Zwei-Personen-Verhältnis reduzieren würde, was die für den Wettbewerb konstitutionelle Mehrdimensionalität des Marktgeschehens missachtet. Eine derartige Betrachtung alleine des Horizontal- oder Vertikalverhältnisses lässt außer Betracht, dass eine unlautere geschäftliche Handlung regelmäßig auch die jeweils andere Dimension betrifft und somit ihre Bedeutung erst im Kontext des jeweiligen Marktgeschehens gewinnt.<sup>458</sup> Auch die Spürbarkeit einer Handlung ergibt sich in vielen Fällen gerade erst dadurch vollständig, dass die über das Marktgeschehen als Medium vermittelte Interessenbeeinträchtigung in die Betrachtung einbezogen wird. So vermag die Reichweite einer geschäftlichen Handlung im Vertikalverhältnis dazu beizutragen, die Beeinträchtigung von Mitbewerberinteressen im Horizontalverhältnis aufzuhellen. Die Betrachtung quantitativer Auswirkungen ergibt sich damit aus der Erkenntnis dass „*der jeweils relevante Markt [...] aus der Aggregation aller Marktbeteiligten*“ besteht.<sup>459</sup> Werden diese Marktfolgen ausgeblendet, droht eine einseitige Überbetonung des Konkurrenten- oder Abnehmerschutzes. Der Marktkontext kann folglich auch bei einer auf die Freiheiten der Marktteilnehmer gerichteten Sichtweise nicht ausgeblendet werden.

Zuletzt bleibt bei einer derartigen Betrachtung offen, wie der notwendige Intensitätsgrad der Interessenbeeinträchtigung bestimmt werden kann und welches Ausmaß er erreichen muss. *Köhler* selbst gibt dazu keine eindeutige Antwort.

Eine grundsätzliche Berücksichtigung des Marktgeschehens kann daher nicht von vornherein abgelehnt werden. Nach dem Vorstehenden erscheint die Betrachtung des Marktgeschehens als selbstverständliches Korrelat einer realitätsnahen Betrachtung des mehrdimensionalen Wettbewerbsgeschehens. Im Bezug auf die Rationalität und Realitätsnähe der Entscheidung ist jedoch zugleich der

---

<sup>455</sup> So letztlich auch *Köhler* selbst in: *Köhler/Bornkamm*, § 3 Rn. 122.

<sup>456</sup> Vgl. *Köhler/Bornkamm*, § 3 Rn.116.

<sup>457</sup> Zum Wortlaut s. auch den Änderungsvorschlag von *Köhler*, WRP 2008 10 (14), welcher offensichtlich das UWG 2008 maßgeblich beeinflusst hat.

<sup>458</sup> Vgl. oben S. 54 f.

<sup>459</sup> *Glöckner/Henning-Bodewig*, WRP 2005, 1311 (1329).

Forderung zuzustimmen, dass etwaige quantitative Kriterien grundsätzlich empirisch zu beziffern und zu unterlegen sind.<sup>460</sup>

Jedoch können sich Bedenken ergeben, soweit mit der Betrachtung des Marktgeschehens eine Prognose verknüpft wird. Dies ist insbesondere der Fall, wenn auf eine Sogwirkung auf oder eine Nachahmungsgefahr durch Mitbewerber abgestellt wird.<sup>461</sup> Der Gesetzgeber hat zur Nachahmungsgefahr in den Motiven zum UWG 2004 angemerkt, dass auch eine „nicht unerhebliche Nachahmungsgefahr“ die Erheblichkeitsgrenze überschreiten kann.<sup>462</sup> Er greift damit die ständige Linie der Rechtsprechung auf, welche die Nachahmungsgefahr regelmäßig im Rahmen der Erheblichkeits- bzw. Spürbarkeitschwelle thematisiert.<sup>463</sup> Nachahmungsgefahr soll demnach bestehen, wenn die Wettbewerbsmaßnahme eine Sogwirkung entfaltet, welche die Wettbewerber dazu veranlasst, das Verhalten zu übernehmen, da sie anderenfalls erhebliche Nachteile im Wettbewerb befürchten müssen.<sup>464</sup> Die Rechtsprechung hat weiterhin vereinzelt gefordert, dass die Nachahmungsgefahr anhand konkreter Umstände festzustellen ist.<sup>465</sup> Sie ist dieser Forderung in der Praxis jedoch nicht immer hinlänglich nachgekommen. Insbesondere wurde die Nachahmungsgefahr regelmäßig aus der Schwere des Verstoßes bzw. der Verletzung hochwertiger Rechtsgüter abgeleitet oder ohne weiteres unterstellt.<sup>466</sup>

Gegen die grundsätzliche Einbeziehung von Prognosen werden erkenntnistheoretische und teleologische Bedenken ins Feld geführt.<sup>467</sup> In der Literatur wird die Berücksichtigungsfähigkeit einer Nachahmungsgefahr teilweise generell bezweifelt,<sup>468</sup> teilweise nur unter engen Voraussetzungen und zurückhaltend zugelassen.<sup>469</sup> Mangels belastbarer Kenntnisse über die Kausalzusammenhänge im realen Wettbewerbsgeschehen könnten keine sicheren Erkenntnisse über Marktergebnisse getroffen werden. Aussagen über eine etwaige Nachahmungsgefahr seien damit weitgehend spekulativ.

Diese Bedenken sind ernst zu nehmen. Insbesondere wenn richtigerweise einem systemtheoretischen Wettbewerbsverständnis gefolgt wird, müssen marktbezogene Zukunftsabschätzungen auf prinzipielle Ablehnung stoßen. Dies geht bereits mit der Anerkennung des Wettbewerbs als unplanbarem Entdeckungsverfahren einher. Damit besteht aber keine hinreichende Sicherheit für den Kausalitätsnachweis zwischen unlauterer Handlung und Marktfolge. Die wirtschaftswissenschaftlichen Theorien konn-

---

<sup>460</sup> Harte/Henning/Podszun, § 3 Rn. 141, ebenso schon Harte/Henning/Schünemann (2. Aufl.), § 3 Rn. 402 ff.

<sup>461</sup> Vgl. Lubberger, in: Gloy/Loschelder/Erdmann, § 45 Rn. 13 („Gefahr zu Fehleinschätzungen auf schmaler Tatsachengrundlage“); kritisch deshalb Köhler/Bornkamm, § 3 Rn. 131; Piper/Ohly/Sosnitza, § 3 Rn. 55; Schünemann, in: Krejci/Keßler/Augenhofer, S. 75 ff.; jurisPK/Ullmann, § 3 Rn. 71; s.a. Heermann, GRUR 2004, 94 (97); GK-UWG/Peukert, § 3 Rn. 427 f.; Harte/Henning/Podszun, § 3 Rn. 142.

<sup>462</sup> BTDrucks. 15/1487, S. 17 li. Sp.

<sup>463</sup> Vgl. zu § 13 II Nr. 1, 2 UWG 1909 z.B. BGH GRUR 1995, 122 (124) – *Laienwerbung für Augenoptiker*; BGH GRUR 1997, 767 (769) – *Brillenpreise II*; BGH GRUR 2000, 1087 (1089) – *Ambulanter Schlussverkauf*; BGH GRUR 2001, 1166 (1169) – *Fernflugpreise*; zu § 3 UWG 2004 BGH GRUR 2006, 426 (428 Tz. 21) – *Direktansprache am Arbeitsplatz II*; zu § 3 I UWG 2008 BGH GRUR 2010, 649 (651 Tz. 30) – *Preisnachlass auf Vorratsware*.

<sup>464</sup> BGH GRUR 2001, 166 (1169) – *Fernflugpreise*.

<sup>465</sup> So für das Parallelproblem der Berücksichtigung der Nachahmungsgefahr im Tatbestand der allgemeinen Marktbehinderung BGH GRUR 2010, 455 (458 Tz. 25) – *Stumme Verkäufer II*.

<sup>466</sup> BGH GRUR 1977, 619 (621) – *Eintrittsgeld*; BGH GRUR 1992, 622 (624 f.) – *verdeckte Laienwerbung*.

<sup>467</sup> Ausführlich Schünemann, in: Krejci/Keßler/Augenhofer, S. 75 ff.; s.a. Harte/Henning/Schünemann (2. Aufl.), § 3 Rn. 337 ff.

<sup>468</sup> Köhler/Bornkamm, § 3 Rn. 131; ders., GRUR 2005, 1 (5); Harte/Henning/Podszun, § 3 Rn. 144; GK-UWG/Schünemann Einl. A Rn. 114; Harte/Henning/ders., § 3 Rn. 410; Piper/Ohly/Sosnitza, § 3 Rn. 55.

<sup>469</sup> Beater, Rn. 1034 f.; Heermann, GRUR 2004, 94 (97 f.); Lubberger, in: Gloy/Loschelder/Erdmann, § 45 Rn. 13; GK-UWG/Peukert, § 3 Rn. 427.

ten hierzu bisher keinen allgemein gültigen Nachweis erbringen. Die von effizienzbasierten Wettbewerbstheorien aufgestellten Zusammenhänge lassen sich jedenfalls nicht verallgemeinern und sind daher als generelle Richtschnur ungeeignet. Die Annahme sicherer Prognostizierbarkeit ist nur innerhalb reduzierter Wettbewerbsmodelle gegeben, die jedoch an der Realität vorbeigehen.<sup>470</sup>

Die Forderung kann daher nur lauten, bei der Betrachtung des Marktgeschehens auf Spekulationen soweit wie möglich zu verzichten. Dies schließt eine empirisch abgestützte Bewertung quantitativer Aspekte nicht von vornherein aus, verlangt jedoch einerseits grundsätzliche Zurückhaltung sowie andererseits eine Offenlegung der die Wertung tragenden Annahmen. Dies ist letztlich der Komplexität des Systems Wettbewerb geschuldet. Es ist zu vergegenwärtigen, dass allenfalls eine fundierte Plausibilitätsabschätzung möglich ist. *„Generell gilt: Je komplexer die Systeme werden, desto unbekannter sind die Wirkungszusammenhänge, desto makroskopischer muss der Zugriff auf die Ursache-Wirkungs-Zusammenhänge werden.“*<sup>471</sup>

Unter diesen Kautelen kann eine Marktbetrachtung jedoch zur realitätsnahen Ausfüllung der spürbaren Interessenbeeinträchtigung der Marktteilnehmer nutzbar gemacht werden.

### 3. Strukturierte Verhältnismäßigkeit als Ausformung der Schutzzweckanforderungen

Zur Konturierung der Spürbarkeit ist schließlich auf ihre Funktion genauer einzugehen. Nach dem Verständnis des Gesetzgebers sollte die Erheblichkeitsschwelle des UWG 2004 eine „allgemeine Bagatellgrenze“ darstellen, mit der die „Verfolgung von lediglich Bagatellfällen“ ausgeschlossen werden sollte. Dementsprechend ist die Regelung als Bagatellklausel in Rechtsprechung und Literatur rezipiert worden.<sup>472</sup> Für das UWG 2008 wird an diesem Funktionsverständnis festgehalten. Fälle von untergeordneter Bedeutung sollen von der Anwendung des Gesetzes ausgeschlossen werden.<sup>473</sup>

Es lassen sich jedoch Zweifel nicht unterdrücken, ob der vom Gesetzgeber gewählte Ansatz diesem Ziel überhaupt gerecht werden kann. Zunächst geben weder der Wortlaut noch die Gesetzesbegründung einen Hinweis, wo die Bagatellgrenze zu verorten ist. Vorbehaltlich der noch näher auszuführenden Berücksichtigung des § 1 UWG sind Bestimmung und Höhe eines Mindestgrades der Interessenbeeinträchtigung weitgehend unbestimmt. Der Gesetzgeber liefert hier kein eindeutiges Bekenntnis. In den Materialien zum UWG 2004 hat er sich auf den Hinweis beschränkt, dass die Schwelle *„auch nicht zu hoch anzusetzen sei.“*<sup>474</sup> Dies erscheint vor dem Hintergrund der oben beschriebenen Filterfunktion nicht widerspruchsfrei. Je niedriger die Bagatellschwelle angesetzt wird, desto geringer fällt ihre Filterfunktion aus. Eine Beschränkung auf schwerwiegende Fälle wird damit im Zweifelsfall nicht erreicht. Gerade dies müsste jedoch das Ziel einer Bagatellklausel sein.<sup>475</sup> Wenn der Gesetzgeber diese Funktion aber nachgerade wieder relativieren will, wird ein Festhalten an dieser Funktion fraglich. Dementsprechend ist im Zuge der sprachlichen Umstellung der Bagatellklausel auf die Spürbar-

---

<sup>470</sup> Schünemann, in: Krejci/Keßler/Augenhofer, S. 75 ff.

<sup>471</sup> Spindler, AcP 208 (2008), 283 (290); s.a. Beater, Rn. 1034 f.

<sup>472</sup> S.o. Fn. 3.

<sup>473</sup> Emmerich, § 5 Rn. 40; Harte/Henning/Podszun, § 3 Rn. 125.

<sup>474</sup> BTDrucks. 15/1487, S. 17 li. Sp.

keit vereinzelt auch gefordert worden, diese zu verschärfen.<sup>476</sup> Insgesamt hat der unterschiedliche Wortlaut der verschiedenen Bagatell-Regelungen in den unterschiedlichen Fassungen des UWG (einschließlich des Wesentlichkeitskriteriums in der 1994 eingeführten Beschränkung der Klagebefugnis nach § 13 II UWG) zwar Spekulationen über eine Verschiebung der Bagatell-Grenze Auftrieb gegeben, er hat jedoch nicht dazu geführt, diese praktisch handhabbarer zu machen. Dementsprechend wird in der Literatur regelmäßig die praktische Irrelevanz der Bagatellklausel festgestellt. Sie wird als zusätzliche Verteidigungslinie für abgemahnte Wettbewerber gesehen, welche dem Richter zugleich zusätzliche Wertungsmöglichkeiten eröffnet, jedoch keine eigenständige Filterwirkung entfaltet.<sup>477</sup>

Der Gesetzgeber hat es der Rechtsprechung übertragen, hier auch zukünftig Anhaltspunkte für Richtwerte und Mindestgrade einer Interessenbeeinträchtigung zu bestimmen. Nur so lässt sich die Bezugnahme der Gesetzesmaterialien zum UWG 2004 auf die Gesamtabwägungs-Formel der Rechtsprechung deuten.<sup>478</sup> Es wurde jedoch bereits dargelegt, dass die Rechtsprechung bisher keine überzeugende Systematik für das Vorliegen von Bagatellfällen hervorgebracht hat.<sup>479</sup> Mangels eindeutiger Richtgrößen hängt die Geringfügigkeit einer Interessenbeeinträchtigung damit „in der Luft“.

An dieser Stelle ist zu überlegen, ob die Spürbarkeit nicht durch systematischen Vergleich mit vergleichbaren Regelungen konturiert werden kann. Zunächst bietet sich hier eine Parallele zur „Spürbarkeit“ als Tatbestandsmerkmal der Wettbewerbsbeschränkungsverbote des Kartellrechts an (Art. 101 AEUV, § 1 GWB). Im Rahmen dieser Tatbestände handelt es sich bei der Spürbarkeit um ein ungeschriebenes, jedoch allgemein anerkanntes Tatbestandsmerkmal, mit welchem Fälle aus dem Anwendungsbereich der Norm ausgeschieden werden sollen, die keine Bedeutung für das Marktgeschehen oder die Interessen Dritter haben.<sup>480</sup> Die Parallelen zur Formulierung des § 3 UWG 2004 sind offensichtlich. In der Praxis hat sich die Handhabung der kartellrechtlichen Spürbarkeit durch Rechtsprechung und Behörden zu einer Betrachtung der Marktanteile als Richtwert verdichtet. Begünstigt wurde dies durch entsprechende „De-Minimis-Bekanntmachungen“ der europäischen Kommission und des deutschen Kartellamtes.<sup>481</sup> Die Rezeption dieser Entwicklung für das Lauterkeitsrecht setzt jedoch voraus, dass beide Materien in Schutzzweck und funktionaler Ausformung vergleichbar sind. Der Schutzzweck bereitet keine Probleme. Es entspricht wohl herrschender Ansicht, dass UWG und GWB als gleichberechtigte Teile einer auf den Schutz des freien Wettbewerbs gerichteten Wettbewerbsordnung zu sehen sind (sog. Konvergenzthese).<sup>482</sup> Gemeinsamer Fluchtpunkt beider Materien ist der freie Wettbewerb. Zur kartellrechtlichen Rezeption der Spürbarkeit müssten sie aber auch die gleiche

---

<sup>475</sup> Vgl. die Begründung zum RegE des Änderungsgesetzes von 1994, BTDrucks. 12/7345, S. 11 re. Sp.

<sup>476</sup> Helm, in: FS Bechtold, S. 155 (156).

<sup>477</sup> Beater, Rn. 975; Harte/Henning/Podszun, § 3 Rn. 132.

<sup>478</sup> Zu dieser Formel bereits oben S. 68, vgl. BTDrucks. 15/1487, S. 17 li. Sp.

<sup>479</sup> S.o. S. 1 ff.

<sup>480</sup> Vgl. BGH GRUR 1963, 43 (46) – SPAR; Emmerich, Kartellrecht, § 21 Rn. 30 ff.; Loewenheim/Meesen/Riesenkampff/J.B. Nordemann, GWB § 1 Rn. 141 ff.

<sup>481</sup> Bekanntmachung der Kommission über Vereinbarungen von geringer Bedeutung, die den Wettbewerb gemäß Art. 81 Absatz 1 des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaften nicht spürbar beschränken (de minimis), ABl. C 368 v. 22.12.2001, S. 13 ff. = WuW 2001, 705 ff. bzw. Bekanntmachung Nr. 18/2007 über die Nichtverfolgung von Kooperationsabreden mit geringer wettbewerbsbeschränkender Bedeutung (Bagatellbekanntmachung) vom 13. März 2007.

Perspektive einnehmen. Dies lässt sich nicht allein aus dem Schutzzweck ableiten, selbst wenn man diesen einheitlich als Schutz der Wettbewerbsfreiheit ausformt.<sup>483</sup> Vielmehr ist hier auch der jeweilige Norminhalt einzubeziehen. Gerade hierin liegen jedoch die wesentlichen Unterschiede. Das UWG stellt ersichtlich die Interessen der Marktteilnehmer in den Vordergrund. Dies ergibt sich sowohl aus der Schutzzweckklausel als auch aus der Wahl der Marktteilnehmerinteressen als Bezugspunkt der Spürbarkeit. Dieser Befund wird bestärkt durch die im vorausgegangenen Kapitel herausgearbeitete Teleologie des lauterkeitsrechtlichen Wettbewerbsschutzes. Das UWG denkt den Wettbewerb demnach aus der Perspektive der Marktteilnehmer. Aufgreifbarbestand ist die einzelne geschäftliche Handlung, unabhängig von ihrer Marktbedeutung. Der Zugriff des Kartellrechts ist demgegenüber makroskopischer, es hat den gesamten (relevanten) Markt im Blick. Dadurch rückt der Aspekt der Marktmachtkontrolle in den Vordergrund, was eine Kontrolle der Marktstruktur mit sich bringt.<sup>484</sup> Die Betrachtung von Marktauswirkungen ist damit selbstverständlicher Topos kartellrechtlicher Betrachtung. Somit ist aber auch der Bezugspunkt der Spürbarkeit im Kartellrecht ein grundsätzlich anderer, so dass die kartellrechtliche Handhabung der Spürbarkeit nicht für das Lauterkeitsrecht rezipiert werden kann.

Aufgrund der Fokussierung des Lauterkeitsrechts auf die Marktteilnehmerinteressen kann andererseits überlegt werden, ob nicht eine Anlehnung an den Gedanken des Rechtsmissbrauchs gem. § 242 BGB zur Konturierung der Spürbarkeit beitragen kann. *Köhler* hat zum UWG 2004 einen entsprechenden Vergleich gezogen und die Rückbesinnung auf das Bürgerliche Recht angemahnt.<sup>485</sup> An der Verfolgung von Bagatellfällen bestünde kein schutzwürdiges Interesse der Anspruchsberechtigten. In ähnlicher Weise sieht *Helm* die Geringfügigkeit eines Verstoßes gegeben, wenn „*kein ernsthaftes Interesse an der Verfolgung*“ bejaht werden kann.<sup>486</sup> Allerdings ist auch dieser Ansatz kritisch zu betrachten. Bei der Bestimmung eines Rechtsmissbrauchs werden regelmäßig nur die Interessen von Gläubiger und Schuldner einander gegenüber gestellt und abgewogen.<sup>487</sup> Eine entsprechende Abwägung beispielsweise im Rahmen des wettbewerblichen Unterlassungsanspruchs griffe jedoch zu kurz. Der Wettbewerb ergibt sich aus dem komplexen Zusammenspiel aller Marktteilnehmer, so dass bei der Bewertung der Spürbarkeit einer Interessenbeeinträchtigung sich die zu erfassenden Interessen nicht auf diejenigen der Prozessparteien beschränken können. Der Rechtsanwender hat trotz der zivilprozessualen Ausgestaltung der lauterkeitsrechtlichen Rechtsverfolgung vielmehr auch die Interessen derjenigen zu berücksichtigen, die im konkreten Prozess nicht beteiligt sind. Normtextlich lässt sich dies an dem umfassenden Interessenschutz des § 1 UWG festmachen.<sup>488</sup> Damit scheidet aber auch eine Konturierung der lauterkeitsrechtlichen Spürbarkeit nach der Maßgabe des Rechtsmissbrauchs aus.

---

<sup>482</sup> *Emmerich*, § 5 Rn. 34; *Köhler/Bornkamm*, Einl UWG Rn. 6.11; s.a. *Köhler*, WRP 2005, 645 (645 f.).

<sup>483</sup> So z.B. *Schwipps*, S. 79 ff.; 98.

<sup>484</sup> Vgl. *Köhler*, WRP 2005, 645 (646 f.); *Schwipps*, S. 122 f.

<sup>485</sup> *Köhler*, GRUR 2005, 1 (2).

<sup>486</sup> *Helm*, in: FS Bechtold, S. 155 (161).

<sup>487</sup> Vgl. *MüKoBGB/Roth/Schubert*, § 242 Rn. 235 ff., 406 ff.

<sup>488</sup> *Harte/Henning/Podszun*, § 1 Rn. 95 ff.



Festzuhalten bleibt damit, dass die Bestimmung von Richtgrößen und Gradmesser für eine spürbare Interessenbeeinträchtigung weitgehend dem Rechtsanwender überlassen bleiben. Die bisher entwickelten Ansätze engen zwar den Katalog möglicher Kriterien in der einen oder anderen Richtung ein, geben aber selbst keine Richtwerte vor. Regelmäßig verbleibt es bei Aussagen zu einer je-desto-Relation. Dies betont allerdings einmal mehr die wertende Entscheidung, die der Rechtsanwender letztlich zu treffen hat, womit wiederum die bereits gestellte Forderung nach Dar- und Offenlegung der getroffenen Wertungen zum Tragen kommt.

In jedem Fall muss diese Entscheidung sich am herausgearbeiteten Schutzzweck des § 1 UWG orientieren. Daraus ergibt sich zunächst eine inhaltliche Komponente. Sämtliche geschützte Interessen sind bei der Bewertung einer spürbaren Beeinträchtigung zu betrachten. Dies gilt unabhängig davon, ob sie von einem Prozessbeteiligten verfolgt werden. Wie gesehen kann die Feststellung der Spürbarkeit nicht alleine am Verfolgungsinteresse der Anspruchsberechtigten gemessen werden.<sup>489</sup>

Zugleich folgt aus § 1 UWG auch eine methodische Festschreibung. Aus dem einheitlichen, multidimensionalen Schutzzweck des UWG wird der Rechtsanwender zu einer umfassenden Abwägung der geschützten Interessen im Einzelfall verpflichtet. Die Interessenbeeinträchtigung ist regelmäßig in Relation zu sehen zu den sonstigen geschützten Interessen der Marktteilnehmer und damit zum Schutz des Wettbewerbs als Institution. Dies wirkt notwendigerweise zurück auf die Frage, wann eine Interessenbeeinträchtigung spürbar ist.

Die Spürbarkeit einer Interessenbeeinträchtigung kann demnach nur unter Beachtung der übrigen geschützten Interessen ermittelt werden. Dies ist nicht zuletzt Ausdruck des Verhältnismäßigkeitsprinzips, dessen Bedeutung für die Feststellung der spürbaren Interessenbeeinträchtigung regelmäßig betont wird.<sup>490</sup>

Fasst man nun die sich aus der Schutzzweckbetrachtung ergebenden materiellen und methodisch-prozeduralen Anforderungen zusammen, so ergibt sich, dass die Prüfung einer spürbaren Interessenbeeinträchtigung in eine strukturierte Verhältnismäßigkeitsprüfung zu überführen ist. Damit wird zwar der Wortsinn einer „Bagatell-Klausel“ verlassen, jedoch konnte bereits gezeigt werden, dass diese Funktion aufgrund der gesetzgeberischen Vorstellung von vornherein fragwürdig war. Den Anforderungen des Schutzzwecks ist damit der Vorrang einzuräumen.

#### IV. Zusammenfassung

Im vorliegenden Abschnitt wurden die bisherigen Absätze auf ihre Tauglichkeit zur Konkretisierung der Spürbarkeit untersucht. Es hat sich gezeigt, dass die bisherigen Ansätze zu stark die materiellrechtliche Seite der Spürbarkeit betonen und dabei die methodisch-prozeduralen Anforderungen ausblenden, die sich aus ihrer Natur als wertender Einzelfallentscheidung ergeben. Die Folge ist, dass nur eine geringe Hilfestellung für den Rechtsanwender geleistet werden kann. Beide Aspekte lassen sich aber in Verbindung mit dem Schutzzweck des UWG erhellen.

---

<sup>489</sup> Vgl. Harte/Henning/Podszun, § 1 Rn. 96.

<sup>490</sup> Köhler GRUR 2005, 1 (2).

Betrachtet man die vom Rechtsanwender zu treffende Wertung unter dem Aspekt der Freiheitsbeschränkung, so ergeben sich daraus Anforderungen an die Methodik. Die Entscheidung muss dem Erfordernis der Rechtssicherheit Rechnung tragen und zugleich die Nähe zum Realprozess Wettbewerb suchen. Unabhängig vom Ergebnis sind die getroffenen Wertungen daher dar- und offenzulegen.

In materieller Hinsicht hat die Untersuchung ergeben, dass aus dem Erfordernis der Realitätsnähe auch eine Betrachtung des Marktgeschehens grundsätzlich einbezogen werden kann. Dabei darf jedoch die grundsätzliche Prognoseunsicherheit bezüglich des (zukünftigen) Marktgeschehens nicht vergessen werden. Eine weitere materielle Konturierung kann nicht aus vermeintlich vergleichbaren Konstellationen des Kartell- oder allgemeinen Zivilrechts gewonnen werden, sondern muss sich wiederum eng am Schutzzweck des Lauterkeitsrechts ausrichten. Dies führt zur Einbeziehung und Abwägung sämtlicher geschützter Marktteilnehmerinteressen auch bei der Bestimmung der spürbaren Interessenbeeinträchtigung.

In der Zusammenschau verdichten sich damit die Anforderungen an die spürbare Interessenbeeinträchtigung zu einer strukturierten Verhältnismäßigkeitsprüfung im Einzelfall. Wie eine solche ausgestaltet werden kann, soll im nächsten Abschnitt untersucht werden.

## Kapitel 4: Spürbarkeit als Ausdruck der Verhältnismäßigkeit

Das vorangegangene Kapitel hat erbracht, dass die Bestimmung der spürbaren Interessenbeeinträchtigung im Wege einer strukturierten Verhältnismäßigkeitsprüfung erfolgen muss. In diesem Kapitel soll nun der Frage nachgegangen werden, wie der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit auszugestalten ist, um diesen Anforderungen im Einzelfall unter Berücksichtigung der Schutzzwecke gerecht zu werden. Es liegt nahe, sich hierbei an der aus dem öffentlichen Recht bekannten dogmatischen Struktur zur Bestimmung der Spürbarkeit zu orientieren. Die Untersagung einer geschäftlichen Handlung würde dann davon abhängen, ob der Ausspruch der Unzulässigkeit im Hinblick auf die Wettbewerbsfreiheit aller Beteiligten geeignet, erforderlich und angemessen ist. Dazu muss jedoch zunächst festgestellt werden, ob und in welchem Umfang das Prinzip der Verhältnismäßigkeit im Lauterkeitsrecht zur Anwendung gebracht werden kann. Auf dieser Grundlage können dann die einzelnen Elemente dieses Grundsatzes im lauterkeitsrechtlichen Kontext betrachtet werden.

### I. Anwendbarkeit des Verhältnismäßigkeitsprinzips im Lauterkeitsrecht

Die Wurzeln des Grundsatzes werden zumeist im öffentlichen Recht verortet, wo er nach allgemeiner Ansicht von grundlegender Bedeutung für das Verhältnis zwischen Staat und Bürger ist.<sup>491</sup> Abgeleitet wird er aus dem Rechtsstaatsprinzip oder den Grundrechten selbst.<sup>492</sup> Im Ergebnis ist er als Prinzip mit Verfassungsrang anerkannt und damit über Art. 20 Abs. 3 GG für alle drei Staatsgewalten bindend. Selbst auf der Ebene des primären und sekundären EU-Rechts wird er als tragendes Rechtsprinzip gesehen.<sup>493</sup>

Die Anwendung des Verhältnismäßigkeitsprinzips im Privatrecht wird daher regelmäßig mit seiner Ausstrahlungswirkung aus dem öffentlichen Recht begründet.<sup>494</sup> Diese Ableitung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes aus dem öffentlichen Recht verführt jedoch dazu, ihn als systemfremden Oktroi im Privatrecht wahrzunehmen.<sup>495</sup> Dabei wird jedoch verkannt, dass der im Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zum Ausdruck kommende Schutz von Freiheitsbeeinträchtigungen nicht nur auf verfassungsrechtlicher Ebene Geltung beansprucht, sondern universellen Regeln folgt.<sup>496</sup> Es handelt sich um ein allgemeines Rechtsprinzip, welches überall dort Raum greift, wo kollidierende Rechtsgüter, Werte und Interessen zum Ausgleich zu bringen sind.<sup>497</sup> Der Gedanke des Interessenausgleichs als wertende Gegenüberstellung ist dem Privatrecht aber nicht fremd, sondern im Gegenteil inhärent. Er kann unmittelbar dem Wesen der Freiheit und – als Suche nach dem rechten Maß – der Gerechtigkeitsidee

---

<sup>491</sup> Vgl. BVerfGE 23, 127 (133); BVerfGE 19, 342 (348 f.); Maunz/Dürig/Grzeszick, GG Art. 20 Abschnitt VII Rn. 107; *Jakobs*, S. 127 ff.; zur Entwicklung umfassend *Remmert*.

<sup>492</sup> Maunz/Dürig/Grzeszick, GG Art. 20 Abschnitt VII Rn. 108; vgl. BVerfGE 19, 342 (348 f.).

<sup>493</sup> *Trstenjak/Beysen*, EuR 2012, 265; s.a. Art. 52 I EU-Grundrechtecharte sowie ErwGrd. 18 UGP-RL.

<sup>494</sup> Z.B. MüköBGB/Wagner, Vorbem. vor §§ 823 ff. Rn. 65; ähnlich *Wuttke*, Rn. 357 ff.

<sup>495</sup> Hierauf stützt sich beispielsweise die Kritik von *Medicus*, AcP 192 (1992), 36 (54) und *Bieder*, S. 27 ff.; s.a. MüköBGB/Wagner, Vorbem. vor §§ 823 ff. Rn. 65.

<sup>496</sup> *Hanau*, S. 5 f., 94 ff., 141; *M. Stürmer*, S. 442 f.

<sup>497</sup> *M. Stürmer*, S. 355 f.; s.a. BGH NJW 1992, 3096 (3104); BGH NJW 1987, 2238 (2239) (ein das „ganze Zivilrecht beherrschender Grundsatz der Verhältnismäßigkeit von Mittel und Zweck“).

entnommen werden.<sup>498</sup> Der Gedanke der Verhältnismäßigkeit ist folglich im Zivilrecht kein Fremdkörper, sondern eines seiner tragenden Prinzipien.

Auf das Lauterkeitsrecht gewendet ist damit zu erkennen, dass die Verhältnismäßigkeit den freiheitsbegrenzenden, aber auch freiheitssichernden Ordnungsnormen dieses Rechtsgebietes immanent ist und nicht aus der verfassungsgebundenen Verhältnismäßigkeit abgeleitet werden muss. Freilich stellt sich damit für die Untersuchung die Frage, inwieweit die Verhältnismäßigkeit im Lauterkeitsrecht anhand struktureller Parallelen zum öffentlichen Rechts ergründet werden kann, so dass sich die fortgeschrittenere dogmatische Durchdringung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes im letztgenannten Bereich nutzbar machen lässt. Hierzu soll zunächst die Funktion der Verhältnismäßigkeitsprüfung genauer untersucht werden, bevor ein inhaltlich-struktureller Transfer erörtert wird.

## 1. Funktionen der Verhältnismäßigkeitsprüfung

Wesentliche Funktion des Verhältnismäßigkeitsprinzips – in seiner öffentlich-rechtlichen Ausprägung – ist die Begrenzung staatlicher Macht.<sup>499</sup> Wird der Maßstab der Verhältnismäßigkeit an eine staatliche Handlung angelegt, so beschränkt dieser die Handlungsmöglichkeiten der öffentlichen Gewalt und schont dadurch die Rechtssphäre des Adressaten. Plastisch deutlich wird dies am Beispiel des Grundrechtseingriffs durch die öffentliche Gewalt, welcher zugleich eine Einschränkung verfassungsrechtlicher Freiheitsgewährleistung darstellt. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit verhindert, dass der Eingriff über das zur Zweckerreichung Erforderliche hinausgeht. Er wird somit zur Schranke für die Einschränkung der Freiheit des Bürgers (sog. Schranken-Schranke), indem er einen übermäßigen und unangemessenen Eingriff nicht zulässt.<sup>500</sup> In diesem Übermaßverbot verwirklicht sich demnach zugleich eine Schutz- und Sicherungsfunktion für die Freiheit des Bürgers.<sup>501</sup> Der Staat wird gezwungen, die Freiheitsvermutung zugunsten des Einzelnen zu respektieren, der Freiheitsanspruch des Bürgers gegenüber dem Staat wird durchgesetzt.

Zugleich kommt dem Grundsatz eine Kontrollfunktion zu, da sowohl die Begrenzung staatlicher Macht als auch der Schutz bürgerlicher Freiheit bereits eine Offenlegung und Überprüfung der staatlichen Handlungsmöglichkeiten implizieren.<sup>502</sup> Regelmäßig ist das staatliche Handeln zudem durch den Schutz anderer Freiheitssphären oder von Werten mit Verfassungsrang motiviert, die im Rahmen einer Verhältnismäßigkeitsprüfung zu bedenken sind. Daraus resultiert die Notwendigkeit, die widerstreitenden Interessen und Freiheitssphären zu einem schonenden Ausgleich zu bringen. Das Verhältnismäßigkeitsprinzip dient damit zugleich der Gerechtigkeitsidee.<sup>503</sup>

Gerade der letztere Gedanke des Ausgleichs von Freiheitsräumen ist für die Anwendung im Lauterkeitsrecht fruchtbar. Die Prüfung der Verhältnismäßigkeit im Rahmen der lauterkeitsrechtlichen Spürbarkeit dient nicht vorrangig dem Ausgleich staatlicher Macht, sondern dem Ausgleich der Interessen

---

<sup>498</sup> Hanau, S. 95 f., 98 f.; M. Stürner, S. 358 ff., 442;

<sup>499</sup> Kluth, JA 1999, 606 (609); Stern, Staatsrecht, Band III/2, S. 762.

<sup>500</sup> Zum Begriff der Schranken-Schranke Stern, Staatsrecht, Band III/2, S. 764 f.; Pie-roth/Schlink/Kingreen/Poscher, Rn. 285 ff.

<sup>501</sup> Vgl. Maunz/Dürig/Grzeszick, GG Art. 20 Abschnitt VII RN. 107.

<sup>502</sup> Vgl. Kluth, JA 1999, 606 (609); Stern, Staatsrecht, Band III/2, S. 783.

<sup>503</sup> Hanau, S. 98 ff.; Stern, Staatsrecht, Band III/2, S. 765 f.

der am Markt Beteiligten. Im Lauterkeitsrecht hat sich der Gesetzgeber bewusst dagegen entschieden, aus eigenem Antrieb hoheitlich in den Wettbewerb einzugreifen, sondern die Durchsetzung lauterkeitsrechtlicher Ansprüche den Marktteilnehmern übertragen. Dies ist für die angestellte Betrachtung jedoch unschädlich, da die drittbetroffenen Interessen gerade auch durch § 1 UWG geschützt werden, so dass ihr Schutz das Ziel der Untersagungsverfügung als staatlicher Maßnahme definiert. Freilich gelangt man zu demselben Ergebnis, wenn man von vornherein den Interessenausgleich im Wege der Abwägung als Ziel der Verhältnismäßigkeitsprüfung ausmacht.

Die angesprochene Gerechtigkeitsfunktion verweist zudem auf den prozeduralen Charakter der Verhältnismäßigkeit, welcher im vorangegangenen Kapitel als tragend für die Anwendung im Lauterkeitsrecht herausgearbeitet wurde. Es handelt sich um ein formales Prinzip, welches die Kollisionen verschiedener Rechtsgüter, Werte und Interessen rationalisiert, inhaltlich konkretisiert und auflöst, ohne damit jedoch bereits inhaltliche Aussagen über das Ergebnis zu treffen. Der Gewinn liegt also zuvorderst in der Strukturierung der zu treffenden Entscheidung, welche dadurch transparenter und nachvollziehbarer wirkt.

## 2. Durchdringung des Privatrechts, insbesondere des Lauterkeitsrechts

Im Privatrecht kann der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit – wie bereits gezeigt – grundsätzlich ebenfalls zur Anwendung kommen. Dies ergibt sich bereits aus seiner Stellung als Verfassungsprinzip. Es strahlt in sämtliche Rechtsgebiete aus und bestimmt als übergeordnetes Recht die Auslegung unterverfassungsrechtlicher Normen (sog. verfassungskonforme Auslegung)<sup>504</sup>. Zugleich bindet es die Gerichte bei der Anwendung bürgerlich-rechtlicher Vorschriften. Darüber hinaus greifen zivilrechtliche Vorschriften regelmäßig den Gedanken der Verhältnismäßigkeit explizit auf, z.B. § 228 S. 1 BGB („*außer Verhältnis*“)<sup>505</sup> oder § 904 BGB („*unverhältnismäßig*“).

Daraus folgt jedoch noch nicht, dass das Privatrecht undifferenziert dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit – auch und gerade in seiner öffentlich-rechtlichen Gestalt – unterworfen werden kann. Ein derartiges Vorgehen begegnet prinzipiellen Bedenken.<sup>506</sup> Zunächst spricht gegen eine unbesehene Übertragung, dass das Prinzip in seiner öffentlich-rechtlichen Gestalt auf das von Über- und Unterordnung bestimmte Verhältnis zwischen Staat und Bürger zugeschnitten ist und damit zunächst der durch Gleichordnung der Rechtssubjekte gekennzeichneten Wirkdimension der Privatrechtsordnung strukturell nicht entspricht.<sup>507</sup> Darüber hinaus sind Konflikte mit dem die Privatrechtsordnung beherrschenden Prinzip der Privatautonomie denkbar. So erlaubt die Privatautonomie den Rechtssubjekten, im Rahmen der gesetzlichen Grenzen ihre Beziehungen nach freiem Willen zu regeln. Davon umfasst ist – als Ausdruck der Inhalts- und Gestaltungsfreiheit – grundsätzlich auch die selbstbestimmte Begründung unverhältnismäßiger Pflichten. Die konsequente Anwendung des Verhältnismäßigkeitsprinzips

---

<sup>504</sup> Vgl. *Pieroth/Schlink/Kingreen/Poscher*, Rn. 101 ff.; s.a. *Kluth*, JA 1993, 606 (613).

<sup>505</sup> Zur Verhältnismäßigkeit als Strukturprinzip der Selbsthilfetatbestände siehe nur *Schünemann*, Selbsthilfe, S. 94 ff.

<sup>506</sup> Vgl. *Wuttke*, Rn. 347 m.w.N.

<sup>507</sup> Vgl. *Medicus*, AcP 192 (1992), 36 (59).

würde hier zu einer richterlichen Inhaltskontrolle geschlossener Verträge und damit zur Beseitigung der Privatautonomie führen.<sup>508</sup> Es droht eine unsachgemäße Einschränkung der Vertragsfreiheit.<sup>509</sup>

Des Weiteren besteht die Gefahr, dass durch einen voreiligen Rückgriff auf die Verhältnismäßigkeit die bestehende, ausgefeilte Dogmatik des Zivilrechts überspielt wird. In ihr hat eine sorgfältige Bewertung und Abwägung der beteiligten Interessen bereits ihren Niederschlag gefunden, wobei die hohe Regelungsdichte Ausweis eines umfassenden Regelungsanspruches ist. Die generelle Anwendung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes durch den einzelnen Richter liefe darauf hinaus, gesetzgeberische Wertentscheidungen zu verwerfen.<sup>510</sup> Diese Möglichkeit ist aber nur dem Bundesverfassungsgericht vorbehalten. Die Anwendung des Verhältnismäßigkeitsprinzips durch den Rechtsanwender im Privatrecht erfordert daher einen vom Gesetzgeber eröffneten oder offen gelassenen Wertungsspielraum.<sup>511</sup>

Einer Anwendung des Verhältnismäßigkeitsprinzips speziell im Lauterkeitsrecht stehen die soeben geäußerten Bedenken jedoch nicht entgegen.

Die Vertragsfreiheit ist durch die Anwendung des Verhältnismäßigkeitsprinzips im Lauterkeitsrecht nicht gefährdet. Dafür spricht bereits, dass die Normen des Lauterkeitsrechts nach ihrer Entwicklung und Struktur deliktsähnlich und auf die Untersagung bestimmter Handlungen zum Schutz der Interessen der Marktteilnehmer und zur Gewährleistung eines funktionsfähigen Wettbewerbs gerichtet sind.<sup>512</sup> Vertragsrechtliche Regelungen und Wertungen werden hierdurch regelmäßig nicht berührt.<sup>513</sup> Hieran ändert auch die zunehmende supranationale Fundierung mit verbraucherschützendem Schwerpunkt nichts. Diese führt zwar dazu, dass ein überwölbendes Schutzsystem entsteht, welches nach kohärenten Wertungen verlangt, die strukturellen Unterschiede zwischen Vertragsrecht und Lauterkeitsrecht werden dadurch aber nicht eingeebnet.<sup>514</sup>

Die Gefahr, dass gesetzgeberische Wertentscheidungen verworfen werden, besteht im Lauterkeitsrecht ebenfalls nicht.<sup>515</sup> Es ist vielmehr geradezu kennzeichnend für das Lauterkeitsrecht, dass der Gesetzgeber dem Rechtsanwender Wertungsspielräume eröffnet, die dieser unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalles schutzzweckkonform auszufüllen hat. Die Generalklauseln und ausfüllungsbedürftigen Begriffe des Lauterkeitsrechts enthalten zugleich eine gesetzliche Ermächtigung zur richterlichen Rechtsfortbildung.<sup>516</sup> Damit obliegt es der Rechtsprechung, im Kollisionsfall die maßgeblichen Wertungen unter Beachtung bestehender Schranken und Wertungsmaßstäben herauszuarbeiten. Dies kann jedoch wiederum nur unter Berücksichtigung der Verhältnismäßigkeit geschehen.

---

<sup>508</sup> *Jakobs*, S. 131; ähnlich *Bieder*, S. 55 ff.

<sup>509</sup> *Jakobs*, S. 131; *Wuttke*, Rn. 347; s.a. *Bieder*, S. 55 ff.

<sup>510</sup> Vgl. *Wuttke*, Rn. 347.

<sup>511</sup> *Jakobs*, S. 132; ähnlich *Medicus*, AcP 192 (1992), 36 (37).

<sup>512</sup> Vgl. BGH GRUR 1999, 751 (754) – *Güllepippen*; BGH GRUR 2002, 618 (619) – *Meißner Dekor*; ausführlich *Reichold*, AcP 193 (1993), S. 204 ff.; kritisch zur Verortung als „Sonderdeliktsrecht“ GK-UWG/*Schünemann*, Einl G Rn. 102 ff. m.w.N.

<sup>513</sup> Vgl. GK-UWG/*Schünemann*, Einl G Rn. 146 ff. („*Eigenständigkeit von Lauterkeitsrecht und Vertragsrecht*“); *Wuttke*, Rn. 350; s.a. die Problematik der sog. Folgeverträge unlauteren Wettbewerbs z.B. bei *Köhler/Bornkamm*, § 3 Rn. 155 ff.; GK-UWG/*Schünemann*, Einl G Rn. 149 ff.

<sup>514</sup> *Alexander*, WRP 2012, 515 (522); *M. Schmidt*, JZ 2007, 78 (79 ff.); GK-UWG/*Schünemann*, Einl G Rn. 146 ff.; *a.A. Micklitz/Reich*, EuZW 2012, 126 (127) für das Klauselrecht.

<sup>515</sup> *Wuttke*, Rn. 351.

<sup>516</sup> Allgemeine Ansicht, s. nur BGH GRUR 2008, 438 (439 Tz. 16) – *Oddset*; BTDrucks. 15/1487 S. 16 re. Sp. jeweils zu § 3 UWG 2004; *Beater*, Rn. 33 f.; *Emmerich*, § 5 Rn. 18; *Ohly*, S. 223 ff., 247 ff.

Gegen die Anwendung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes im Lauterkeitsrecht bestehen demnach keine dogmatischen Bedenken.

### 3. Berücksichtigung der Verhältnismäßigkeit in der lauterkeitsrechtlichen Rechtsprechung

Die zunehmende Bedeutung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes im Lauterkeitsrecht lässt sich auch an der Rechtsprechung des BGH zum Lauterkeitsrecht ablesen, wo sich die Berücksichtigung des Grundsatzes als ständiger Topos etabliert hat. Insbesondere im Bereich der Irreführung wird der Gesichtspunkt der Verhältnismäßigkeit regelmäßig bemüht. So fordert der BGH beständig, dass eine Irreführung bei einer objektiv richtigen, aber täuschungsgerechten Angabe nur unter Abwägung der Interessen und Berücksichtigung der Verhältnismäßigkeit festgestellt werden kann, so dass ein Verbot im Einzelfall unverhältnismäßig sein kann.<sup>517</sup> Teilweise wird unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismäßigkeit eine nachgelagerte Interessenabwägung vorgenommen.<sup>518</sup> Der Gedanke der Interessenabwägung als Ausdruck der Verhältnismäßigkeit geht dabei zurück auf die Entscheidung „*Klosterbrauerei*“, in welcher die Rechtsprechung anerkannt hat, dass das Irreführungsverbot unter dem Vorbehalt der Verhältnismäßigkeit steht und die grundgesetzlich verbürgte Werbefreiheit des Unternehmers eine Einschränkung des Verbotstatbestandes erforderlich machen kann.<sup>519</sup>

Die Bedeutung der Verhältnismäßigkeit im Lauterkeitsrecht beschränkt sich jedoch nicht allein auf die Irreführung. Auch in den Fällen der vergleichenden Werbung und des Rechtsbruchs fordert die Rechtsprechung eine Berücksichtigung der Verhältnismäßigkeit.<sup>520</sup> Außerdem kann der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit auf Rechtsfolgenseite eine Interessenabwägung erforderlich machen.<sup>521</sup>

Die Rechtsprechung räumt damit der Verhältnismäßigkeit auch im Lauterkeitsrecht übergreifend eine einzelfallbezogene Beschränkungsfunktion ein, die sich zumeist in einer Interessenabwägung niederschlägt.

Darin stimmt sie zugleich mit den Vorgaben überein, welche das Bundesverfassungsgericht in seiner jüngeren Rechtsprechung für die Bewertung grundrechtsrelevanter Bereiche in wettbewerbsrechtlichen Sachverhalten aufgestellt hat. So dürften die Wettbewerbsgerichte im grundrechtsrelevanten Bereich sich nicht mit der einfachen Feststellung eines Verstoßes gegen das wettbewerbsrechtliche Verbot begnügen. Soweit den Gerichten bei der Anwendung des UWG Wertungsspielraum gegeben sei, weil prognostische Entscheidungen zu treffen sind oder Rechtsbegriffe wertend auszufüllen seien, müssten die Gerichte zunächst eine Gefährdung des Schutzgutes des UWG durch die Aus-

---

<sup>517</sup> So z.B. BGH GRUR 2012, 1273 (1274 Tz. 22, 29 f.) – *Stadtwerke Wolfsburg* unter Bezug auf BGH GRUR 2010, 1024 (1025 Tz. 25) – *Master of Science Kieferorthopädie* und BGH GRUR 1996, 985 (985) – *PVC-frei*.

<sup>518</sup> BGH GRUR 2007, 1079 (1082 Tz. 32 ff.) – *Bundesdruckerei*; BGH GRUR 2012, 1161 (1167 Tz. 77) – *Hard Rock Cafe*.

<sup>519</sup> BGH GRUR 2003, 628 – *Klosterbrauerei*; s.a. BGH GRUR 2012, 1526 – *Über 400 Jahre Brautradition*.

<sup>520</sup> So für die vergleichende Werbung in Form der Rufausnutzung (§ 6 II Nr. 4 1. Fall UWG) BGH GRUR 2011, 1158 (1159 f. Tz. 23) – *Teddybär*. Für den Rechtsbruch z.B. BGH GRUR 2014, 86 (86 Tz. 11, 87 Tz. 19) – *Kommanditistenbrief*.

<sup>521</sup> BGH GRUR 2007, 1079 (1082 Tz. 40 f.) – *Bundesdruckerei*.

übung grundrechtlicher Freiheit feststellen.<sup>522</sup> Dies erfordere regelmäßig eine einzelfallbezogene Interessenabwägung zur Feststellung der Verhältnismäßigkeit des Eingriffs.<sup>523</sup> Verfassungsrechtliche Grundentscheidungen sind daher dergestalt zu berücksichtigen, dass für jeden Einzelfall auf Tatbestands- und Rechtsfolgenseite gesondert zu prüfen ist, ob das wettbewerbliche Verbot im konkreten Fall unter Berücksichtigung der Grundrechte eingreift.<sup>524</sup>

Im Ergebnis wirkt sich die Verhältnismäßigkeitsprüfung auf Tatbestands- und Rechtsfolgenseite als einzelfallbezogene Beschränkung des wettbewerblichen Verbots aus und stellt hohe Anforderungen an die Begründung des selbigen. Freilich soll nicht verhehlt werden, dass ein Großteil der Rechtsprechung des BVerfG noch zum UWG 1909 ergangen ist. Im hier zu betrachtenden UWG 2008 beruhen viele wettbewerbliche Verbote auf Vorgaben des Gemeinschaftsrechts und unterliegen damit dem Vorrang der richtlinienkonformen Auslegung.<sup>525</sup>

#### 4. Aufbau der Verhältnismäßigkeitsprüfung

Ist somit die grundsätzliche Anwendbarkeit der Verhältnismäßigkeitsklausel im Lauterkeitsrecht etabliert, so ist der Frage Rechnung zu tragen, inwieweit die im öffentlichen Recht entwickelten Grundsätze der Verhältnismäßigkeit – besonders in der konkreten Gestalt der dreischrittigen Prüfung – auf das Zivilrecht übertragbar sind. Dies wird unter Verweis auf die unterschiedlichen Normadressaten und ihr Verhältnis zueinander vielfach bezweifelt.<sup>526</sup> Oftmals wird daher von einem zivilrechtlichen Verhältnismäßigkeitsprinzip eigener Art oder auch einer bloß „untechnischen Verhältnismäßigkeit“ gesprochen.<sup>527</sup> *Stürner* stellt dazu fest, dass die Verhältnismäßigkeitskontrolle in beiden Bereichen strukturelle Gemeinsamkeiten in der Beschränkung von Rechtspositionen aufweist: *„Die Verhältnismäßigkeit beschreibt regelmäßig ein Regel-Ausnahme-Verhältnis, in dem die Ausübung eines Rechts die Regel ist, die nur bei Vorliegen weit überwiegender Interessen eingeschränkt wird. Dabei ist die Ausnahme insoweit dynamisch, als sie keine fest umrissenen Bereiche bezeichnet, sondern die Zurückdrängung des Regelinteresses von einer Höherbewertung der Interessen des von der Ausübung Betroffenen im Einzelfall abhängig macht.“*<sup>528</sup> Trotz dieser prinzipiellen Gemeinsamkeiten erscheint ihm jedoch die *„rechtsfortbildende Übertragung der Prüfungstrias [...] wenig Gewinn bringend.“*<sup>529</sup>

Ob diese Aussage in der Breite zutrifft, braucht an dieser Stelle nicht vertieft zu werden. Für das Lauterkeitsrecht ließe sich eine Orientierung an der aus dem öffentlichen Recht bekannten Prüfungstrias jedoch umso mehr rechtfertigen, je größer die strukturellen Parallelen zum öffentlichen Recht sind.<sup>530</sup>

---

<sup>522</sup> BVerfG GRUR 2002, 455 (456) – *Tier- und Artenschutz*; BVerfG NJW 2003, 277 (279) – *Juve-Handbuch*; das behauptete Schutzgut des „Leistungswettbewerbs“ erweist sich jedoch zumindest als missverständlich, s.o. S. 28 ff., dazu kritisch z.B. Harte/Henning/Ahrens, Einl. G Rn. 77 ff.

<sup>523</sup> BVerfG GRUR 2008, 81 (83) – *Pharmakartell*; s.a. BVerfG GRUR 2003, 349 – *Preistest*.

<sup>524</sup> BVerfG GRUR 2001, 1058 (1060) – *Therapeutische Äquivalenz*; s.a. BVerfG GRUR 2008, 81 (83) – *Pharmakartell*.

<sup>525</sup> Vgl. Harte/Henning/Ahrens, Einl. G Rn. 1 ff.

<sup>526</sup> Z.B. Bieder, S. 101 ff., 110 ff.; MüKoBGB/Wagner, Vorbem. vor §§ 823 ff. Rn. 65.

<sup>527</sup> Vgl. MüKoBGB/Wagner, Vorbem. vor §§ 823 ff. Rn. 65; s.a. Bieder, 189 ff., der die Anwendung im Privatrecht regelmäßig auf die Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne beschränken will.

<sup>528</sup> *Stürner*, Verhältnismäßigkeit, S. 445.

<sup>529</sup> *Stürner*, Verhältnismäßigkeit, S. 444; gleichsinnig MüKoBGB/Wagner, Vorbem. vor §§ 823 ff., Rn. 65.

<sup>530</sup> *Wuttke*, Rn. 352; *ders.*, WRP 2007, 119 (121); s.a. Bieder, S. 27 ff; *Jakobs*, s. 131.



Dafür spricht zum einen die verfassungsrechtliche Perspektive. Die Wettbewerbsfreiheit der Marktteilnehmer ist zugleich von den Grundfreiheiten umfasst und geschützt.<sup>531</sup> Das Verbot einer geschäftlichen Handlung kann daher den Schutzbereich zahlreicher Grundrechte berühren. So liegt beispielsweise die besondere Bedeutung der Kommunikationsgrundrechte für das auf Informationsaustausch angewiesene Marktgeschehen auf der Hand. Lauterkeitsrechtliche Verbote greifen damit stets in die Grundrechte des von ihnen betroffenen Marktteilnehmers ein. Diese grundrechtliche Perspektive ist von den Zivilgerichten auch bei Anwendung zivilrechtlicher Vorschriften zu bedenken und zur Geltung zu bringen. Somit bedürfen auch die Vorschriften des UWG zumindest mittelbar einer Ausrichtung am Maßstab der Verhältnismäßigkeit.<sup>532</sup>

Die Annahme struktureller Parallelen lässt sich neben der Betrachtung des Verbots der unzulässigen Handlung als Grundrechts- und Freiheitseingriff zum anderen darauf stützen, dass im Lauterkeitsrecht die Untersagung einer geschäftlichen Handlung nicht nur zum Ausgleich von Privatinteressen der klagenden Parteien erfolgt, sondern zugleich im Interesse der anderen Marktteilnehmer und der Allgemeinheit.<sup>533</sup> Dies ergibt sich seit dem UWG 2004 unmittelbar aus der Schutzzwecknorm des § 1 UWG. Exemplarisch veranschaulichen lässt sich dies zudem an der Klagebefugnis der Verbände und Verbraucherschutzeinrichtungen, die maßgeblich auf die Wahrung des Allgemeininteresses an einem unverfälschten Wettbewerb gerichtet ist.<sup>534</sup> Der Kläger, der somit nicht nur seine Partikularinteressen verfolgt, sondern gleichzeitig die Interessen der anderen Marktteilnehmer wahrnimmt bzw. als „*Funktionär des Allgemeininteresses*“<sup>535</sup> auftritt, übernimmt damit eine behördenähnliche Funktion. Dies spiegelt sich auch in den Vorgaben des Art. 11 UGP-Richtlinie wieder, welcher es den Mitgliedstaaten überlässt, ob die Verfolgung von Wettbewerbsverstößen durch Gerichte oder Behörden erfolgen soll, und damit eine funktionale Austauschbarkeit annimmt. Die lauterkeitsrechtlichen Verbote sind demnach mit den Befugnisnormen der öffentlich-rechtlichen Eingriffsverwaltung vergleichbar, bei denen unstreitig der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit anzuwenden ist.<sup>536</sup>

Insgesamt bestehen somit auch keine dogmatischen Bedenken gegen die Anwendung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit im Lauterkeitsrecht. Vielmehr ist davon auszugehen, dass aufgrund seiner strukturellen Besonderheiten dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Lauterkeitsrecht verstärkt Rechnung zu tragen ist, wobei die hierzu entwickelte öffentlich-rechtliche Dogmatik aufgegriffen werden kann.

---

<sup>531</sup> S.o. S. 42 ff., vgl. *Di Fabio*, ZWeR 2007, 266 (269); zu den berührten Grundrechten im Einzelnen z.B. *Harte/Henning/Ahrens*, Einl. G Rn. 24; ff.; *Wuttke*, Rn. 356 ff.

<sup>532</sup> Vgl. *Harte/Henning/Podszun*, § 1 Rn. 100 f.; *Leistner/Faucius*, in: *Gloy/Loschelder/Erdmann*, § 14 Rn. 32; *Wuttke*, WRP 2007, 119 (121); für den Bereich der Irreführung auch *Wuttke*, Rn. 353; s.a. BVerfG GRUR 2002, 455 (456) – *Tier- und Artenschutz*; BVerfG GRUR 2008, 81 (82 f.) – *Pharmakartell*.

<sup>533</sup> Vgl. *Harte/Henning/Podszun*, § 1 Rn. 92 ff., 95; *GK/Schünemann* (1. Aufl.), Einl. Rn. B 32 m.w.N.; *Tillmann*, GRUR 1991, 796 (798); *Wuttke*, Rn. 354; *ders.*, WRP 2007, 119 (121); s.a. BTDrucks. 15/1487, S. 15 re. Sp. f.; für die Wahrnehmung des „öffentlichen Interesses“ vgl. schon RGZ 120, 47 (49) – *Markenverband*.

<sup>534</sup> Vgl. *Köhler/Bornkamm*, § 8 Rn. 3.2, 3.30; *Fritzsche*, in: *Gloy/Loschelder/Erdmann*, § 79 Rn. 164; *Harte/Henning/Schünemann* (2. Aufl.), § 3 Rn. 272 f.

<sup>535</sup> *Schünemann*, Wettbewerbsrecht, S. 238; ähnlich *Raiser*, in: *summum ius*, S. 145 (159); *Tillmann*, GRUR 1991, 796 (798) („*private attorney general*“).

<sup>536</sup> *Wuttke*, WRP 2007, 119 (121); vgl. auch *ders.*, Rn. 354.

## 5. Abgrenzung zur lauterkeitsrechtlichen Gesamtwürdigung

An dieser Stelle ist mit dem Einwand zu rechnen, dass der vorgeschlagene Ansatz keine Neuerung gegenüber dem hinlänglich bekannten Postulat einer umfassenden Gesamtwürdigung aller Umstände des Einzelfalles darstellt, den die Rechtsprechung bei der Interpretation der Bagatellklauseln des § 13 UWG a.F. und des § 3 UWG 2004 herangezogen hat.<sup>537</sup> In den Gesetzesmaterialien zum UWG 2004 hat die Formulierung der Rechtsprechung ebenfalls ihren Niederschlag gefunden.<sup>538</sup> Mangels Eingang in den Gesetzeswortlaut ist diese Interpretation aber nicht zwingend.<sup>539</sup>

In der Tat weisen der hier vertretende Ansatz und das Postulat der Gesamtwürdigung Übereinstimmungen auf. Diese liegen zum einen in der Betrachtung des konkreten Einzelfalles, zum anderen im grundsätzlichen Erfordernis einer Abwägung der einzubeziehenden Interessen.

Zwischen den Konzeptionen bestehen jedoch auch gravierende Unterschiede. Dies betrifft zunächst das methodisch-prozedurale Herangehen. Dieses ist bei der „Gesamtwürdigung“ nicht definiert, der Abwägungsvorgang bleibt im Dunkeln. Zudem bleibt bei diesem Vorgehen in materieller Hinsicht unbenannt, welche Kriterien einbezogen werden können und wie diese zu gewichten sind.<sup>540</sup> Ein derartiges Vorgehen beeinträchtigt jedoch die Vorhersehbarkeit der Entscheidung und damit die Rechtssicherheit.<sup>541</sup> Umgekehrt ergibt sich vielmehr aus der Beachtung der Schutzzweckklausel des § 1 UWG die Notwendigkeit einer Offenlegung der Kriterienermittlung und -gewichtung, was den Kreis der berücksichtigungsfähigen Kriterien tendenziell beschränkt.<sup>542</sup> Dem kann aber am besten im Rahmen einer strukturierten Prüfung Rechnung getragen werden.<sup>543</sup>

Diese aufgezeigten Defizite begründen das Abweichen vom Postulat der umfassenden Gesamtwürdigung im überkommenen Sinne, sie sollen mit der Anwendung einer strukturierten Verhältnismäßigkeitsprüfung gerade überwunden werden.

## 6. Zusammenfassung

Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit hat als Prinzip des Verfassungsrechts und des supranationalen Rechts allgemeine Anerkennung gefunden. Auch im Privatrecht kann er grundsätzlich zur Anwendung gebracht werden, muss allerdings den Besonderheiten des Rechtsgebiets Rechnung tragen. Für das Lauterkeitsrecht bestehen gegen eine Anwendung keine Bedenken. Aufgrund der gewachsenen Nähe zum Deliktsrecht sowie durch die Einbeziehung des Verbraucherschutzes und des Allgemeininteresses in das Lauterkeitsrecht besteht ohnehin eine strukturelle Nähe zu öffentlich-rechtlichen Regelungsstrukturen, in denen die Eingriffe durch den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit begrenzt werden. Dies ermöglicht zugleich eine Anwendung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes entlang der im öffent-

---

<sup>537</sup> Z.B. BGH GRUR 1998, 955 (955 f.) – *Flaschenpfand II*; BGH GRUR 1995, 122 (123 f.) – *Laienwerbung für Augenoptiker*; aus jüngerer Zeit BGH GRUR 2006, 75 (76 Tz. 19) – *Artenschutz*, BGH GRUR 2008, 186 (188 Tz. 25) – *Telefonaktion*; zustimmend Köhler/Bornkamm, § 3 Rn. 103; kritisch Harte/Henning/Schünemann (2. Aufl.), § 3 Rn. 398 ff.

<sup>538</sup> BTDrucks. 15/1487, S. 17 li. Sp.

<sup>539</sup> Harte/Henning/Schünemann (2. Aufl.), § 3 Rn. 398.

<sup>540</sup> Vgl. Harte/Henning/Schünemann (2. Aufl.), § 3 Rn. 321.

<sup>541</sup> Harte/Henning/Podszun, § 3 Rn. 124; Harte/Henning/Schünemann (2. Aufl.), § 3 Rn. 321.

<sup>542</sup> Vgl. Harte/Henning/Schünemann (2. Aufl.), § 3 Rn. 401.

lichen Recht entwickelten dogmatischen Struktur zur Konkretisierung seines spezifisch lauterkeitsrechtlichen Gehalts. Mit der bisher herangezogenen Gesamtwürdigung der Rechtsprechung bestehen gewisse Gemeinsamkeiten, jedoch zielt eine strukturierte Verhältnismäßigkeitsprüfung gerade auf die Beseitigung der Defizite dieser Konzeption.

## II. Die Elemente der Verhältnismäßigkeit

Das Prinzip der Verhältnismäßigkeit hat durch Rechtsprechung und Rechtswissenschaft hinreichend feste Konturen gewonnen. Diese strukturieren die Anwendung des Prinzips entlang bestimmter Teilgrundsätze, welche in ihrer Ausgestaltung ebenfalls feste Formen angenommen haben. Üblicherweise werden drei Stufen der Verhältnismäßigkeitsprüfung unterschieden: Geeignetheit, Erforderlichkeit und Angemessenheit. Zuvor muss jedoch ein legitimes Ziel für den Eingriff herausgearbeitet werden. Nachfolgend soll untersucht werden, wie die von der Spürbarkeitsklausel geforderte Betrachtung des Einzelfalles eines lauterkeitsrechtlichen Verbots durch eine umfassende Verhältnismäßigkeitskontrolle ausgestaltet werden kann.

## III. Legitimes Ziel/legitimer Zweck

Vor der Verhältnismäßigkeitsprüfung ist herauszuarbeiten, welchen legitimen Zweck die Maßnahme verfolgt. Nur dann kann über die Zweck-Mittel-Relation entschieden werden, als die sich der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit darstellt. Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz selbst hinterfragt den Zweck nicht. Die Begrenzungsfunktion des Erfordernisses eines legitimen Zwecks stellt nur eine geringe Einschränkung dar, da alle Zwecke erlaubt sind, die vom Grundgesetz nicht ausdrücklich oder stillschweigend verboten werden.

Bei Anwendung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes im Lauterkeitsrecht wird der verfolgte Zweck durch die Schutzzweckklausel des § 1 UWG vorgegeben. Der Gesetzgeber hat klargestellt, welche Gründe allein die Beschränkung der Wettbewerbsfreiheit rechtfertigen können. Eine geschäftliche Handlung darf nur verboten werden, um die Interessen der Marktteilnehmer und das Allgemeininteresse an einem unverfälschten Wettbewerb zu schützen. Es wurde bereits herausgearbeitet, dass zwischen diesen Schutzzweckdimensionen bei der gebotenen wettbewerbsfunktionalen und freiheitsbezogenen Sichtweise kein Unterschied besteht. Dies wird durch die fehlende Erwähnung der Allgemeinheitsinteressen in der Spürbarkeitsklausel selbst noch unterstrichen. Überhaupt kann die Spürbarkeitsklausel mit ihrem Verweis auf die Eignung zur Beeinträchtigung der Interessen der Marktteilnehmer als Ausdruck der Beschränkung der Menge zulässiger Regelungsziele gedeutet werden, indem sie fordert, dass sich die Verbotsanforderungen an den Interessen der Mitbewerber, Verbraucher und sonstiger Marktteilnehmer ausrichten.<sup>544</sup> Weitergehende Anforderungen an die Durchführung oder gar das Ergebnis der Bestimmung der Beeinträchtigungseignung lassen sich daraus aber nicht ohne weiteres ableiten.

---

<sup>543</sup> Vgl. Harte/Henning/Podszun, § 3 Rn.124.

<sup>544</sup> Vgl. Beater, Rn. 973.

In der Anwendung stellt diese Vorprüfung für den Rechtsanwender somit zunächst einen Merkposten dar, der ihm die Bedeutung des Schutzzweckes des Gesetzes vor Augen führt und damit zu einer schutzzweckorientierten Rechtsanwendung anhält. Gerade diese wird im Lauterkeitsrecht nachdrücklich gefordert.

#### IV. Geeignetheit

Der erste Schritt der Verhältnismäßigkeitsprüfung besteht darin, festzustellen, ob die angewandten Mittel geeignet sind, den erstrebten Zweck zu erreichen.<sup>545</sup> Die Untersagung einer geschäftlichen Handlung muss also geeignet sein, die wettbewerbliche Handlungsfreiheit der übrigen Marktteilnehmer vor Beeinträchtigungen zu schützen. Das BVerfG fordert, dass das Mittel den Erfolg spürbar fördern kann.<sup>546</sup> Die Beurteilung der Zwecktauglichkeit verlangt demnach eine Ex-ante-Prognose der Maßnahmenwirkung.

Bei der Beurteilung der Zweckmäßigkeit eines Eingriffs in den Wettbewerb ist jedoch – wie gesehen – eine Prognose über die Auswirkung einer Maßnahme mit größten Schwierigkeiten behaftet. Dies gilt auch für eine staatliche Intervention in Form einer Untersagung. Die Feststellung der Eignung wird überlagert durch die grundsätzliche Unsicherheit über wettbewerbliche Kausalzusammenhänge.

Die Geeignetheit erfordert jedoch nicht den Nachweis absoluter Wirksamkeit der Maßnahme. Der Maßstab ist umgekehrt so niedrig anzusetzen, dass nur Maßnahmen ausgeschlossen werden, die zur Erreichung der angestrebten Verbotsziele völlig untauglich sind.<sup>547</sup> Es findet gewissermaßen eine negative Auslese statt. In diesem Fall wirkt die Unsicherheit über die Kausalität aber zugunsten der Geeignetheit, da aufgrund der Prognoseunsicherheit auch eine völlige Ungeeignetheit nicht eindeutig festgestellt werden kann.

Hinzu kommt, dass der mögliche Grad der Zweckerreichung für die Geeignetheit unbeachtlich ist. Auch eine Teilgeeignetheit reicht aus. Der Grad der Zweckerreichung ist nur bei der Angemessenheit, d.h. der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne, einzustellen, da ein besonders hoher Grad weiterreichende Maßnahmen rechtfertigen kann.

Die Feststellung der Geeignetheit läuft damit auf eine sehr niederschwellige Plausibilitätsabschätzung hinaus, die als allgemeines Sachlichkeitsgebot und Willkürkontrolle verstanden werden kann, da zugleich sichergestellt wird, dass keine anderen als die vorgegebenen Ziele verfolgt werden.<sup>548</sup>

#### V. Erforderlichkeit

Als nächstes ist im Rahmen des Verhältnismäßigkeitsprinzips die Erforderlichkeit zu prüfen. Diese gebietet, unter mehreren gleich geeigneten Mitteln dasjenige zu wählen, das den Einzelnen und die Allgemeinheit am wenigsten beeinträchtigt.<sup>549</sup> Gesucht wird ein gleich wirksames, aber milderer Mittel.

---

<sup>545</sup> Maunz/Dürig/Grzeszick, Art. 20 Abschnitt VII Rn. 112; Wuttke, Rn. 420.

<sup>546</sup> BVerfGE 30, 292 (316); 33, 171 (187); 39, 210 (230); 40, 196 (222); 63, 88 (115); 67, 151 (173 ff.); 96, 10 (23 ff.); 115, 276 (308).

<sup>547</sup> Michael, JuS 2001, 654 (656); s.a. Stober, Allgemeines Wirtschaftsverwaltungsrecht, S. 58 f. mit Beispiel.

<sup>548</sup> Vgl. Wuttke, Rn. 420.

<sup>549</sup> Maunz/Dürig/Grzeszick, Art. 20 Abschnitt VII Rn. 113; zur Rechtsprechung s. Fn. 546.

Die Erforderlichkeit bedingt demnach zwei gesonderte Prüfungsschritte: Zunächst sind unter den denkbaren Alternativen diejenigen herauszuarbeiten, welche zur Zweckerreichung zumindest gleich geeignet sind. Das muss bei jedem Mittel in jeder Hinsicht und eindeutig feststehen.<sup>550</sup> Der so gezogene Kreis der Handlungsalternativen ist anschließend anhand der Schwere des Eingriffs zu gewichten und mit der vorgenommenen Maßnahme zu vergleichen. Es ist dasjenige Mittel zu wählen, welches für den Betroffenen mit den geringstmöglichen Nachteilen verbunden ist.<sup>551</sup>

Es erscheint überlegenswert, ob nicht an dieser Stelle eine Korrektur durch den Wettbewerb selbst oder durch das Einschreiten Dritter, insbesondere Behörden, dazu führen kann, dass die Erforderlichkeit zu verneinen ist. Beides wäre für den Handelnden weniger einschneidend. Im ersten Fall wäre somit das Untätigbleiben als Alternative in die Betrachtung einzustellen. Als Rechtfertigung ließe sich anführen, dass der Wettbewerb selbst ein Verfahren zur Problemlösung und Interessenkoordinierung darstellt und daher auch bei unlauterem Verhalten in der Lage ist, der Wettbewerbsfreiheit der Marktteilnehmer Raum zu geben. Dies hieße jedoch, den zweiten Schritt vor dem ersten zu tun und das Erfordernis der gleich geeigneten Zielerreichung zu vernachlässigen. Ziel der Spürbarkeitsfeststellung ist – wie gesehen – der Schutz der sonstigen Marktteilnehmer vor Beeinträchtigung ihrer Wettbewerbsfreiheit. Auf die Erforderlichkeit angewendet bedeutet dies, dass die anderen Marktteilnehmer nicht schlechter gestellt werden dürfen. Eine Untätigkeit im Vertrauen auf den Wettbewerb wäre somit nur bei völliger Ungeeignetheit des Untersagens gleichermaßen zur Zielerreichung geeignet. Diese Ungeeignetheit wurde jedoch bereits im vorangegangenen Schritt verneint und dürfte angesichts der beschriebenen Prognoseunsicherheit auch kaum vorstellbar sein. Im Übrigen würden die Marktteilnehmer bei Untätigkeit zumindest mit der Wiederholungsgefahr belastet und damit in jedem Fall schlechter gestellt. Die Erforderlichkeit kann also nicht unter Verweis auf den Wettbewerbsmechanismus verneint werden.

Selbiges gilt im Ergebnis für ein (mögliches) Einschreiten Dritter, insbesondere von Behörden. Dieses steht nicht zur Disposition des Rechtsanwenders und steht damit nicht in einem Stufenverhältnis zu seinen Handlungsalternativen. Es handelt sich nicht um eine graduelle, sondern um eine kategoriale Verschiedenheit. Handlungen Dritter können daher ebenfalls nicht unter dem Gesichtspunkt der Erforderlichkeit einbezogen werden.

Freilich ist damit noch nicht ausgesagt, dass die o.g. Faktoren generell nicht berücksichtigungsfähig sind, es bleibt zu überlegen, ob sie bei der Interessenabwägung aktiviert werden können.

Zu klären ist damit allenfalls, ob im Rahmen der Erforderlichkeit auch Beschränkungen des Verbotsausspruchs einzubeziehen sind. Beispielsweise wird im Rahmen von Irreführungstatbeständen diskutiert, ob Irreführungsverbote durch die Anordnung aufklärender Zusätze, eine örtliche Einschränkung die Gewährung von Aufbrauchfristen beschränkt und damit abgemildert werden können.<sup>552</sup> Bei sonstigen unzulässigen Handlungen ist die Beschränkung des Unterlassungsanspruchs in zeitlicher und

---

<sup>550</sup> *Jakobs*, S. 66; *Michael*, JuS 2001, 654 (656 f.); *Wuttke*, Rn. 425

<sup>551</sup> *Wuttke*, Rn. 425; vgl. *Jakobs*, Verhältnismäßigkeit, S. 67 f.

<sup>552</sup> Dazu ausführlich *Wuttke*, Rn. 428 ff.; s.a. *Harte/Henning/Bergmann/Goldmann*, § 8 Rn. 51 ff.; *Köhler/Bornkamm*, § 8 Rn. 1.58 ff.

räumlicher Hinsicht ebenfalls denkbar.<sup>553</sup> Dies ist gleichfalls eine Ausprägung des Verhältnismäßigkeitsprinzips, da unbillige Härten für die unterlassungspflichtige Partei auf der Grundlage von § 242 BGB vermieden werden sollen.<sup>554</sup>

Allerdings beschränkt sich die Prüfung der Unverhältnismäßigkeit in den vorstehend angesprochenen Fällen auf die Rechtsfolgenseite und setzt demnach ein unzulässiges, eben wettbewerbswidriges Verhalten voraus. Die Erforderlichkeit des Verbots auf der Tatbestandsebene wird dadurch nicht berührt. Es stellt sich jedoch die Frage, ob hier Wertungszusammenhänge bestehen, da auch die Verhältnismäßigkeit im Rahmen der Rechtsfolgenbeschränkung voraussetzt, dass die Interessen des Unterlassungsgläubigers, aber auch der Verbraucher und der Allgemeinheit nicht unzumutbar beeinträchtigt oder gefährdet werden.<sup>555</sup> Insofern dürfte die Unzulässigkeit einer Handlung ein uneingeschränktes Verbot präjudizieren. In der nachfolgenden Abwägung auf Rechtsfolgenseite können dann nur solche Aspekte eingestellt werden, welche im Rahmen der Prüfung der Unzulässigkeit unberücksichtigt geblieben sind. Dies betrifft z.B. das Fehlen eines Vorsatzes des Handelnden.<sup>556</sup> Eine genauere Betrachtung dieser Problematik soll allerdings anderen überlassen bleiben.

Der Erforderlichkeitsgrundsatz ist damit für die Einschränkung der Spürbarkeit nur von untergeordneter Bedeutung. Regelmäßig gibt es zum Verbot der geschäftlichen Handlung keine praktisch relevante Alternative, die den Schutz der übrigen Marktteilnehmer gleichermaßen verwirklicht und den Handelnden weniger belastet.

## VI. Angemessenheit (Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne)

Die letzte Stufe der Verhältnismäßigkeitsprüfung bildet die Untersuchung der „Angemessenheit“ bzw. der „Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne“.

### 1. Methodischer Ausgangspunkt

Der Zweck der Maßnahme muss in einem angemessenen Verhältnis zum angewandten Mittel stehen.<sup>557</sup> Um eine solche Aussage zu treffen, müssen die beiden Elemente anhand eines bestimmten Maßstabs verglichen werden. Dadurch kann beurteilt werden, dass die mit der Maßnahme verbundenen Nachteile nicht außer Verhältnis stehen zu den mit der Zweckerreichung angestrebten Vorteilen.<sup>558</sup> Abzuwägen sind demnach die mit dem Eingriff geförderten gegenüber den tangierten Rechtsgütern.<sup>559</sup> Gegenüber den vorangegangenen Prüfungsstufen wird auf der letzten Stufe also insbesondere der Zweck in die Bewertung mit einbezogen.<sup>560</sup>

---

<sup>553</sup> *Beater*, Rn. 2703 ff.; *Köhler/Bornkamm*, § 8 Rn. 1.55.

<sup>554</sup> So schon andeutungsweise RG GRUR 1927, 121 (124) – *Echt russische Mischung*; s.a. *Köhler/Bornkamm*, § 8 Rn. 1.59.

<sup>555</sup> Vgl. BGH GRUR 1982, 425 (432) – *Brillen-Selbstabgabestellen*; zu den einzelnen Voraussetzungen *Harte/Henning/Bergmann/Goldmann*, § 8 Rn. 51 ff.

<sup>556</sup> Zur Unbeachtlichkeit des Vorsatzes im Rahmen der Spürbarkeits-Abwägung s.u. S. 103.

<sup>557</sup> St. Rspr., z.B. BVerfGE 118, 168 (195) = NJW 2007, 2464 (2469 Tz. 125) m.w.N.; vgl. *Maunz/Dürig/Grzeszick*, Art. 20 Abschnitt VII Rn. 117.

<sup>558</sup> Vgl. *Stern*, Staatsrecht, Band III/2, S. 782.

<sup>559</sup> Vgl. *Jakobs*, Verhältnismäßigkeit, S. 13.

<sup>560</sup> *Wuttke*, Rn. 457.

Für den Rechtsanwender stellt die Prüfung der Angemessenheit den schwierigsten Teil der Verhältnismäßigkeitsprüfung dar.<sup>561</sup> Die Angemessenheit staatlichen Handelns lässt sich nicht im Voraus definieren, sondern nur anhand einer Abwägung im Einzelfall.<sup>562</sup> Der Rechtsanwender kann sich demnach nicht auf eine Subsumtion zurückziehen, sondern muss eine eigene Entscheidung über den Einzelfall treffen. Dies umfasst immer eine subjektive Wertung, welche in hohem Maße von der Person des Rechtsanwenders abhängt und daher in ihrem Ergebnis nicht objektiv vorherbestimmt werden kann.<sup>563</sup> Unterschiedliche Rechtsanwender können zu unterschiedlichen Ergebnissen kommen. Dies hat der Angemessenheitsprüfung gelegentlich den Vorwurf einer allzu willfährigen Leerformel eingebracht.<sup>564</sup> Im Lauterkeitsrecht findet diese Kritik ihre argumentative Entsprechung in der Beurteilung der von der Rechtsprechung im Rahmen der Konkretisierung der Unlauterkeit vorgenommenen Interessenabwägung.<sup>565</sup>

Der Ablehnung der Angemessenheitsprüfung ist jedoch die Gefolgschaft zu versagen. Den Kritikern ist zuzugeben, dass die Prüfung der Angemessenheit und die dahinter stehende Güter- bzw. Interessenabwägung zunächst keine Aussage über die Schutzwürdigkeit der einzustellenden Interessen und über den notwendigen Abwägungsmaßstab trifft und daher aus sich heraus keine eindeutige Lösung hervorbringen kann.<sup>566</sup>

Gleichwohl ist die Angemessenheitsprüfung einerseits nicht gänzlich inhaltsleer und andererseits zudem gerade als methodisches Hilfsmittel zielführend. Sie hat zumindest theoretisch einen festen, dreigliedrigen Aufbau, der es erlaubt, die tatsächliche Problemkomplexität zu ordnen und die widerstrebenden Interessen offen zu legen.<sup>567</sup> Zunächst sind die konkret betroffenen Rechtspositionen herauszuarbeiten. Anschließend ist über deren Schutzwürdigkeit zu befinden und eine Gewichtung vorzunehmen. Schließlich ist abzuwägen, ob das Verhältnis zwischen Freiheitsbeeinträchtigung und Zweckerreichung noch angemessen ist oder bereits ein nicht mehr hinnehmbares Missverhältnis vorliegt.<sup>568</sup> Dies beinhaltet zugleich die Benennung eines Drittmaßstabes, an welchem die Abwägung auszurichten ist.

Die Verhältnismäßigkeitsprüfung verwirklicht dadurch in methodischer Hinsicht die insbesondere bei der Konkretisierung der Generalklausel zu erhebende Forderung nach der Offenlegung der vom Rechtsanwender vorgenommenen Wertungen.<sup>569</sup> Indem sie die tragenden Gedankengänge des Rechtsanwenders offen legt, öffnet die Angemessenheitsprüfung die Entscheidung der Analyse und Kritik und trägt damit zur Fortentwicklung des Rechts bei. Auf diese Weise wird zugleich dem Gedanken der Rechtssicherheit Rechnung getragen.

---

<sup>561</sup> *Stern*, Staatsrecht, Band III/2, S. 782.

<sup>562</sup> *Grabitz*, AöR 98 (1973), 568 (576, 583); *Stern*, Staatsrecht, Band III/2, S. 818.

<sup>563</sup> Maunz/Dürig/Grzeszick, Art. 20 Abschnitt VII Rn. 117; s.a. *Pieroth/Schlink/Kingreen/Poscher*, Rn. 303.

<sup>564</sup> Vgl. auch die Grundsatzkritik von *Leisner*, NJW 1997, 636.

<sup>565</sup> Zur Rspr. vgl. z.B. BGH GRUR 2007, 890 (892 Rn. 22) – *Jugendgefährdende Medien bei ebay*; zur Kritik s.o. S. 89.

<sup>566</sup> *Harte/Henning/Schünemann* (2. Aufl.), § 3 Rn. 280 f.; s.a. *Leisner*, NJW 1997, 636 (639).

<sup>567</sup> *Harte/Henning/Schünemann* (2. Aufl.), § 3 Rn. 280; dazu kritisch *Leisner*, NJW 1997, 636 (638) („*Banalitäten*“).

<sup>568</sup> Für das öffentliche Recht *Stern*, Staatsrecht, Band III/2, S. 819; speziell zur Interessenabwägung im Lauterkeitsrecht *Kraft*, Interessenabwägung, S. 65 f., 76 f., 89 f., 209 ff. und passim; s.a. *Fezer/Fezer UWG* § 3 Rn. 196.

## 2. Feststellung der betroffenen Interessen

Der erste Schritt besteht demnach in der Ermittlung und Offenlegung der Abwägungsgrundlagen. Zu klären ist, welche Interessen der Marktteilnehmer durch die unlautere geschäftliche Handlung betroffen sind bzw. betroffen sein könnten. Dabei stellt sich das Problem, woraus diese abzuwägenden Interessen herzuleiten sind und wie eine willkürliche Einbeziehung beliebiger Gesichtspunkte vermieden werden kann.<sup>570</sup> Wie soeben gesehen, kann die bloße Methode der Angemessenheitsprüfung dazu keine Anhaltspunkte liefern. In der Praxis befördert dies Ausweichtendenzen bei der Benennung der betroffenen schutzwürdigen Interessen, beispielsweise, wenn berücksichtigungsfähige Gesichtspunkte lediglich unzusammenhängend aufgezählt werden.<sup>571</sup> In der Rechtsprechung findet sich regelmäßig die Formulierung, wonach alle Umstände des Einzelfalls in die Bewertung einzubeziehen sind.<sup>572</sup> Diese Aussage hat sich auch der Gesetzgeber zur Spürbarkeitsklausel in der Begründung des UWG 2004 zu Eigen gemacht.<sup>573</sup> Ohne hinreichende Fundierung erlaubt diese Formel jedoch keine Benennung der schutzwürdigen Interessen, sondern erweckt vielmehr den Verdacht einer Flucht in die argumentative Beliebigkeit. Es besteht die Gefahr, dass sich der Rechtsanwender vom anzuwendenden Gesetz löst.<sup>574</sup> Demnach ist eine Rückbindung an den Gesetzeszweck notwendig, um einer „Flucht in die Leerformel“ vorzubeugen und die Herleitung der einzustellenden Interessen zu fundieren. Hierbei kann es sich nur um schutzzweckrelevante Gesichtspunkte handeln, darüber hinaus gehende Belange sind aus der Abwägung auszuscheiden.<sup>575</sup>

Das Auffinden der im konkreten Fall beeinträchtigten schutzwürdigen Interessen ist im Hinblick auf die spätere Abwägung jedoch ambivalent. Von den Schutzzwecken gedeckte Interessen können sowohl für die Unzulässigkeit der Handlung streiten (sog. Verbotsgünde), als auch dagegen (sog. Verbotsggegengünde).<sup>576</sup> Dies betrifft zum einen die Interessen von Verbrauchern, Mitbewerbern und sonstigen Marktteilnehmern. Eine pauschale Zuweisung in eine der Kategorien ist dabei nicht möglich, vielmehr ist hier im Einzelfall zu differenzieren. So können sich beispielsweise Verbraucherinteressen auf beiden Seiten der Abwägung wieder finden, wenn es um die Bewertung einer irreführenden Angabe geht. Hier können Belange der nicht getäuschten Abnehmerkreise gegen eine Unzulässigkeit der geschäftlichen Handlung sprechen, beispielsweise weil aus einer Werbung Informationen gezogen werden können, die die Markttransparenz verbessern.<sup>577</sup> Da Gegenstand der Beurteilung die geschäftliche Handlung eines Gewerbetreibenden ist, sind andererseits auch seine Interessen in die Abwägung

---

<sup>569</sup> S.o. S. 71 f., vgl. noch *Beater*, Rn. 812 ff.; allgemein auch *Leistner*, NJW 1997, 636 (639) mit der Forderung einer sorgfältigen und detaillierten Begründung jeglicher Abwägungsentscheidung.

<sup>570</sup> *Wuttke*, Rn. 460.

<sup>571</sup> Vgl. die Kritik bei *Wuttke*, Rn. 460; s.a. *Kulka*, DB 2008, 1548 (1555), welcher die Unschärfe des Interessenbegriffs im UWG 2008 kritisiert.

<sup>572</sup> Z.B. BGH GRUR 2008, 186 (188 TzI. 25) – *Telefonaktion* („umfassende Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls“); BGH GRUR 2001, 258 (259) – *Immobilienpreisangaben*; zur Kritik an dieser Gesamtabwägung s.o. S. 89.

<sup>573</sup> BTDrucks. 15/1487 S. 17 li. Sp.

<sup>574</sup> *Wuttke*, Rn. 460.

<sup>575</sup> *Wuttke*, Rn. 460.

<sup>576</sup> Die Terminologie geht zurück auf *Wuttke*, Rn. 461; s.a. *ders.*, WRP 2007, 119 (122); ihm folgend *Beater*, Rn. 820 f.

<sup>577</sup> Vgl. *Wuttke*, Rn. 502 ff.; s.a. *Leistner*, in: Gloy/Loschelder/Erdmann, § 4 Rn. 39.



einzustellen, soweit sie vom Schutzzweck des Gesetzes umfasst sind. Sie bilden regelmäßig einen Großteil der Verbotsggegengründe.<sup>578</sup> Einzustellen sind demnach alle für die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs relevanten Interessen.<sup>579</sup>

Es wurde bereits dargelegt, dass das Lauterkeitsrecht auf den Schutz der Wettbewerbsfreiheit der Marktteilnehmer gerichtet ist. Die geschützten Interessen müssen folglich der Wettbewerbsfreiheit der Marktteilnehmer zugeordnet werden können. Wörtlich genommen erweist sich diese Forderung jedoch als unreal bzw. zu unbestimmt, da die im Einzelfall für die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs relevanten Interessen nicht ohne Anmaßung von Wissen ermittelbar sind. Der Wettbewerb erweist sich als „black box“. Dem Konzept der Wettbewerbsfreiheit wohnt – wie gezeigt – ein Operationalisierungsproblem inne.<sup>580</sup> Weder lässt sich das Spektrum der geschützten Interessen abstrakt festlegen, noch kann im Einzelfall das konkrete Maß an wettbewerblicher Handlungsfreiheit ermittelt werden, welches erforderlich ist, um die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs zu gewährleisten. Damit ist das Aufgreifkriterium der Wettbewerbsfreiheit in Bezug auf den jeweils zu entscheidenden Einzelfall auslegungsbedürftig. Teilweise ist hieraus der Schluss gezogen worden, dass Konzept der Wettbewerbsfreiheit sei gleichermaßen eine Leerformel, welche den Rechtsanwender gerade dort allein ließe, wo er der Führung am meisten bedürfe.<sup>581</sup> Die „Justiziabilität“ des Konzepts der Wettbewerbsfreiheit erweise sich demnach als illusorisch.

Diese Kritik erscheint überzogen. Richtig daran ist, dass das Konzept der Wettbewerbsfreiheit keinen Algorithmus liefert, welcher den Rechtsanwender in die Lage versetzt, für jeden gegebenen Einzelfall die in die Abwägung einzustellenden Interessen zu ermitteln. Es lässt ihn dabei aber auch nicht völlig im Stich. Es ist eher Wegweiser als Messlatte.<sup>582</sup>

Dies gilt umso mehr, wenn man das aus dem UWG sowie dem höherrangigen Recht abgeleitete Verständnis der Wettbewerbsfreiheit berücksichtigt, also die Normprägung der Wettbewerbsfreiheit in Betracht zieht.<sup>583</sup> Für den Rechtsanwender vereinfacht sich damit die Ermittlung der relevanten Interessen in dreierlei Hinsicht.

a) *Beschränkung auf wettbewerbsfunktionale Interessen der Marktteilnehmer*

Erstens gibt das UWG grundsätzlich den Ausschluss von sonstigen Allgemeininteressen vor. Geschützt ist nur das Allgemeininteresse an einem unverfälschten Wettbewerb, § 1 S. 2 UWG. Dies ist die klare Aussage der Schutzzweckbestimmung des § 1 UWG, welche zugleich einen Fixpunkt für die Bestimmung der schutzwürdigen Interessen insgesamt geben will. Diese Beschränkung spiegelt sich in der Aufzählung des § 3 I UWG wieder, welche den Allgemeininteressen keinen eigenen Raum einräumt. Dogmatisch überzeugen kann dies nur, wenn man davon ausgeht, dass das Interesse an einem unverfälschten Wettbewerb deckungsgleich ist mit den Interessen der Marktteilnehmer an der

---

<sup>578</sup> Vgl. Harte/Henning/Podszun, § 1 Rn. 34.

<sup>579</sup> Zur teleologischen Fundierung der Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs als Abwägungsmaßstab noch später S. 115.

<sup>580</sup> S.o. S. 57 ff.

<sup>581</sup> Vgl. Drews, Erheblichkeitsschwelle, S. 91, 102.

<sup>582</sup> Schlüter, S. 151.

<sup>583</sup> Vgl. Köhler/Bornkamm, Einl. UWG Rn. 1.29; Leistner, in: Gloy/Loschelder/Erdmann, § 4 Rn. 39.

Erhaltung ihrer Wettbewerbsfreiheit.<sup>584</sup> Außen vor bleiben müssen demgegenüber grundsätzlich sonstige Allgemeininteressen. Diese können allenfalls dort einbezogen werden, wo es um die Beachtung verfassungsrechtlicher Vorgaben oder bewusster, möglicherweise systemwidriger, Entscheidungen des Gesetzgebers geht.<sup>585</sup> Sofern sich durch Entscheidung des Gesetzgebers induzierten Allgemeininteressen jedoch nicht wettbewerbsfunktional begründen lassen, sind die entsprechenden Normen eng auszulegen, um die inkonsequente Berücksichtigung von Allgemeininteressen so gering wie möglich zu halten. Folglich kann auch § 4 Nr. 11 UWG nicht als allgemeines Einfallstor für berücksichtigungsfähige Allgemeininteressen herhalten.<sup>586</sup> Jenseits dieser Fälle sind Allgemeininteressen jedoch nicht in den Kreis schutzwürdiger Interessen einzubeziehen. Dies muss auch dort gelten, wo entsprechende Interessen den Verbrauchern zugeschrieben bzw. als Verbraucherschutzinteressen ausgegeben werden.<sup>587</sup> Der verständliche Wunsch, entsprechende Interessen zu schützen, zwingt nicht dazu, diese Aufgabe dem UWG zuzuweisen. Solche Interessen werden regelmäßig durch andere Gesetze geschützt.<sup>588</sup>

Geschützt sind demnach nur die Interessen der Marktteilnehmer und zwar nur solche im Schnittpunkt wettbewerbsfunktionaler und freiheitsbezogener Interessen.<sup>589</sup>

#### b) *Normative Vorprägung der schutzwürdigen Interessen der Marktteilnehmer*

Zweitens können zur weiteren Eingrenzung die Wertungen des UWG sowie des übergeordneten Rechts herangezogen werden. Damit wird der Bezug zum Marktmechanismus weiter konkretisiert. So betont das UWG für die Marktgegenseite, insbesondere die Verbraucher, die Bedeutung der Entscheidungsfreiheit. Exemplarisch findet dies in § 4 Nr. 1 und § 5 I UWG Ausdruck.<sup>590</sup> Der auf dem Mechanismus von Angebot und Nachfrage basierende Wettbewerb kann nur funktionieren, wenn der Abnehmer in Kenntnis der für ihn maßgeblichen Umstände frei entscheiden kann. Beeinträchtigungen können sich demnach ergeben aus der Verfälschung der Entscheidungsgrundlage sowie der Verfälschung des Entscheidungsprozesses. Folglich sind diese Bereiche in den Mittelpunkt der Interessenermittlung zu rücken. Die Marktgegenseite soll geschützt werden vor Täuschung und Irreführung auf der einen, sowie Zwang und Nötigung auf der anderen Seite. So gewendet steht die Vermeidung von Fremdbestimmung im Mittelpunkt der geschützten wettbewerblichen Autonomie der Abnehmer. Diese lässt sich weiter differenzieren in den Schutz vor falscher oder unzureichender Information sowie den Schutz vor psychologischem oder körperlichem Zwang.<sup>591</sup> Allerdings darf dies nicht dazu führen, den Abnehmer vor jeglicher Beeinflussung schützen zu wollen. Die Beeinflussung der Marktgegenseite ist der Sinn jeglicher Werbung oder geschäftlicher Handlung ihr gegenüber. Eine eindeutige Grenzlinie

---

<sup>584</sup> Dazu oben S. 21 ff.

<sup>585</sup> *Beater*, WRP 2012, 6 (8 f.) ähnlich GK-UWG/*Peukert*, § 1 Rn. 111 ff.; zur Systemwidrigkeit des Schutzes der Privatsphäre in § 7 UWG s.o. S. 25.

<sup>586</sup> *Beater*, WRP 2012, 6 (8 f.); GK-UWG/*Peukert*, § 1 Rn. 155 ff.; noch weitergehend im Sinne einer ausschließlich wettbewerbsfunktionalen Betrachtung wohl *Scherer*, WRP 2006, 401 (403 ff.); *Schünemann*, WRP 2004, 925 (934); tendenziell *a.A.* aber *v.Ungern-Sternberg*, in: Gloy/Loschelder/Erdmann, § 23 Rn. 22.

<sup>587</sup> *A.A.* *Fezer/Fezer*, § 1 Rn. 74 ff., 79 f.; *Kaplan*, S. 33 ff., 51 f.; s. dazu schon oben S. 16 ff. und S. 51 f.

<sup>588</sup> Vgl. *Scherer*, WRP 2006, 401 (403); *Wuttke*, WRP 2007, 117 (123).

<sup>589</sup> Vgl. *Harte/Henning/Schünemann* (2. Aufl.), § 1 Rn. 62.

<sup>590</sup> Vgl. *Harte/Henning/Stuckel*, § 4 Nr. 1 Rn. 23 f.

<sup>591</sup> Vgl. GK-UWG/*Peukert*, § 1 Rn. 298 ff.; *Harte/Henning/Podszun*, § 1 Rn. 51 ff.; *Köhler/Bornkamm*, § 1 Rn. 16 ff.

zur zulässigen Beeinflussung lässt sich jedoch nicht allgemeingültig ziehen. Bei der Bestimmung der Interessen im Einzelfall mag aber der Verzicht auf eine positive Definition des Freiheitsgehaltes und eine negative Abgrenzung in Form des Ausschlusses von eindeutigen Beschränkungen die Handhabung zu verbessern. Dieser Wechsel der Perspektive führt nicht zu einer Änderung des Schutzgehaltes, jedoch wird durch die Betrachtung der Außengrenzen – und damit der nur impliziten Bestimmung des Freiheitsgehaltes – einem freiheitlichen Verständnis besser entsprochen.

Umgekehrt besteht aber auch ein Interesse an höherer Markttransparenz und Auswahlmöglichkeit. Folglich sind die schutzwürdigen Interessen nicht alleine auf der Marktgegenseite zu verorten, sondern auch die wettbewerbsfunktionalen Interessen der Marktteilnehmer im Horizontalverhältnis in die Abwägung einzustellen. Dies läuft auf ein Interesse an unternehmerischer Entfaltungsfreiheit hinaus, d.h. über den Einsatz wettbewerblicher Parameter autonom entscheiden zu können.

### c) *Notwendigkeit einer typisierenden Betrachtung*

Drittens verlangt das UWG vorrangig eine Betrachtung auf der Grundlage einer Typisierung der Interessenlagen. Dies betrifft vor allem die Interessen der Verbraucher. Das UWG schützt nicht den einzelnen Verbraucher, sondern zielt auf einen typisierten, kollektiven Interessenschutz.

Als Begründung wird vielfach auf das Fehlen von Klagemöglichkeiten für den Verbraucher verwiesen. Der Gesetzgeber habe sich bewusst gegen eine Klagebefugnis des Verbrauchers ausgesprochen. § 8 III UWG sei Ausdruck eines beredten Schweigens.<sup>592</sup> Dieser Begründungsansatz greift jedoch zu kurz. Ihm liegt ein fragwürdiger Rückschluss von der Rechtsdurchsetzungsmacht auf den Interessenschutz zugrunde.

Dem Ergebnis ist gleichwohl zuzustimmen. Ansatzpunkt hierfür ist jedoch nicht die Klagebefugnis, sondern der Maßstab des Referenzverbrauchers. Zur Feststellung der Unlauterkeit stellt das UWG nämlich nicht darauf ab, ob und inwieweit tatsächlich einzelne Verbraucher von der geschäftlichen Handlung in ihren individuellen Interessen betroffen wurden, sondern es legt eine Betrachtung des Kollektivs zugrunde. Aus dieser Betrachtung wird dann der Maßstab des Durchschnittsverbrauchers gewonnen. Deutlich wird dies insbesondere dort, wo von der allgemeinen Verbraucherschaft abweichende Gruppen betroffen sind, § 3 II 3 UWG. Zum Maßstab des Interessenschutzes wird nicht ein tatsächlich vorgefundener Repräsentant der Gruppe, sondern die Perspektive eines aus der Betrachtung des Kollektivs gewonnenen „durchschnittlichen Mitglieds“. Maßgeblich ist damit nicht die Interessenlage des Einzelnen, sondern die im Durchschnittsverbraucher wertend zusammengeführte Interessenlage des Kollektivs. Dies deckt sich mit den Vorgaben der Richtlinie 2005/29/EG. Deren Erwägungsgrund 18 beginnt zwar mit dem Bekenntnis, „*alle Verbraucher vor unlauteren Geschäftspraktiken [...] schützen*“ zu wollen, schränkt dieses Ziel jedoch im Hinblick auf den Maßstab des Durchschnittsverbraucher sogleich wieder ein. Zur Bestimmung der Auswirkungen einer Geschäftspraxis auf besondere Verbrauchergruppen gibt die Richtlinie jeweils die „*Sicht eines Durchschnittsmitglieds dieser Gruppe*“ als Maßstab vor.<sup>593</sup>

---

<sup>592</sup> So *Beater* Rn. 846; s.a. BTDrucks. 15/1487, S. 22 li. Sp.

<sup>593</sup> Vgl. ErwGrd. 18 und 19 sowie Art. 5 II b) RL 2005/29/WG.

Eine Sonderstellung nimmt hier wiederum nur § 7 UWG ein, der auf die Belästigung eines konkreten Marktteilnehmers abstellt. Dieser Schutz individueller Interessen kann jedoch aufgrund der Sonderstellung des § 7 UWG nicht verallgemeinert werden, sondern unterstreicht vielmehr die aufscheinende Interessentrennung im Lauterkeitsrecht.<sup>594</sup> § 7 UWG ist Ausdruck individueller Schutzinteressen, welche eine große Nähe zum deliktischen Schutz des Eigentums, der Persönlichkeit und Intimsphäre als subjektiven Rechten des Einzelnen aufweisen.<sup>595</sup> Damit liegt auch bei der Beurteilung nach § 7 UWG eine Individualbetrachtung nahe, sofern man keine Wertungswidersprüche in Kauf nehmen möchte. Diese Schutzrichtung ist im UWG jedoch – wie gezeigt – singulär und nicht verallgemeinerungsfähig. Die sprachliche Abweichung kann damit auch als Hinweis auf einen abweichenden Interessenschutz gedeutet werden. Dies lässt wiederum den Umkehrschluss zu, dass jenseits des § 7 UWG vorrangig die Interessen der Verbraucherschaft als Gruppe geschützt sind. Vollends verdrängt wird die Interessenlage des Einzelnen schließlich in der „Schwarzen Liste“ des UWG-Anhangs, deren Erfüllung ebenfalls dem Verbraucherschutz dient, jedoch vollständig auf die Perspektive des individuellen Verbrauchers verzichtet. Demnach können hier nur überindividuelle Interessen der Verbraucher geschützt sein.

Die Perspektive des Schutzes ist demnach von den individuellen, tatsächlichen am Markt auftretenden Verbrauchern abstrahiert. Es genügt insofern die Eignung zu einer Interessenbeeinträchtigung. Betrachtungsgegenstand ist demnach wiederum der Referenzverbraucher in seiner Funktion für den Mechanismus aus Angebot und Nachfrage. Diese Betrachtungsweise muss konsequenterweise auch für sonstige Marktteilnehmer auf der Marktgegenseite gelten. Der Rechtsanwender wird also nicht mit der Sisypusarbeit belastet, das Interesse jedes einzelnen betroffenen Verbrauchers oder sonstigen Marktteilnehmers nachvollziehen zu müssen. Erforderlich ist deshalb der Rückgriff auf die von der supranationalen Rechtsprechung entwickelten und im UWG vertypeten Interessen des Referenzverbrauchers. Dies ist letztlich auch eine Folge der oben beschriebenen Normprägung der wettbewerblichen Handlungsfreiheit und unterstreicht diese noch einmal. Der typisierte Schutz betrifft demnach wiederum auf der Marktgegenseite insbesondere den Schutz der Entscheidungsfreiheit und der Entscheidungsgrundlage.

Bedenken, dass eine vertypete Betrachtung den Wettbewerb doch wieder in die Schablonen eines musterhaften Ideal-Wettbewerbs zwingt, und damit dem Schutzzweck der Wettbewerbsfreiheit der Marktteilnehmer entgegen steht, kann entgegen getreten werden. Eine derart typisierte Betrachtung ist keine abschließende Interessendefinition und schließt deshalb nicht aus, dass im Einzelfall darüber hinaus gehende Interessen berücksichtigt werden können, sofern sie im Übrigen berücksichtigungsfähig sind. Es bedarf in diesem Fall aber eines erhöhten Begründungsaufwandes, um die Einbeziehung zu rechtfertigen.

---

<sup>594</sup> Die hierbei ebenfalls bestehende Klagebefugnis der Verbände dient demnach weniger dem Schutz kollektiver Interessen, sondern dem effektiven Interessenschutz der Betroffenen.

<sup>595</sup> S.a. BTDrucks. 15/1487 S. 21 re. Sp., wonach bei § 7 II Nr. 2 UWG vorrangig das Eindringen in die Privat- und Individualsphäre inkriminiert wird.

Die Frage, ob zusätzlich Individualansprüche der von einer unzulässigen geschäftlichen Handlung betroffenen Verbraucher entstehen, kann an dieser Stelle offen bleiben. In der Abwägung treten individuelle Interessen jedenfalls hinter der typisierten Kollektiv-Betrachtung zurück.

#### d) Zusammenfassung

Gegen eine bei der Freiheit der Marktteilnehmer ansetzende, wettbewerbsfunktionale Betrachtung kann nicht der Vorwurf einer willfährigen Leerformel erhoben werden. Der Mannigfaltigkeit der Ausprägungen der Schutzzwecke des UWG im Einzelfall kann die vorstehend dargelegte, grobe Umgrenzung freilich gleichwohl nicht gerecht werden. Die aus dem UWG zu entnehmenden Wertungen stellen lediglich eine Handreichung für den Rechtsanwender dar, welcher jedoch nicht von der Arbeit befreit wird, die betroffenen Interessen – seien sie Verbots- oder Verbotsgegengründe – herauszuarbeiten. Dies spricht jedoch nicht gegen die Interessenabwägung als Verfahren: Ihr Ziel ist ohnehin nicht die Gewinnung vorgefertigter Lösungen, sondern die Verbesserung des Ergebnisses durch eine Erhöhung der Strukturierung und der Transparenz.

### 3. Bewertung betroffener Interessen

Zusammen mit der Feststellung der betroffenen, d.h. geförderten und beeinträchtigten Interessen, ist zugleich eine Bewertung vorzunehmen, d.h. es ist ihnen auch ein Maß der Förderung bzw. Beeinträchtigung zuzuweisen. Im Zusammenhang mit den Verbotsinteressen ist deshalb der Grad ihrer Beeinträchtigung zu ermitteln. Umgekehrt muss auch für die Gegenverbotsinteressen der Versuch unternommen werden, den Grad ihrer Förderung zu ermitteln. Über die letztendliche Schutzwürdigkeit der einzelnen einzustellenden Interessen wird damit freilich noch keine Aussage getroffen. Diese wird erst aus der Gegenüberstellung von Verbots- und Gegenverbotsinteressen und damit relativ im Rahmen der eigentlichen Abwägung gewonnen.<sup>596</sup> Der Grad der Beeinträchtigung bzw. Förderung eines Interesses schafft lediglich die Voraussetzung für die Bewertung der Schutzwürdigkeit und trifft damit allenfalls mittelbar eine Aussage über seine Schutzwürdigkeit.

Der Wortlaut des § 3 I UWG legt nahe, dass bei dieser Feststellung besonderer Wert auf die Bewertung der beeinträchtigten Interessen zu legen ist. Den genauen Maßstab hierfür nennen aber weder § 3 I UWG noch dessen amtliche Begründung. Die Änderung in der Terminologie der Spürbarkeitschwelle kann daher nicht als inhaltliche Änderung verstanden werden, so dass zunächst auf die Maßstäbe des UWG 2004 zurückzugreifen ist.<sup>597</sup> Der Gesetzesentwurf zum UWG 2004 gibt in Anlehnung an die ständige Rechtsprechung als Anhaltspunkte für die Bewertung der Interessenbeeinträchtigung „Art und Schwere“ des Verstoßes sowie die absehbaren Wirkungen des Verhaltens auf das Marktgeschehen vor.<sup>598</sup> Genauere Angaben zur Bestimmung der einzelnen Kriterien fehlen jedoch.

---

<sup>596</sup> Wuttke, Rn. 463;

<sup>597</sup> Kulka, DB 2008, 1548 (1556); zur „kosmetischen Natur“ der Umformulierung s.a. BTDrucks. 16/10146, S. 15 re. Sp. und insbesondere S. 22 li. Sp. (Beseitigung von sperrigen und unklaren Tatbestandsmerkmalen).

<sup>598</sup> BTDrucks. 15/1487, S. 17 li. Sp.; zur nahezu identischen Formulierung der ständigen Rechtsprechung, die sich bereits zu § 13 II Nr. 1 – 3 UWG herausgebildet hat, s. z.B. BGH GRUR 1995, 122 (124) – *Laienwerbung für Augenoptiker*; BGH GRUR 1997, 767 (770) – *Brillenpreise II*; BGH GRUR 1999, 1119 (1121) – *RUMMS!*; BGH GRUR 2000, 1087 (1089) – *Ambulanter Schlussverkauf*; BGH GRUR 2001, 258 (259) – *Immobilienpreisangaben*; BGH GRUR 2008, 186 (188 Tz. 25) – *Telefonaktion*.

Diese sind folglich genauer auf ihre Bedeutung für die Bestimmung der Interessenbeeinträchtigung zu untersuchen.

a) *Die Art des Verstoßes*

Nach der Vorstellung des Gesetzgebers müsste es demnach möglich sein, dass bestimmte Arten von unlauteren Handlungen aus sich heraus schon zu einer hinreichend schweren Beeinträchtigung geschützter Interessen führen. Es stellt sich freilich die Frage, um welche Arten von Verstößen es sich dabei handeln muss. Damit kann nicht gemeint sein, dass die geschäftliche Handlung ihrer Art nach überhaupt wettbewerbsfunktionale Interessen der Marktteilnehmer betreffen kann. Dies ist zum einen bereits ihrer Natur als geschäftliche Handlung regelmäßig immanent, sofern sie auf eine Beeinflussung der Abnehmer zielt, vgl. § 2 I UWG, und im übrigen Folge des Wettbewerbsbezuges.

Möglicherweise ist die Art des Verstoßes zu verstehen als Hinweis auf zum UWG 1909 ergangene und zum UWG 2004 fortgeführte ständige Rechtsprechung, wonach die Beeinträchtigung eines besonders geschützten, hochwertigen Rechtsguts regelmäßig ohne weiteres die Untersagung der entsprechenden geschäftlichen Handlung rechtfertigte. Dies betraf insbesondere den Schutz der Gesundheit sowie den Bereich der Umweltwerbung.<sup>599</sup> Es wurde jedoch bereits dargelegt, dass solche Rechtsgüter den nicht geschützten Allgemeininteressen bzw. sonstigen Interessen der Marktteilnehmer zuzuordnen sind. Es ist daher sehr fraglich, ob ihnen eine Rolle bei der Bewertung der schutzwürdigen Interessen zukommen kann.<sup>600</sup> Dies darf jedenfalls nicht dazu führen, dass nicht wettbewerbsfunktionale Interessen „durch die Hintertür“ wieder einbezogen werden und die notwendige Einzelfallbetrachtung durch einen absoluten Maßstab aushebeln. Das Verbot unzulässiger Handlungen würde damit von seinem Schutzzweck gelöst und wiederum der Gefahr der Instrumentalisierung für wettbewerbsfremde Zwecke ausgesetzt. Die Art des Verstoßes kann demnach in einem auf Verhältnismäßigkeit gerichteten Abwägungsmodell der Spürbarkeit nicht auf die Verletzung hochwertiger Rechtsgüter bezogen sein.

Eine bereits der Art nach hinreichende geschäftliche Handlung wäre nur dort denkbar, wo die (abstrakte) Beeinträchtigung bestimmter Marktteilnehmerinteressen bereits so gravierend ist, dass sich eine Interessenabwägung erübrigt. Eine derartige Betrachtung rückt die „Art des Verstoßes“ in die Nähe eines per-se-Verbotes. Es wurde jedoch bereits dargelegt, dass solche auch unter Zugrundelegung einer freiheitlichen Betrachtung in einem dynamischen Wettbewerb nur in sehr engen Grenzen angenommen werden können. Insbesondere würde dies Kenntnisse über die Ursache-Wirkungs-Zusammenhänge des Marktes voraussetzen, welche der Rechtsanwender schlicht nicht hat. Eine abstrakte Bewertung der Beeinträchtigung kommt daher nur dort in Betracht, wo die Wettbewerbsfreiheit eines Marktteilnehmers vollständig aufgehoben wird. Dies wäre beispielsweise bei der Anwendung physischen Zwanges gegenüber Verbrauchern der Fall. Die Art des Verstoßes als Anknüpfungs-

---

<sup>599</sup> Für den Schutz der Gesundheit: BGH GRUR 2005, 778 (780) – *Atemtest*; BGH GRUR 2006, 82 (86 Tz. 28) – *Betonstahl*; BGH GRUR 2006, 953 (954 Tz. 21) – *Warnhinweis II*; andeutungsweise auch BGH GRUR 2013, 421 (427 Ts. 56) – *Pharmazeutische Beratung über Calcicenter*; für die Umweltwerbung: BGH GRUR 1996, 985 (986) – *PVC-frei*.

<sup>600</sup> In dieser Richtung auch *Beater*, Rn. 1091; *Wuttke*, WRP 2007, 119 (123); dazu schon oben S. 97 ff.

punkt für die Bewertung der Beeinträchtigung kann daher nur in Ausnahmekonstellationen zum Tragen kommen.

Dafür spricht auch die Systematik des reformierten UWG. Per-se-Verbote, welche den Verbraucher betreffen, sind im Anhang nach § 3 Abs. 3 UWG (sog. „Schwarze Liste“) gebündelt. Es handelt sich dabei um die Umsetzung des Anhangs I der UGP-Richtlinie. Diese Liste soll gem. Art. 5 Abs. 5 UGP-RL in allen Mitgliedstaaten einheitlich gelten und kann nur durch eine Änderung der Richtlinie geändert werden. Folglich ist der Rechtsanwender (ebenso wie der nationale Gesetzgeber) gehindert, weitere per-se-Verbote aufzustellen. Dies ist allein dem europäischen Gesetzgeber vorbehalten.<sup>601</sup>

Die Art des Verstoßes kann nur dort Bedeutung erlangen, wo die Wertung der Spürbarkeit, d.h. eine Verhältnismäßigkeitsprüfung bereits im Tatbestand gefordert ist. Darauf wird noch näher einzugehen sein. Darüber hinaus hat die Art des Verstoßes für den Grad der Beeinträchtigung regelmäßig keine Bedeutung.

#### b) *Die Schwere des Verstoßes*

Zum maßgeblichen Kriterium wird damit die „Schwere des Verstoßes“. Auch dieser Ansatzpunkt bedarf der weiteren Konturierung. Auszugehen ist dabei wiederum vom aktuellen Wortlaut der Spürbarkeitsklausel. Dieser verweist auf die beeinträchtigten Interessen der Marktbeteiligten, so dass die Schwere des Verstoßes vorrangig zu verstehen ist als die Bestimmung von Grad und Intensität der Interessenbeeinträchtigung. Dies entspricht zugleich dem hier vertretenen interessenbezogenen Abwägungsmodell. Noch nichts gesagt ist damit über die deshalb erforderliche Gewichtung der Interessenbeeinträchtigung.

Eine derartige Bewertung erweist sich freilich als anspruchsvoll. Teilweise wird gelehrt, dass dies praktisch überhaupt möglich ist.<sup>602</sup> Es handelt sich jedoch nicht um ein spezifisch lauterkeitsrechtliches Problem, sondern begegnet dem Rechtsanwender überall dort, wo eine Interessenabwägung vorzunehmen ist. Es kann daher – mit der gebotenen Berücksichtigung der jeweiligen Spezifität – für die Methodik auch auf die Erfahrungen in anderen Rechtsgebieten zurückgegriffen werden.

Die Kommentarliteratur und insbesondere die Rechtsprechung begegnen dem Problem regelmäßig durch eine topische Betrachtung möglicherweise relevanter Aspekte, ohne diese hinreichend in ein kohärentes System zu überführen.<sup>603</sup> Dies lässt den Wunsch aufkommen, die für die Bewertung zulässigen Kriterien zu reduzieren, beispielsweise allein auf quantitative Kriterien wie Reichweite, Dauer etc.<sup>604</sup>

Eine Rolle mag dabei spielen, dass eine unmittelbare Messung der Schwere einer Beeinträchtigung im Sinne der Intensität in der Tat regelmäßig nicht möglich ist, wenn und soweit es an der Möglichkeit der Quantifizierbarkeit fehlt, wie dies bei Freiheitsinteressen regelmäßig der Fall sein dürfte. Dies kann jedoch kein Argument dafür sein, allein quantifizierbare Kriterien zu betrachten, denn dadurch besteht

---

<sup>601</sup> Vgl. EUGH GRUR 2010, 244 (246 Tz. 45, 48) – *Plus Warenhandelsgesellschaft*.

<sup>602</sup> *Drews*, S. 132 f.

<sup>603</sup> Exemplarisch *Köhler/Bornkamm*, § 3 Rn. 124.

die Gefahr, dass wesentliche schutzwürdige Interessen verkannt werden. Es bedarf daher gleichwohl auch einer qualitativen Bewertung. Dabei vermag die Vorarbeit zu Telos und Systematik der Spürbarkeitsklausel wesentliche Impulse für die Bestimmung der heranzuziehenden Kriterien zu geben. Insbesondere ist auf geeignete Hilfskriterien und Indikatoren zurückzugreifen, um den Grad der Beeinträchtigung zumindest indirekt abschätzen zu können. Literatur und Rechtsprechung haben dafür eine Reihe möglicher Bewertungsfaktoren entwickelt. Die einzelnen Bewertungsfaktoren sind dabei nicht isoliert zu betrachten, sondern ergeben aus ihrer Zusammenschau erst das Ausmaß der Beeinträchtigung. All diese Kriterien gilt es jedoch zunächst am herausgearbeiteten Schutzzweck des UWG zu messen, um der Forderung nach einer schutzzweckkonformen Interessenabwägung gerecht zu werden

Für die nun anzustellende Untersuchung sollen diese Bewertungsfaktoren in drei Kategorien eingeteilt werden, wobei die Übergänge freilich nicht trennscharf gezogen werden können: Solche, die an der Person des Handelnden ansetzen, solche, die an der Qualität der Handlung ansetzen und solche, die an den quantitativen Folgen einer geschäftlichen Handlung ansetzen.

#### aa) Umstände in der Person des Handelnden

Den Gesetzesmotiven zum UWG 2004 ist zu entnehmen, dass bei der Interessenabwägung im Rahmen der Bagatellklausel auch „subjektiven“ Umständen Raum zu geben ist, also Umständen in der Person des Handelnden.<sup>605</sup> Die Rechtsprechung hat hierunter verschiedentlich subsumiert die Frage nach dem Handlungsmotiv und dem Verschuldensgrad, die Kenntnis des Handelnden von den unlauterkeitsbegründenden Umständen, sowie sonstige Merkmale in der Person des Handelnden, wie z.B. seine Marktstärke.<sup>606</sup> Legt man an diese Kriterien den gebotenen wettbewerbsfunktionalen Maßstab an, so ist jedoch zu differenzieren. Berücksichtigung können nur solche Kriterien finden, die auf den Wettbewerbsprozess zurückwirken können. Die Bewertung der Intensität ist also vorrangig an den Auswirkungen der Handlung zu messen. Dies schließt zunächst den Verschuldensgrad als Indikator der Interessenbeeinträchtigung aus.<sup>607</sup> Für die Schwere der Beeinträchtigung der Interessen der übrigen Marktteilnehmer ist es nämlich unerheblich, ob der Handelnde diese Interessenbeeinträchtigung bewusst herbeigeführt hat. Dies ist für die Betroffenen gerade nicht erkennbar und hat deshalb keinen Einfluss auf ihre Marktentscheidung. Auch ist die Unbeachtlichkeit der Motivlage des Handelnden für die Bewertung beeinträchtigter Interessen anerkannt.<sup>608</sup> Konsequenterweise muss diese Unbeachtlichkeit auch für die Frage gelten, ob der Handelnde die tatbestandlichen Umstände der Unlauterkeit gekannt hat.<sup>609</sup> In der Rechtsprechung zum UWG n.F. lässt sich eine entsprechende Ten-

---

<sup>604</sup> Vgl. Harte/Henning/Schünemann (2. Aufl.), § 3 Rn. 402; Piper/Ohly/Sosnitza (5. Aufl.), § 3 Rn. 52; ähnlich auch Drews, S. 140 ff., jedoch mit bereits konzeptionell anderem Ansatz.

<sup>605</sup> Vgl. BTDrucks. 15/1487, S. 17 li. Sp.

<sup>606</sup> Vgl. BGH GRUR 1995, 358 (360) – *Folgeverträge II*; BGH NJW-RR 1995, 808 (810) – *Gewinnspiel II*; BGH GRUR 1996, 786 (788) – *Blumenkauf an Tankstellen*; BGH GRUR 2001, 1166 (1169) – *Fernflugpreise*; s.a. Heermann, GRUR 2004, 94 (96); Helm, FS Bechtold, 155 (162 f.).

<sup>607</sup> A.A. Fezer/Fezer, § 3 Rn. 102; Lubberger in: Gloy/Loschelder/Erdmann, § 45 Rn. 12; Helm, in: FS Bechtold, S. 155 (162 f.).

<sup>608</sup> Vgl. Harte/Henning/Podszun, § 3 Rn. 146.

<sup>609</sup> Piper/Ohly/Sosnitza, § 3 Rn. 36 f. m. w. N.



denz zur rein objektiven Beeinträchtigung ebenfalls feststellen.<sup>610</sup> *Beater* wendet hiergegen ein, dass eine Haftung des Irrenden bzw. dessen Belastung mit Abmahnkosten nicht gerechtfertigt sei.<sup>611</sup> Damit verkennt er jedoch die Warnfunktion der Abmahnung, welche auch einen irrig Handelnden von zukünftigem Fehlverhalten abhalten soll, ohne dadurch Sanktionscharakter zu erlangen.<sup>612</sup> Im Übrigen verlangt eine Kostenfreihaltung aus Gerechtigkeitsgesichtspunkten nicht zwangsläufig eine Berücksichtigung der Vorwerfbarkeit im Rahmen der vorrangig wirkungsbezogenen Interessenabwägung und damit einen Ausgleich auf der Ebene der Unzulässigkeit. Es liegt näher, diesen Aspekt im Rahmen des weiteren Tatbestandes des konkreten Anspruchs einzubeziehen.<sup>613</sup> Berücksichtigung finden kann der Verschuldensgrad daher nur, soweit er im Rahmen der Beispiels- und Spezialtatbestände gefordert wird, sowie als Voraussetzung für Schadenersatz- und Gewinnabschöpfungsansprüche.

Obwohl Umstände in der Person des Handelnden damit regelmäßig unbeachtlich sind, soll hiervon der Wettbewerbsvorteil ausgenommen sein. Dies entspricht beinahe einhelliger Ansicht in Rechtsprechung und Literatur<sup>614</sup> und verdient Zustimmung. Eine Begründung – gar in wettbewerbsfunktionalem Kontext – wird jedoch regelmäßig nicht gegeben.<sup>615</sup> Dabei liegt die Einbeziehung in den Kreis relevanter Kriterien nicht auf der Hand, sondern mutet zunächst durchaus befremdlich an, da der Wettbewerbsvorteil auf der Seite des Handelnden nicht zwangsläufig der vom Gesetzeswortlaut geforderten Interessenbeeinträchtigung auf der Seite der Betroffenen entspricht.<sup>616</sup> Dem Wettbewerbsvorteil kommt jedoch im Wettbewerbsprozess besondere Bedeutung zu, durch welche er mit der Interessenbeeinträchtigung verknüpft ist. Zunächst ist er – statisch betrachtet – das Ziel des Wettbewerbs im Horizontal-Verhältnis.<sup>617</sup> Er stellt die Verwirklichung der objektiv zu verstehenden Absatzförderung dar, welche gem. § 2 I Nr. 1 UWG die geschäftliche Handlung definiert und begrenzt.<sup>618</sup> Damit ist er zugleich Gradmesser für den „Erfolg“ der Handlung. Handelt es sich um eine unlautere Handlung, so kann daraus gefolgert werden, dass schutzwürdige Interessen der Marktteilnehmer beeinträchtigt wurden bzw. werden. Jedoch kann daraus noch kein Gradmaß für die Beeinträchtigung abgeleitet werden. Dieses ergibt sich erst unter Berücksichtigung der Wettbewerbsdynamik: Wird der Wettbewerb als Prozess von Vorstoß und Nachahmung aufgefasst,<sup>619</sup> so stellt der Wettbewerbsvorteil des Handelnden den Anreiz dafür dar, dass dieser die Handlung fortsetzt oder wiederholt oder sie von Dritten nachgeahmt wird.<sup>620</sup> Der Wettbewerbsvorteil trägt somit den Kern einer tendenziell größeren

---

<sup>610</sup> Vgl. BGH GRUR 2005, 778 (7799 – *Atemtest*; BGH GRUR 2007, 800 (801 Rn. 21) – *Außendienstmitarbeiter*, jeweils für die Konkretisierung der Unlauterkeit.

<sup>611</sup> *Beate*, Rn. 1016 f., zu diesem Ergebnis gelangte auch die Rechtsprechung unter dem UWG 1909 bei sittlich-moralischer Auslegung der Sittenwidrigkeit gem. § 1 UWG 1909, vgl. Piper/Ohly/*Sosnitza*, § 3 Rn. 36 f. m. w. N.; kritisch auch GK-UWG/*Peukert*, § 3 Rn. 371 ff.; 382 f.

<sup>612</sup> *Köhler/Bornkamm*, § 12 Rn. 1.5.

<sup>613</sup> Beispielsweise unterscheidet der Wortlaut des § 12 I 2 UWG zwischen der „begründeten“ und der „berechtigten“ Abmahnung. Auch an die Möglichkeiten der Missbrauchsabwehr ist zu denken. Zum Vorstehenden vgl. *Köhler/Bornkamm*, § 12 Rn. 1.68 ff.

<sup>614</sup> Z.B. BGH GRUR 1995, 122 (124) – *Laienwerbung für Augenoptiker*; BGH GRUR 1999, 1119 (1121) – *RUMMS!*; BGH GRUR 2000, 1087 (1089) – *Ambulanter Schlussverkauf*; BGH GRUR 2001, 1166 (1169) – *Fernflugpreise*; *Köhler/Bornkamm*, § 3 Rn. 124; *Lettl*, § 3 Rn. 21; zweifelnd allerdings *Harte/Henning/Podszun*, § 3 Rn. 143.

<sup>615</sup> Vgl. Fn. 614; ansatzweise mit Begründung *Drews*, S. 154 f.

<sup>616</sup> *Harte/Henning/Podszun*, § 3 Rn. 143; **a.A.** wohl *Drews*, S. 154 f.

<sup>617</sup> Vgl. die auf das Horizontal-Verhältnis fokussierende Wettbewerbsdefinition von *Fikentscher*, oben S. 27.

<sup>618</sup> Vgl. *Harte/Henning/Keller*, § 2 Rn. 59.

<sup>619</sup> Vgl. *Hoppmann*, Wirtschaftsordnung und Wettbewerb, S. 241.

<sup>620</sup> So im Ergebnis auch *Drews*, S. 157 f.

Interessenbeeinträchtigung in sich. Umgekehrt bedeutet ein geringer Wettbewerbsvorteil, dass die Marktteilnehmern nach anderen Möglichkeiten suchen werden, einen Vorsprung zu erlangen. In diesem Fall begrenzt der Wettbewerb selbst also die Beeinträchtigung der schutzwürdigen Interessen der übrigen Marktteilnehmer. Der Wettbewerbsvorteil kann folglich als Indikator für den Grad der Interessenbeeinträchtigung herangezogen werden.

In Rechnung zu stellen ist allerdings die diesem Indikator innewohnende Unschärfe. So lässt sich ein empirisches Kausalitätsverhältnis zwischen dem Wettbewerbsvorteil und der unlauteren Handlung nicht ohne weiteres herstellen. Wirtschaftliche Entscheidungen sind regelmäßig das Ergebnis eines Bündels vielfältiger Einflüsse, so dass die Wirkung einer geschäftlichen Handlung sich daher grundsätzlich nicht eindeutig ermitteln oder einem Wettbewerbsvorteil als einzige Ursache zuordnen lässt.<sup>621</sup> Hinzu kommt, dass bei dieser Betrachtung wohl auch der durch hypothetisches, rechtmäßiges Verhalten erzielte Wettbewerbsvorteil zu diskontieren wäre. Die daraus folgende Betrachtung des „Mehrgewinns“ scheint aber nicht zuletzt aufgrund der vorgenannten Schwierigkeiten praktisch unmöglich.<sup>622</sup> Die Bestimmung des Wettbewerbsvorteils erfordert somit einen vorrangig wertenden Zugriff.

Von den Umständen in der Person des Handelnden kommt somit allein dem Wettbewerbsvorteil Bedeutung zu bei der Bestimmung des Grades der Interessenbeeinträchtigung.

#### bb) Qualität der geschäftlichen Handlung

Als weiterer Anknüpfungspunkt für den Grad der Beeinträchtigung schutzwürdiger Interessen kann auf die Qualität der Handlung abgestellt werden. Da die Art der Handlung für sich genommen hierüber keine Aussage treffen kann,<sup>623</sup> muss die Handlung im Kontext des Marktgeschehens gesehen werden. Es sind also in Übereinstimmung mit dem Wortlaut des § 3 I UWG auch die Auswirkungen auf die Interessen der Marktteilnehmer einzubeziehen.

Nach der Rechtsprechung zum UWG 1909 sollte die Gefährdung von Rechtsgütern von hohem Rang regelmäßig eine schwerwiegende Beeinträchtigung des Wettbewerbs darstellen.<sup>624</sup> Sie hat bei Verstößen gegen Verbotsgesetze außerhalb des Wettbewerbsrechts (jetzt § 4 Nr. 11 UWG) mehrfach eine Bagatelle verneint, wenn und weil es um die Gesundheit oder Sicherheit der Verbraucher ging.<sup>625</sup> Eine solche Betrachtung legt nahe, die Intensität der Beeinträchtigung der geschützten Rechtsgüter und Interessen anhand der Ausstrahlung der geschäftlichen Handlung auf andere, vom UWG nicht geschützte Rechtsgüter und Interessen der Betroffenen oder der Allgemeinheit zu messen.<sup>626</sup> Dieser

---

<sup>621</sup> Sack, WRP 2003, 549 (553 ff.).

<sup>622</sup> Vgl. Harte/Henning/Goldmann, § 10 Rn. 115 f. und Sack, WRP 2003, 549 (554) zur Parallelproblematik bei der Gewinnabschöpfung. Anders als bei der Gewinnabschöpfung kann aber im Rahmen der Interessenabwägung nicht verlangt werden, aus Effektivitätsgründen den gesamten Wettbewerbsvorteil als durch die unlautere Handlung bedingt anzusehen.

<sup>623</sup> S.o. S. 101 f.

<sup>624</sup> S.o. S. 101 mit Fn. 599; zudem BGH GRUR 1995, 419 (422) – *Knoblauchkapseln*; BGH GRUR 1997, 761 (765) – *Politikerschelte*; BGH GRUR 2001, 176 (178) – *Myalgin*.

<sup>625</sup> S.o. Fn. 599; zudem BGH GRUR 2009, 984 (988 Tz. 34) – *Festbetragsfestsetzung*; BGH GRUR 2011, 633 (637 Tz. 36) – *BIO TABAK*; BGH GRUR 2011, 842 (843 Tz. 21) – *RC-Netzmittel*; zustimmend Köhler/Bornkamm, § 3 Rn 122.

<sup>626</sup> So im Ergebnis Helm, in: FS Bechtold, 155 (164 f.); s.a. Mönkemöller, S. 248.

Argumentation kann aber nicht gefolgt werden. Sie verkennt den Schutzzweck des UWG als Anknüpfungspunkt auch für die Spürbarkeit. Wie bereits dargelegt, geht es dem UWG regelmäßig nur um den Schutz der Handlungs- und Entscheidungsfreiheit der Marktteilnehmer. Sonstige Rechtsgüter können nicht ohne weiteres in die Abwägung einbezogen werden.<sup>627</sup>

Teilweise wird allerdings vorgebracht, dass die Gefahr für ein hochrangiges Schutzgut der Marktgegenseite bei dieser zu einer erhöhten Marktentscheidungsrelevanz führt, weil das Risiko die Wirksamkeit der geschäftlichen Handlung erhöht.<sup>628</sup> Einer solchen Berücksichtigung mittelbarer Auswirkungen ist jedoch ebenfalls mit Vorsicht zu begegnen. Zuzustimmen ist den Befürwortern dahin gehend, dass der Grad der Interessenbeeinträchtigung mit dem Grad der Entscheidungsrelevanz korrespondiert. Dies rechtfertigt jedoch nicht den Schluss von der Beeinträchtigung eines hochrangigen Schutzgutes auf eine hohe Entscheidungsrelevanz. Ein entsprechender Zusammenhang muss – auch unter Berücksichtigung der dieser Problemstellung innewohnenden Kausalitätsproblematik – hinreichend plausibel gemacht werden und darf nicht anhand von Evidenzappellen unterstellt werden. Anderenfalls besteht wiederum die Gefahr, dass der wettbewerbsfunktionale Schutzzweck des UWG aufgeweicht wird. Dem Aspekt der mittelbaren Auswirkung der Beeinträchtigung hochrangiger Rechtsgüter sollte daher vielmehr vorrangig bei der Konkretisierung der Unlauterkeit z.B. bei der Ausgestaltung von Informationspflichten oder der Fallgruppe der Angstwerbung Rechnung getragen werden. Im Übrigen werden entsprechende Fallkonstellationen bereits teilweise durch Nr. 12 und 18 des UWG-Anhangs erfasst.

Mit der vorgenannten Begründung ist auch eine abstrakte Gewichtung des betroffenen Rechtsguts im Rahmen der Interessenbeeinträchtigung in Zweifel zu ziehen. Zu überlegen ist, dass sich ein erster Anhaltspunkt zur Bestimmung der Intensität der Einwirkung unter Rückgriff auf die objektive Wertordnung der Verfassung ergeben könnte.<sup>629</sup> Dieser Anhaltspunkt ist jedoch allenfalls ein grober. Regelmäßig lässt sich schon kein abstraktes Wertigkeitsgefälle feststellen, zumal die Wettbewerbsfreiheit der Marktteilnehmer ebenfalls grundrechtlich unterfüttert ist.<sup>630</sup>

Bedeutung als Gradmesser der Beeinträchtigung kommt jedoch der geschäftlichen Relevanz zu. Je größer die Auswirkung auf die geschäftliche Entscheidung der Marktgegenseite ist, desto stärker ist die Interessenbeeinträchtigung durch eine unlautere Handlung.<sup>631</sup> Umgekehrt ist eine unlautere Handlung umso eher hinzunehmen, je geringer ihr Einfluss auf das Entscheidungsverhalten der Marktgegenseite ist. In diesen Fällen kann auf eine Regulierung durch den Wettbewerbsprozess vertraut werden. In der Rechtsprechung spiegelt sich dieses Kriterium beispielsweise wieder, wenn auf die Relevanz der Fehlvorstellung im Rahmen einer Irreführung<sup>632</sup> oder den Intensitätsgrad der Anlockwirkung als Gradmaß der Beeinträchtigung abgestellt wird.<sup>633</sup> Allerdings wird eine Bestimmung des Gra-

---

<sup>627</sup> Ebenso Harte/Henning/Schünemann (2. Aufl.), § 3 Rn. 414 f.; Piper/Ohly/Sosnitza, § 3 Rn. 57.

<sup>628</sup> So Wuttke, Rn. 483 f.; im Ergebnis auch Beater Rn.980; Helm, in: FS Bechtold, S. 155 (164 f.); Mönkemöller, S. 248 mit Fn. 1311.

<sup>629</sup> Vgl. Harte/Henning/Glöckner, Einl. B Rn. 412.

<sup>630</sup> S.o. S. 42 ff.

<sup>631</sup> Vgl. GK-UWG/Peukert, § 3 Rn. 415 f.; Wuttke, Rn. 472.

<sup>632</sup> Z.B. BGH GRUR 2003, 628 (630) – Klosterbräu.

<sup>633</sup> Z.B. BGH GRUR 2000, 1087 (1089) – Ambulanter Schlussverkauf; BGH GRUR 2008, 807 (810 Tz. 15) – Millionen-Chance.

des der geschäftlichen Relevanz dadurch erschwert, dass sich die Relevanz angesichts der vielfältigen Einflüsse im Wettbewerbsprozess nicht empirisch-kausal ermitteln lässt. Der Grad der geschäftlichen Relevanz kann daher nur wertend bestimmt werden. Beispielsweise kann eine geringere Beeinträchtigung vorliegen, wenn die geschäftliche Handlung lediglich anlockend wirkt.<sup>634</sup> Das bloße Anlocken führt nicht automatisch dazu, dass keine Interessenbeeinträchtigung vorliegt. Vielmehr können hier durch die Umleitung von Kundenströmen Interessen der Mitbewerber stärker betroffen sein. In diesem Fall ist eine Kaufentscheidung der Marktgegenseite aber noch nicht gefallen, so dass der Wettbewerbsprozess noch offen ist. Umgekehrt läge eine stärkere Beeinträchtigung vor, wenn aus der Sicht des Abnehmers Schlüsselinformationen für seine Entscheidung betroffen sind. Welche Parameter hierunter zu fassen sind, kann beispielsweise unter Einbeziehung der gesetzlichen Irreführungsmerkmale festgelegt werden.<sup>635</sup> In jedem Fall sind die getroffenen Wertungen offen zu legen.

Die geschäftlichen Relevanz als Gradmesser der Interessenbeeinträchtigung ist auch angesprochen, wenn aus Abnehmersicht zu bestimmen ist, inwieweit er sich der Wirkung einer geschäftlichen Handlung entziehen kann. Dies kommt etwa in der Forderung der Rechtsprechung zum Ausdruck, die „*Rationalität der Verbraucherentscheidung [müsse] vollständig in den Hintergrund treten*“.<sup>636</sup> In der neueren Rechtsprechung hat sich dies zu der Forderung entwickelt, dass der „*Einfluss ein solches Ausmaß erreichen [müsse], dass er die freie Entscheidung des Verbrauchers zu beeinträchtigen vermag*“.<sup>637</sup> Als Gradmaß der Interessenbeeinträchtigung lässt sich hieraus eine je-desto-Korrelation ableiten: Je stärker der Einfluss einem physischen oder psychischen Zwang ähnelt, desto stärker ist die Beeinträchtigung der Handlungs- und Entscheidungsfreiheit. Dies kommt auch in den unterschiedlichen, von der Literatur in verschiedenen Kontexten entwickelten Kontrollfragen zum Ausdruck. Beispielsweise will *Stuckel* den Grad der Einwirkung davon abhängig machen, „*ob der Verbraucher, der einem Werbeappell gefolgt ist, das Geschäft ex post in seiner konkreten Form noch gutheißen kann*“.<sup>638</sup> *Scherer* verlangt in ähnlicher Weise, dass sich die Subjekte der Marktgegenseite bei objektiver ex-ante-Betrachtung nicht mehr anders verhalten können, als von der unternehmerischen kommerziellen Kommunikation von ihnen verlangt.<sup>639</sup>

Die vorstehenden Wertungsgesichtspunkte beziehen sich auf die Beeinträchtigung der Interessen der Marktgegenseite, also der Abnehmer. Der Gedanke lässt sich jedoch auch auf die Mitbewerber und sonstigen Marktteilnehmer erstrecken. In ihm kommt nämlich die Erkenntnis zum Ausdruck, dass Wettbewerb zugleich bedeutet, Handlungsalternativen zu haben.<sup>640</sup> Der Wettbewerb als ergebnisoffe-

---

<sup>634</sup> Vgl. GK-UWG/*Lindacher* (1. Aufl.), § 3 Rn. 125 f.; *Wuttke*, Rn. 472; s.a. *Helm* in: FS Bechtold, S. 155 (166); in der Sache auch BGH GRUR 2001, 258 (259) – *Immobilienpreisangabe*; BGH GRUR 2004, 435 (436) – *Frühlingsgeflüge*; zur wettbewerbsfunktionalen Unbedenklichkeit des bloßen Anlockens weiterhin *Beater*, Rn. 1596; **a.A.** jetzt BGH GRUR 2010, 251 (252 f. Tz. 19) – *Versandkosten bei Froogle*; BGH GRUR 2010, 1110 (1112 Tz. 28) – *Versandkosten bei Froogle II*.

<sup>635</sup> Vgl. *Wuttke*, Rn. 472.

<sup>636</sup> So die Rspr. in den früheren Fällen des sog. übertriebenen Anlockens bei Kopplungsangeboten, z.B. BGH GRUR 2002, 976 (978) – *Kopplungsangebot I*; BGH GRUR 2002, 979 (981) – *Kopplungsangebot II*; BGH GRUR 2003, 890 (891) – *Buchclub-Kopplungsangebot*; BGH GRUR 2006, 161 (163) – *Zeitschrift mit Sonnenbrille*.

<sup>637</sup> BGH GRUR 2006, 75 (76 Tz. 17) – *Artenschutz*; BGH GRUR 2006, 953 (954 Tz. 19) – *Warnhinweis II*.

<sup>638</sup> *Harte/Henning/Stuckel*, § 4 Nr. 1 Rn. 24.

<sup>639</sup> *Scherer*, WRP 2010, 586 (591); s.a. *Scherer*, WRP 2008, 708 (712).

<sup>640</sup> Vgl. *Hoppmann*, Wirtschaftsordnung und Wettbewerb, S. 241, 266. Zur dahinter stehenden gesellschaftspolitischen Freiheitsfunktion des Wettbewerbs s. *Herzina*, S. 12 ff., *Schmidt/Haucap*, S. 37.

nes Entdeckungsverfahren kann nur funktionieren, wenn die Marktteilnehmer nicht nur rechtlich, sondern auch tatsächlich die Möglichkeit haben, sich frei zu entfalten. Besteht aber die Möglichkeit, am Markt anders zu reagieren, als dies der unlautere Handelnde verlangt, so spricht dies tendenziell dafür, dass die Handlungs- und Entscheidungsfreiheit weniger stark beeinträchtigt ist. Im Rahmen der Bewertung der Interessenbeeinträchtigung können daher für die Marktteilnehmer im konkreten Einzelfall bestehende Handlungsalternativen berücksichtigt werden. Für die Abnehmer wurde dies oben bereits dargelegt. Im Horizontalverhältnis kann daher beispielsweise berücksichtigt werden, ob und inwieweit sich Mitbewerber gegen eine unlautere Handlung durch marktkonforme Maßnahmen wehren können.<sup>641</sup> Entsprechende Überlegungen können aber auch zur Bewertung der Interessen des Handelnden fruchtbar gemacht werden. Ein faktischer Ausschluss vom Wettbewerb wirkt für den unlauteren Handelnden beispielsweise ungleich gravierender als die Untersagung einzelner Geschäftsmethoden.<sup>642</sup>

Weiter gedacht wirft eine derartige Betrachtung allerdings die Frage auf, ob die wertende Betrachtung der Reaktionsmöglichkeiten allein auf marktkonforme Mittel, d.h. wettbewerbliche Handlungsparameter zu beschränken ist. In letzter Konsequenz würde dies wiederum zur Berücksichtigung verbraucherprivatrechtlicher Sanktionen auf Seiten des Abnehmers führen. Dies ist jedoch abzulehnen. Zwar wäre die Berücksichtigung anders als im Rahmen der Erforderlichkeit durch die Einbindung in die Verhältnismäßigkeit relativiert, jedoch stehen gleichermaßen systematische Gründe einer derartigen Interessengewichtung entgegen. Anderenfalls würde nämlich die grundsätzliche Gleichberechtigung der Interessen aller Marktteilnehmer zu Lasten der Verbraucher durchbrochen. Dies jedoch steht wiederum im Widerspruch zum Schutzzweck des UWG.<sup>643</sup>

Weiterhin ist jedoch zu problematisieren, ob neben den vorstehend genannten, eher qualitativ ausgerichteten Kriterien auch quantitative Kriterien bei der Bewertung der Interessenbeeinträchtigung herangezogen werden können. Dieser Frage wurde bereits in Kapitel 3 nachgegangen, so dass auf die dortigen Ausführungen verwiesen werden kann.<sup>644</sup>

Hiergegen lässt sich auch nicht einwenden, dass der Schutz des beeinträchtigten Marktteilnehmers nicht davon abhängen kann, ob durch das Verhalten andere in gleicher Weise betroffen sind.<sup>645</sup> Damit wird der Ansatzpunkt des Referenzverbraucher-Maßstabes verkannt. Wie bereits dargelegt wurde, zielt das UWG regelmäßig auf einen kollektiven Interessenschutz. Dieser ist gegenüber den einzelnen, tatsächlichen Marktteilnehmern abstrahiert. Der Maßstab des Referenzverbrauchers bezieht sich deshalb nicht auf einen konkreten Marktteilnehmer, sondern will das Marktgeschehen insgesamt erfassen. Der Referenzverbraucher kann damit als personifiziertes Marktgeschehen gesehen werden.<sup>646</sup> Die spürbare Beeinträchtigung der so umrissenen Marktteilnehmer-Interessen schließt aber eine Betrachtung der Marktsituation nicht aus.

---

<sup>641</sup> *Beater*, Rn. 980.

<sup>642</sup> *Beater*, Rn. 980.

<sup>643</sup> S. bereits oben S. 54 f.

<sup>644</sup> S.o. S. 73 ff.

<sup>645</sup> So aber *Köhler/Bornkamm*, § 3 Rn. 131.

<sup>646</sup> *Drews*, S. 135 ff.; ähnlich *Dohrn*, Rn. 1069; s.a. *Harte/Henning/Glöckner*, Einl. E Rn. 331.

Als Indikatoren für die Schwere der Interessenbeeinträchtigung können daher quantitative Aspekte herangezogen werden, welche über die „Breite“ der Wettbewerbshandlung Auskunft geben. Dazu zählt die Häufigkeit und Dauer der unlauteren Handlung, also die Schwere der Beeinträchtigung auf der Zeitachse. Weiterhin kann die Zahl der von der unlauteren Handlung Betroffenen in die Abwägung einfließen. Die vorgenannten Aspekte lassen sich zudem empirisch gut im Rahmen einer situativen Momentaufnahme des Marktgeschehens erfassen. Da es sich bei der Bestimmung der Intensität der Beeinträchtigung jedoch um eine Wertungsfrage handelt, kann keine absolute Grenze für eine Bagatelle angegeben werden. Diese ist vielmehr unter Berücksichtigung des normativen Vorverständnisses und der sonstigen Umstände zu ermitteln. Auch die quantitativen Aspekte können daher nur als je-desto-Relation in die Abwägung einfließen.

Im Rahmen der quantitativen Aspekte der Beeinträchtigungsintensität werden zudem regelmäßig die Marktverhältnisse als Anhaltspunkt für ein Überschreiten der Spürbarkeitsschwelle genannt.<sup>647</sup> Berücksichtigungsfähig soll demnach die Zahl der beteiligten Mitbewerber sowie die Marktstärke sein. Letzteres kann als Indikator für die Zahl der Betroffenen herhalten, welche bei einem marktstarken Unternehmen tendenzielle höher ist. Diese Gleichsetzung zeigt allerdings auch bereits die Fußangeln auf, welche marktstrukturbezogenen Kriterien innewohnt. Zum einen sind sie auch bei gehaltvoller empirischer Grundlage stärker prognostisch und wertend geprägt und schon deshalb nur zurückhaltend heranzuziehen. Es gilt zudem zu vermeiden, in ein dem freiheitlichen Ansatz des Lauterkeitsrechts zuwiderlaufendes Marktstruktur-Verhalten-Ergebnis-Paradigma zu verfallen. Zum anderen benötigen diese Kriterien zumeist eine unausgesprochene Bestimmung des relevanten Marktes. Will man nicht auf ein Totalmarktkonzept abstellen, welches die Aussagekraft marktstrukturbezogener Kriterien generell entwerten würde, so müsste auch der betrachtete Markt genauer dargelegt werden. Insgesamt kann marktstrukturellen Aspekten daher nur ein begrenzter Aussagegehalt zugebilligt werden.

Die oben genannten Kriterien verdichten sich zumeist in der Problematik der Behandlung von sog. „Ausreisser“-Fällen. Hierunter versteht man die (regelmäßig unverschuldete bzw. ungeplante) Vornahme unlauterer Handlungen gegenüber vereinzelt Marktteilnehmern. Nach dem vorstehend Gesagten liegt es auf der Hand, dass hierbei – vorbehaltlich einer Würdigung im Gesamt-Kontext – tendenziell eine weniger intensive Interessenbeeinträchtigung vorliegt.<sup>648</sup> Allerdings führt das Vorliegen eines „Ausreissers“ noch nicht dazu, dass die Spürbarkeit ohne weiteres unterschritten wird.<sup>649</sup> Es handelt sich dabei lediglich um einen unter vielen Wertungsfaktoren dessen Gewichtung erst im Rahmen der Bestimmung der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne vorzunehmen ist. Im Übrigen sollte im Bereich der Ausreißer-Problematik die geringe quantitative Breite gedanklich von der teilweise mitgedachten Wiederholungsfahr getrennt werden.<sup>650</sup> Letzterer Aspekt ist von dem eher quantitativen

---

<sup>647</sup> BGH GRUR 1996, 786 (788) – *Blumenverkauf an Tankstellen*; s.a. *Helm*, in: FS Bechtold, S. 155 (160 f.); *Harte/Henning/Podszun*, § 3 Rn. 140.

<sup>648</sup> So im Ergebnis auch *Harte/Henning/Podszun*, § 3 Rn. 132; *Drews*, S. 160 f.; *Helm*, in: FS Bechtold, S. 155 (162); *GK-UWG/Peukert*, § 3 Rn. 430; *Lubberger*, in: *Gloy/Loschelder/Erdmann*, § 45 Rn. 13; **a. A. Köhler**, GRUR 2005, 1 (6).

<sup>649</sup> BGH GRUR 2011, 842 (843 Tz. 21) – *RC-Netzmittel*; *Köhler*, GRUR 2005, 1 (5); a.A. *Helm*, in: FS Bechtold, S. 155 (161 f.).

<sup>650</sup> **a.A. Lubberger** in: *Gloy/Loschelder/Erdmann*; § 45 Rn. 13.

Aspekt der Breite der Handlung unabhängig und kann daher separat betrachtet werden.<sup>651</sup> Durch eine Zusammenschau dieser unterschiedlichen Bewertungsaspekte wird die Behandlung der Ausreißer-Problematik unnötig erschwert.

c) *Berücksichtigung der Folgen der geschäftlichen Handlung*

Eine dritte Gruppe von Kriterien und Indikatoren für die Bestimmung der Interessenbeeinträchtigung lässt sich unter dem Aspekt der Folgenbetrachtung zusammenfassen. Können quantitative Kriterien als Ausdruck möglicher Auswirkungen auf das Marktgeschehen einbezogen werden, so liegt es nahe, auch die möglichen Folgen einer unlauteren Handlung in die Bewertung der Interessenbeeinträchtigung einzustellen. Wird die wettbewerbsfreiheitliche Perspektive also wie oben dargetan präzisiert, so muss dem Problem der Berücksichtigung von Wiederholungs- und Nachahmungsgefahr nachgegangen werden.

Die Probleme der (prognostischen) Berücksichtigung der Nachahmungsgefahr wurden bereits in Kapitel 3 behandelt, so dass hierauf verwiesen werden kann. Im Kontext der Schwere der Interessenbeeinträchtigung ist das dort gefundene Ergebnis freilich dahingehend zu würdigen, welcher Aussagegehalts einer Nachahmungsgefahr dazu zukommt.

Bei der Bestimmung des Aussagegehalts ist zu beachten, dass Nachahmung eine erwünschte Triebfeder in einem dynamischen Wettbewerbsprozess ist, der von ständigen Vorstoß- und Aufholphasen lebt.<sup>652</sup> Die Nachahmung ist also wettbewerbsfunktional grundsätzlich gewünscht, so dass die Gefahr einer Nachahmung nicht über die Lauterkeit oder Unlauterkeit einer geschäftlichen Handlung entscheiden kann. Das massenhafte Nachahmen einer geschäftlichen Handlung kann somit auch nicht die Anforderungen an die Unlauterkeit absenken, so dass die Nachahmungsgefahr nicht dazu herangezogen werden kann, bei einem lauterem, aber unerwünschten Verhalten „den Anfängen zu wehren“.<sup>653</sup> Ihr kann daher nur eine Funktion als Gradmesser der Interessenbeeinträchtigung zugewiesen werden.

Die Nachahmungsgefahr kann aber auch keinen Hinweis auf die bloß quantitative Breite einer geschäftlichen Handlung geben.<sup>654</sup> Dies würde tatsächlich darauf hinauslaufen, dem Handelnden fremdes Verhalten zuzurechnen, auch wenn dieser unbestritten eine Ursache für die dadurch erfolgte Veränderung im Wettbewerb gesetzt hat.<sup>655</sup> Zugleich wächst dadurch die Gefahr, dass unter „Hochrechnen“ der Auswirkungen ein unnötiger Eingriff in das Marktgeschehen erfolgt.

Gleichwohl hat die Nachahmungsgefahr im Rahmen der Bestimmung des Grades der Interessenbeeinträchtigung ihre Daseinsberechtigung. Sie kann nämlich Anhaltspunkt für das Bestehen eines be-

---

<sup>651</sup> Dazu sogleich.

<sup>652</sup> *Hoppmann*, Wirtschaftsordnung und Wettbewerb, S. 241; GK-UWG/*Schünemann* (1. Aufl.), UWG Einl. Rn. D 111.

<sup>653</sup> *Drews*, S. 148 ff.; vgl. auch *Harte/Henning/Schünemann* (2. Aufl.), § 3 Rn. 404.

<sup>654</sup> *Drews*, S. 157; a.A. wohl BTDrucks. 15/1487 S. 17 li. Sp.; missverständlich *Harte/Henning/Schünemann* (2. Aufl.), § 3 Rn. 404.

<sup>655</sup> *Köhler*, GRUR 2005, 1 (5); *Harte/Henning/Podszun*, § 3 Rn. 140; *Piper/Ohly/Sosnitza*, § 3 Rn. 55; kritisch *Helm*, in: FS Bechtold, S. 155 (166).

achtenswerten Wettbewerbsvorteils des Handelnden sein.<sup>656</sup> Den am Markt tätigen Mitbewerbern kann aufgrund ihrer Nähe zum Marktgeschehen die Fähigkeit zugebilligt werden, in ihrer Gesamtheit einen bestehenden oder zu erwartenden Wettbewerbsvorteil des Handelnden besser abschätzen zu können als der Rechtsanwender. Daher kann ihre Reaktion als Indikator für einen entsprechenden Wettbewerbsvorteil herangezogen werden. Diesen Zusammenhang zwischen Nachahmungsgefahr und Wettbewerbsvorteil hat die Rechtsprechung ohne entsprechende Offenlegung wohl auch regelmäßig ihren Entscheidungen zugrunde gelegt, wenn sie die „Sogwirkung“ einer Handlung an den dadurch entstehenden „erheblichen Nachteil“ für die Mitbewerber koppelt.<sup>657</sup>

Von der generellen Aussagekraft einer Nachahmungsgefahr ist jedoch die Frage zu trennen, welche Anforderungen an den Nachweis einer solchen Nachahmungsgefahr zu stellen sind. Insbesondere bei einer noch gar nicht stattgefundenen Handlung lassen sich Prognoseschwierigkeiten nicht vermeiden, die auf die generelle Unvorhersehbarkeit von Wettbewerbsprozessen zurückzuführen sind. Dies darf aber nicht dazu führen, dass die Nachahmungsgefahr einfach behauptet wird. Die wettbewerbsfreiheitliche Betrachtung gebietet vielmehr Zurückhaltung bei der Annahme von Ursache-Wirkungs-Zusammenhängen. Etwaige Prognosen sind daher durch hinreichend sichere Tatsachenfeststellungen zu unterlegen.<sup>658</sup>

Schließlich ist zu erwägen, ob auch eine etwaige Wiederholungsgefahr als Gradmaß der Interessenbeeinträchtigung herangezogen werden kann. Dies läge angesichts der Berücksichtigung von Häufigkeit und Dauer einer unerlaubten Handlung sowie der dargelegten Bedeutung einer Nachahmungsgefahr nahe. Gelegentlich wird die Gefahr einer Wiederholung daher im Kontext von „Ausreißer“-Fällen erörtert und damit in die Spürbarkeitsbetrachtung einbezogen.<sup>659</sup> Dem ist jedoch zu widersprechen. Die Wiederholungsgefahr hat nach der Gesetzessystematik ihren Platz im Rahmen des Unterlassungsanspruchs. Sie ist daher erst zu prüfen, wenn die Unzulässigkeit der Handlung, und damit auch die spürbare Interessenbeeinträchtigung feststehen.<sup>660</sup> Dies lässt sich teleologisch damit rechtfertigen, dass die Wiederholungsgefahr – anders als die Nachahmungsgefahr – nicht nur über den Wettbewerb vermittelt wird, sondern in stärkerem Maße von der Person des Handelnden abhängt. Zentrales Kriterium für ihre Bestimmung ist demnach die Willensrichtung des Handelnden.<sup>661</sup> Subjektive Elemente sind bei der Bestimmung des Grades der Interessenbeeinträchtigung jedoch regelmäßig unbeachtlich.<sup>662</sup>

---

<sup>656</sup> Dazu ausführlich *Drews*, S. 157ff.; ähnlich *Helm*, in: FS Bechtold, S. 155 (166).

<sup>657</sup> BGH GRUR 2001, 1166 (1169) – *Fernflugpreise*; OLG Karlsruhe NJW-RR 1996, 1326 (1327) – *50% Sonder-AfA*; s.a. BGH GRUR 1996, 208 (210) – *Telefax-Werbung*; BGH GRUR 1995, 122 (124) – *Laienwerbung für Agenoptiker*, BGH GRUR 2000, 1087 (1089) – *Ambulanter Schlussverkauf*, BGH GRUR 2004, 253 (254) – *Rechtsberatung durch Automobilclub*.

<sup>658</sup> *Drews*, S. 158 f.; *Lubberger*, in: Gloy/Loschelder/Erdmann, § 45 Rn. 13; Harte/Henning/Schünemann (2. Aufl.), § 3 Rn. 406.

<sup>659</sup> *Lubberger*, in: Gloy/Loschelder/Erdmann; § 45 Rn. 13; a.A. BGH GRUR 2011, 842 (843 Tz. 21) – *RC-Netzmittel*.

<sup>660</sup> BGH GRUR 2011, 842 (843 Tz. 21) – *RC-Netzmittel*; *Köhler*, GRUR 2005, 1 (5); *Köhler/Bornkamm*, § 3 Rn. 128.

<sup>661</sup> *Beater*, Rn. 2692.

<sup>662</sup> S.o. S. 103.



#### d) *Zusammenfassung*

Die vom Gesetzgeber vorgeschlagene Orientierung an „Art und Schwere“ der Beeinträchtigung ist zunächst dahin zu konkretisieren, dass die „Art“ allenfalls eine untergeordnete Bedeutung spielen kann. Der Rechtsanwender kann regelmäßig keine per-se-Verbote unzulässigen Handelns entwickeln, dies ist dem (europäischen) Gesetzgeber vorzubehalten. Die Art der Beeinträchtigung kann daher nur in Ausnahmefällen eine Rolle spielen.

Mit Blick auf die „Schwere“ der Beeinträchtigung sieht sich der Rechtsanwender mit der Hürde konfrontiert, woran die Schwere der Beeinträchtigung festzumachen ist. Die Orientierung an der Funktionsfähigkeit des Wettbewerbsmechanismus sowie den Vorgaben des UWG und des höherrangigen Rechts vermag Orientierung zu geben. Subjektive Merkmale des Handelnden sind grundsätzlich unbeachtlich. Ein Verschulden ist nur im Rahmen des Schadenersatzes bzw. der Gewinnabschöpfung zu berücksichtigen. Als Ausnahme anzuerkennen sind das Bestehen und die Höhe eines Wettbewerbsvorteils. Als weitere Orientierungspunkte verbleiben die qualitativen und quantitativen Folgen der geschäftlichen Handlung.

Die qualitativen Folgen für die Wettbewerbsfreiheit sind am Maßstab des Referenzverbrauchers zu bewerten, wobei die Schwere der Beeinträchtigung einer indirekten Betrachtung zugänglich ist. Insbesondere der Grad der Marktverhaltensrelevanz sowie mögliche Handlungsalternativen in der konkreten Situation sind in die Betrachtung einzustellen. Demgegenüber sind das Gewicht des geschützten Rechtsgutes und mögliche Schadensfolgen keine geeigneten Kriterien.

Die Berücksichtigung quantitativer Folgen rechtfertigt sich aus dem kollektiven Blickwinkel des UWG. Diese sind nur anhand einer wertenden Verknüpfung ermittelbar, welche die Aussagekraft der jeweiligen Indikatoren offen legt. In diesem Rahmen vermag auch der Nachahmungsgefahr Bedeutung zuzuwachsen.

Der Grad der Beeinträchtigung ist demnach im Wechsel der qualitativen und quantitativen Folgen zu bestimmen.

#### 4. Einbeziehung von Gegenverbotsinteressen und ihre Gewichtung

Die vorangegangenen Ausführungen haben gezeigt, wie die Interessen der Marktteilnehmer herausgearbeitet und gewichtet werden können. Dabei wurde zumeist auf die Beeinträchtigung jener Marktteilnehmerinteressen abgestellt, die für eine Spürbarkeit sprechen und damit als Verbotsinteressen in die nun folgende Abwägung einzustellen sind. Die vorgestellten Maßstäbe sind jedoch auch beim Auffinden und Bewerten jener Interessen anzuwenden, die für die Sanktionslosigkeit der konkret betrachteten, unlauteren geschäftlichen Handlung sprechen können. Es handelt sich dabei um die sog. Gegenverbotsinteressen, welche im Vorgriff auf den letzten Schritt der Angemessenheitsprüfung noch einmal in Erinnerung gerufen werden sollen.

Maßgeblich zu berücksichtigen sind dabei zunächst die schutzwürdigen Interessen des geschäftlich Handelnden selbst. Diese lassen sich nicht mit der Begründung übergehen, dass an einer unlauteren Handlung kein schutzwürdiges Interesse bestehen könne. Die darin zum Ausdruck kommende Trenn-

barkeit von Unlauterkeit und spürbarer Interessenbeeinträchtigung ist grundsätzlich zu hinterfragen und wird an späterer Stelle noch aufgegriffen. Jedenfalls kann die Unlauterkeit nicht von den geschützten Interessen des Handelnden abstrahiert werden, so dass ihr grundsätzlich auch ein Platz im Rahmen der bei der Spürbarkeit anzustellenden Angemessenheitsprüfung zuzuweisen ist.<sup>663</sup> Dies ist nicht zuletzt Ausdruck der unternehmerischen Freiheit, in die nur bei hinreichender Rechtfertigung eingegriffen werden darf. Die wertende Feststellung der Unlauterkeit beinhaltet jedoch aufgrund der mit der Wettbewerbsfreiheit verbundenen Unschärfe und des innewohnenden Prognoserisikos stets das Risiko einer irrtümlichen Untersagung, obwohl tatsächlich keine Beeinträchtigung schutzwürdiger Interessen gegeben ist. Diesem Risiko einer Fehleinschätzung ist zu begegnen, indem die Bedeutung der Untersagung für die Freiheit des Handelnden in die Abwägung eingestellt wird. Nur so wird sichergestellt, dass auch unter Berücksichtigung etwaiger Irrtümer die Verbotsinteressen unter Berücksichtigung der konkreten Umstände des Einzelfalles überwiegen.

Auszugehen ist dabei von einer Vermutung für die grundsätzliche Zulässigkeit einer geschäftlichen Handlung. Die freie Entfaltung des Unternehmers wird vom UWG umfassend geschützt und betrifft sämtliche Gestaltungsparameter. Mit Blick auf die geschützten Interessen der übrigen Marktteilnehmer, insbesondere der Marktgegenseite, sind hier vor allem die Vertriebs- und die Werbefreiheit zu nennen.<sup>664</sup> Das UWG erkennt damit die Freiheit und Interessen des geschäftlich Handelnden als grundlegende Funktionsbedingung des Wettbewerbs an.

Die geschützten Interessen müssen im Hinblick auf die Abwägung aber auch gewichtet werden. Ebenso wie bei anderen einzustellenden Interessen können hier qualitative und quantitative Aspekte eine Rolle spielen. Besondere Bedeutung erlangt dabei unter dem Aspekt der tatsächlichen unternehmerischen Freiheit die Frage, ob dem Handelnden im Falle einer Untersagung zumutbare Alternativen zur Ausgestaltung seines Freiheitsraums verbleiben oder eine Untersagung einen faktischen Ausschluss vom Markt bedeutet.<sup>665</sup>

Des Weiteren ist zu überlegen, ob nicht Gegenverbotsinteressen der übrigen Marktteilnehmer vorliegen, die einer Untersagung entgegenstehen. Dies können sowohl Interessen der Mitbewerber wie auch der Verbraucher sein. Im Zusammenhang mit irreführender Werbung wird beispielsweise auf die Interessen der Verkehrskreise verwiesen, die zwar angesprochen, aber nicht irreführt werden.<sup>666</sup> Für diese stellt die Werbung u.U. eine wertvolle Informationsquelle und einen Orientierungspunkt im Wettbewerb dar, an dessen Erhaltung ein wettbewerbsfunktionales Interesse besteht. Soweit damit allerdings auf Verbraucher Bezug genommen wird, ist diese Ansicht nicht unproblematisch. Sie führt zu einer Fragmentierung der Verbraucherinteressen. Das Leitbild des typisierten Referenzverbrauchers und der kollektive Interessenschutz sprechen tendenziell gegen eine solche Differenzierung der Verbraucher. Nichtsdestotrotz sind Fälle denkbar, in denen die Interessen der Verbraucher als Gegenverbotsinteressen in die Wagschale geworfen werden können. Bereits genannt wurden jene Fälle, bei

---

<sup>663</sup> Vgl. *Beater*, Rn. 974, sowie *Harte/Henning/Podszun*, § 3 Rn. 113.

<sup>664</sup> S.o. S. 58 f.

<sup>665</sup> Vgl. *Beater*, Rn. 980; *Wuttke*, Rn. 526 f.

<sup>666</sup> So *Wuttke*, Rn. 501 ff.

denen zwar Mitbewerberinteressen beeinträchtigt werden, jedoch auf Seiten der Verbraucher die Transparenz und der Zugang zu Anbietern erleichtert werden.<sup>667</sup>

## 5. Abwägung der betroffenen Interessen

Kern der Prüfung der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne ist die Gegenüberstellung von Nutzen und Beeinträchtigungen einer Maßnahme.<sup>668</sup> Die zu treffende Abwägungsentscheidung ist inhaltlich und methodisch freilich nicht unproblematisch.<sup>669</sup> Inhaltlich ist der Gefahr zu begegnen, dass die Abwägung nicht zu einer „unkalkulierbaren Billigkeitsrechtsprechung“ entartet.<sup>670</sup> Dazu muss der Bezugspunkt der Abwägungsentscheidung offen gelegt werden. Der Vergleich der einzustellenden Interessen hat anhand einer dritten Größe zu erfolgen, welche die betroffenen Interessen zueinander in Beziehung setzt. Dieses „Drittmaß“ darf jedoch nicht so abstrakt bleiben, dass er sich in der Weite der allgemeinen Gerechtigkeitsidee verliert.<sup>671</sup> In der öffentlich-rechtlichen Verhältnismäßigkeitsprüfung wird daher als Drittmaßstab das verfassungsrechtliche Gewicht der abzuwägenden Größen als tertium comparationis herangezogen, so dass die Abwägung anhand der Ordnungs- und Wertestruktur der Verfassung erfolgt.<sup>672</sup> Für die hier vorgeschlagene Prüfung der Verhältnismäßigkeit im Rahmen der Spürbarkeitsschwelle gilt es ebenfalls einen geeigneten Drittmaßstab auszuloten.

### a) *Das Problem des Drittmaßstabes: Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs als tertium comparationis*

Soweit im Lauterkeitsrecht eine Interessenabwägung vorgeschlagen oder vorgenommen wird, bleibt der Abwägungsmaßstab zumeist ungenannt oder wenig konkret. *Köhler* verweist dazu ohne genauere Spezifikation auf die Wertungen des Europarechts sowie der Verfassung und den Schutzzweck des Gesetzes.<sup>673</sup> Darin liegt der zutreffende Hinweis, dass die Abwägungsentscheidung teleologisch zu fundieren ist, es fügt der Konturierung des Maßstabes jedoch zunächst nichts hinzu. Diese Konturierung ergibt sich erst, wenn die Normenhierarchie im Hinblick auf ihr Verständnis vom unverfälschten Wettbewerb durchmustert wird. In Kapitel 2 hat die Untersuchung unter dieser Fragestellung ein systemtheoretisches, wettbewerbsfreiheitliches Verständnis als Fluchtpunkt der normativen Wertungen erbracht. Dieses Verständnis kann hier wiederum nutzbar gemacht werden.

Als erstes kann ihm ein grundsätzliches Bekenntnis zum Wettbewerb als Steuerungsprinzip des Marktes entnommen werden, so dass der Wettbewerbsprozess wiederum in den Mittelpunkt der Betrachtung zu stellen ist.

Zweitens soll dieser Wettbewerb gerade durch die Gewährung individueller Handlungs- und Entscheidungsfreiheit gewährleistet und gefördert werden. Dies findet seine Entsprechung im Allgemeinheitsinteresse an einem freien und damit funktionsfähigen Wettbewerb. Im Rahmen der Abwägung sind daher die Interessen und Freiheiten der Marktteilnehmer zu schützen, aber auch zu begrenzen, soweit

---

<sup>667</sup> Vgl. BGH GRUR 2001, 1061 (1062 f.) – *Mitwohnzentrale*; dazu *Beater* Rn. 978.

<sup>668</sup> Maunz/Dürig/Grzeszick, Art. 20 GG, Abschn. VII Rn. 117.

<sup>669</sup> S. bereits oben S. 93.

<sup>670</sup> Maunz/Dürig/Grzeszick, Art. 20 GG, Abschn. VII Rn. 118.

<sup>671</sup> Vgl. *Stern*, Staatsrecht, Band III/2, S. 784.

<sup>672</sup> *Jakobs*, S. 24 f.; *Stern*, Staatsrecht III/2, S. 784 f.; kritisch *Pieroth/Schlink/Kingreen/Poscher*, Rn. 303.

dies die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs fördert. Als teleologisch fundierter Abwägungsmaßstab tritt damit die Förderung der Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs hervor.<sup>674</sup>

Drittens ist jedoch wiederum daran zu erinnern, dass der so gewonnene Abwägungsmaßstab nur einen Rahmen zieht für den Rechtsanwender, ohne bereits ein Ergebnis vorzuzeichnen. Dies ist die Kehrseite der Flexibilität, die erforderlich ist, um dem dynamischen Charakter des Wettbewerbs gerecht zu werden und das aktuelle Wettbewerbsgeschehen im Einzelfall zu erfassen. Die Förderung der Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs darf jedoch nicht dazu verleiten, strukturpolitischen oder wettbewerbstheoretischen Überlegungen Raum zu geben. Dadurch würde wiederum die Gefahr begründet, den Wettbewerbsprozess als reales Such- und Entdeckungsverfahren zu verkennen. Der Drittmaßstab zielt also auf eine freiheitliche Betrachtung ohne bereits ein bestimmtes Ergebnis vorzuzeichnen.

#### b) *Leitlinien der Abwägungsentscheidung*

Auch der teleologisch fundierte Abwägungsmaßstab der Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs dient vorrangig der Strukturierung und Nachvollziehbarkeit der Wertungsentscheidung. Zunächst begründet er formelle Rechtfertigungspflichten. Die Orientierung am Grundsatz der Wettbewerbsfreiheit verbietet es, geschäftliche Handlungen beliebig einzuschränken.<sup>675</sup> Sie müssen im Zweifel zulässig sein, und dürfen nur eingeschränkt werden, soweit Rechtfertigungsgründe vorliegen. Diese Gründe können entsprechend des Schutzzwecks nur die Interessen anderer Marktteilnehmer (zuvorderst deren Wettbewerbsfreiheit) sein. Damit wird zugleich einem dynamischen Wettbewerbsverständnis Rechnung getragen, welches im Zweifel auf die Weiterentwicklung durch die Marktteilnehmer setzt. Im Ergebnis wird ein Rechtfertigungsdruck erzeugt, der sich mit der Intensität der Beschränkung erhöht.<sup>676</sup> Dies läuft daraus hinaus, die Entscheidung durch die Errichtung von Rechtfertigungszwängen zu strukturieren. Die Rechtfertigung muss umso stärker ausfallen, je empfindlicher in die Interessen der Marktteilnehmer eingegriffen wird bzw. je stärker diese beeinträchtigt werden. Dies verlangt gleichermaßen die Offenlegung der anzustellenden Überlegungen und erhöht dadurch in Übereinstimmung mit der strukturellen Funktion der spürbaren Interessenbeeinträchtigung die Rationalität der Entscheidung.

Zudem hilft der Bezug zur Wettbewerbsidee und zur Wettbewerbsfreiheit bei der Konturierung der materiellen Maßstäbe für die Abwägung. Wird auf die funktionale Bedeutung der Marktteilnehmer für den Wettbewerb zurückgegriffen, so folgt daraus, dass der Schutz der Marktgegenseite zur Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs beitragen muss.<sup>677</sup> Im Mittelpunkt steht damit wiederum die autonome Entscheidung der Marktteilnehmer als Grundlage wirtschaftlicher Aktivität in einer dezentral koordinierten

---

<sup>673</sup> Köhler/Bornkamm, § 3 Rn. 102.

<sup>674</sup> Pichler, S. 157; Harte/Henning/Schünemann (2. Aufl.), § 3 Rn. 284 ff.; GK-UWG/Schünemann (1. Aufl.), Einl Rn. C 26 ff.; Wuttke, Rn. 547; ders., WRP 2007, 119 (124); ähnlich auch Köhler/Bornkamm, § 1 Rn. 51 (begrenzende Funktion des Interesses der Allgemeinheit am unverfälschten Wettbewerb bei Schutzzweckkonflikten); GK-UWG/Peukert, § 1 Rn. 310.

<sup>675</sup> Beater, Rn. 985.

<sup>676</sup> Wuttke, Rn. 589 f.

<sup>677</sup> Vgl. Wuttke, Rn. 547.

Wirtschaftsordnung.<sup>678</sup> Die Abwägung muss damit auch die Frage beinhalten, ob und inwieweit durch die zu beurteilende geschäftliche Handlung eine freie und informierte Entscheidung der Marktteilnehmer verhindert wird.<sup>679</sup>

Dies führt zu der Frage, nach welchen Relationen die Freiheitssphären der Marktteilnehmer miteinander abzuwägen sind. Gefordert ist ein schonender Ausgleich der gegenläufigen Interessen und Freiheitssphären. Kein Freiheitsinteresse darf einem anderen vorschnell geopfert werden. Die Freiheiten der Marktteilnehmer können nicht in dieser Weise gegeneinander ausgespielt werden. Die Anerkennung der jeweiligen Freiheitssphären findet ihren Ausdruck demnach im Gedanken der praktischen Konkordanz: *„Praktische Konkordanz erfordert, dass sich nicht eine der widerstreitenden Rechtspositionen bevorzugt und maximal durchsetzt, sondern alle einen möglichst schonenden Ausgleich erfahren. Erreicht werden soll ein verhältnismäßiger Ausgleich der gegenläufigen Interessen mit dem Ziel ihrer Optimierung. [...] Pauschal-abstrakte Lösungen für die eine oder die andere Seite sind damit nicht vereinbar.“*<sup>680</sup>

Aus der Gewährleistung des unverfälschten Wettbewerbs als Ziel des Lauterkeitsrechts folgt in diesem Zusammenhang, dass vermeintliche Besitzstände einer erhöhten Rechtfertigung bedürfen. Sondergesetzliche Schutzrechte können dabei Beachtung finden, jedoch verbietet die nicht zuletzt aus der Nachahmung gespeiste Wettbewerbsdynamik, dass regelmäßig besondere Leistungsschutzrechte zugebilligt werden.

Zu klären ist beim Auffinden der Abwägungsleitlinien schließlich, inwieweit Wertungskriterien des deutschen und europäischen Verfassungsrechts in dieser Abwägung zum Tragen kommen. Unbestritten ist auch das Lauterkeitsrecht in den Ordnungszusammenhang der Verfassungen eingebunden. Für das Grundgesetz bedeutet dies, dass die normative Ausstrahlungswirkung der Grundrechte im Wege der mittelbaren Drittwirkung zu beachten ist. Andererseits konnte jedoch bereits gezeigt werden, dass das Grundgesetz seinerseits ein Bekenntnis zum freiheitsbezogenen Wettbewerb enthält und die Wettbewerbsfreiheit der Marktteilnehmer ihrerseits in der Wertordnung des Grundgesetzes wurzelt.<sup>681</sup> Diese Wertentscheidung bestärkt aber den hier gefundenen Maßstab, welcher die Wettbewerbsfreiheit der Marktteilnehmer unter Berücksichtigung der Verhältnismäßigkeit zum Ausgleich bringt. Im Übrigen ist es nicht die Aufgabe des Lauterkeitsrechts, umfassend die Durchsetzung bedrohter Rechtsgüter zu ermöglichen.<sup>682</sup>

Unter verfassungsrechtlichen Vorzeichen findet die Abwägung der Interessen ihre äußerste Grenze in der Menschenwürde des Art. 1 GG, welcher einer Abwägung nicht zugänglich ist.<sup>683</sup> Diese Grenze kann aber nur sehr zurückhaltend aktiviert werden.<sup>684</sup> So erscheint es bereits schwerlich vorstellbar, dass eine geschäftliche Handlung mit einer Verletzung der Menschenwürde zugleich die geschützten

---

<sup>678</sup> Vgl. Harte/Henning/Podszun, § 3 Rn. 65.

<sup>679</sup> Vgl. Harte/Henning/Podszun, § 3 Rn. 89.

<sup>680</sup> Muckel, JA 2010, 670 (672); vgl. BVerfGE 81, 278 (292); 93, 1 (21); 97 169 (176).

<sup>681</sup> S.o. S. 42 ff.

<sup>682</sup> Harte/Henning/Podszun, § 3 Rn. 123.

<sup>683</sup> Vgl. GK-UWG/Peukert, § 1 Rn. 169, § 3 Rn. 510; Köhler/Bornkamm, § 3 Rn. 73; s.a. BVerfG GRUR 2001, 170 (174) – Benetton-Werbung I; BVerfG GRUR 2003, 442 (443) – Benetton-Werbung II.

<sup>684</sup> Beater, Rn. 2352; s.a. GK-UWG/Peukert, § 3 Rn. 514.

Interessen der Marktteilnehmer beeinträchtigt, die ja im Mittelpunkt der Verhältnismäßigkeitsprüfung stehen.<sup>685</sup> Außerdem besteht die Gefahr, dass bei vorschneller Bejahung einer Verletzung der Menschenwürde dieser Topos im Lauterkeitsrecht zur „kleinen Münze“ verkommt und damit entwertet wird.<sup>686</sup> Zugleich wächst die Gefahr, dass er zur Untersagung bloß anstößiger, unbequemer oder geschmackloser Handlungen, insbesondere von Werbung, verwandt wird.<sup>687</sup> Eine solche Geschmackszensur ist mit einem freiheitlichen Wettbewerbsverständnis nicht vereinbar. In jedem Fall bedarf ein Rückgriff auf die Menschenwürde einer sorgfältigen Begründung,<sup>688</sup> wobei regelmäßig eine Feststellung des Sinns einer Werbeaussage im Lichte der Meinungsfreiheit vorgelagert ist.

c) *Der Referenzverbraucher als normativer Ausdruck eines freiheitlichen Maßstabes*

Im Rahmen der vorzunehmenden Abwägung gewinnt auch das Verbraucherleitbild an Bedeutung. Es handelt sich um das Leitbild des durchschnittlich informierten, aufmerksamen und verständigen Verbrauchers, welches zunächst vom EuGH im Rahmen seiner Irreführungsrechtsprechung entwickelt wurde und seitdem von den deutschen Gerichten allgemein angenommen wurde.<sup>689</sup> Seine Geltung hat der Gesetzgeber bereits in den Materialien zum UWG 2004 anerkannt und im Zuge der UWG-Reform 2008 in § 3 II UWG verankert.<sup>690</sup> Ungeachtet dieses Standortes findet es für das gesamte Lauterkeitsrecht einschließlich der Generalklausel des § 3 I UWG Anwendung. Als vorrangig normative Wertung leistet es Hilfestellung bei der Bestimmung, Gewichtung und Abwägung der wettbewerblichen Interessen der Marktteilnehmer.<sup>691</sup> Das Verbraucherleitbild ist nämlich selbst bereits das Ergebnis einer Abwägung.<sup>692</sup> Es soll die Rechte und den Schutz der Marktbeteiligten in Einklang bringen, um das Funktionieren des Wettbewerbs im Binnenmarkt zu gewährleisten. Damit stellt es zugleich einen Kompromiss zwischen den Interessen der Unternehmer und der Verbraucher dar. Soweit die wettbewerblich geschützten Interessen von Unternehmern und Verbrauchern gegeneinander abzuwägen sind, kann das Verbraucherleitbild daher als Richtschnur für die Schutzhöhe fruchtbar gemacht werden.

Der Maßstab des Durchschnittsverbrauchers wird maßgeblich durch die Rechtsprechung des EuGH vorgezeichnet.<sup>693</sup> Auszugehen ist von einem normal informierten und angemessen aufmerksamen und verständigen Durchschnittsverbraucher.<sup>694</sup> Es kann davon ausgegangen werden, dass der Verbraucher grundsätzlich informierbar ist, den Willen und die Fähigkeit zur Informationssuche und -verarbeitung hat und dabei zu kritischer Betrachtung in der Lage ist. Auch soweit er mit aggressiven

---

<sup>685</sup> Vgl. Köhler/Bornkamm, § 3 Rn. 78.

<sup>686</sup> Köhler/Bornkamm, § 3 Rn. 37.

<sup>687</sup> Beater, Rn. 2352; ähnlich Köhler/Bornkamm, § 3 Rn. 73.

<sup>688</sup> Köhler/Bornkamm, § 3 Rn. 37, s.a. BVerfG GRUR 2003, 442 (443) – *Benetton-Werbung II*.

<sup>689</sup> Vgl. EuGH GRUR Int 1998, 795 (797 Tz. 31) – *Gut Springenheide*; rezipiert z.B. von BGH GRUR 2000, 619 (621) – *Orient-Teppichmuster*; BGH GRUR 2002, 182 (183) – *Das Beste jeden Morgen*. S.a. Köhler/Bornkamm, § 1 Rn. 22 ff.

<sup>690</sup> Vgl. BTDrucks. 15/1487, S. 19 re. Sp. Sprachliche Unterschiede gegenüber der UGP-Richtlinie bzw. der neueren EuGH-Rechtsprechung gehen auf abweichende Übersetzungen zurück, vgl. Köhler/Bornkamm, § 1 Rn. 23; Scherer, WRP 2013, 977 (979 Rn. 21 ff.).

<sup>691</sup> Vgl. Beater, Rn. 1106.

<sup>692</sup> Köhler/Bornkamm, § 1 Rn. 21; ders./Lettl, WRP 2003, 1019 (1032); Lettl, § 1 Rn. 84; Scherer, WRP 2013, 977 (979 Rn. 29); vgl. Dohm, Rn. 810.

<sup>693</sup> Vgl. ErwGrd. 18 UGP-RL.

<sup>694</sup> EuGH, Rs. C-122/10, Slg. 2011 I-3903, Tz. 22, 23 – *Ving Sverige*.

Praktiken konfrontiert wird, begegnet er dem geschäftlich Handelnden auf Augenhöhe, so dass eine gewisse Robustheit erwartet werden kann.<sup>695</sup> Dem Verbraucher ist damit eine hinreichende Eigenständigkeit zuzubilligen, ein umfassender Schutz ist nicht anzustreben. Die konkrete Ausformung richtet sich jedoch nach den Umständen des Einzelfalles, beispielsweise nach dem verwendeten Medium oder dem zugrunde liegenden Produkt. Außerdem sind soziale, kulturelle und sprachliche Faktoren zu berücksichtigen. Die Beurteilung des Einzelfalles bleibt damit den angerufenen Gerichten überlassen. Im Ergebnis führt der Maßstab des Durchschnittsverbrauchers dazu, dass die Interessen des handelnden Unternehmers angemessen zu berücksichtigen sind, was die Anforderungen an ein Unzulässigkeitsurteil erhöht.<sup>696</sup>

Sowohl das UWG als auch die UGP-Richtlinie sehen allerdings vor, dass der Maßstab ein anderer ist, wenn sich die geschäftliche Handlung an eine bestimmte Gruppe von Verbrauchern wendet oder nur das wirtschaftliche Verhalten einer besonders schutzbedürftigen und identifizierbaren Verbrauchergruppe beeinflusst wird, § 3 Abs. 2 S. 2,3 UWG, Art. 5 Abs. 2 lit. b), Abs. 3 UGP-RL. Die Abwägung kann demnach anders ausfallen, wenn der angesprochene oder (potentiell) betroffene Verkehrskreis nicht der Allgemeinheit entspricht. Dies kann zunächst gesehen werden als nahezu selbstverständliche Klarstellung der Anwendungsmethodik.<sup>697</sup> Die in die Abwägung einzustellenden Interessen der Verbraucher und ihre Gewichtung richten sich im Einzelfall nach den Spezifika der angesprochenen Verbraucher als maßgeblichem Verkehrskreis. Diese Besonderheiten sind zunächst herauszuarbeiten. Dadurch können sich auch die Anforderungen verschieben, die an den Erhalt der Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs zu stellen sind, so dass die angesprochenen Verkehrskreise ihrer Steuerungs- und Lenkungsfunktion als Marktteilnehmer gerecht werden können. Dies kann zugleich als realitätsnahe Ausgestaltung des normativen Verbraucherleitbildes interpretiert werden.

Der allgemeine Maßstab soll jedoch nur in begründeten Ausnahmefällen verdrängt werden. Dies wird deutlich an den zusätzlichen Erfordernissen, die Art. 5 Abs. 3 UGP-RL und ihm folgend § 3 Abs. 2 S. 3 UWG für die Berücksichtigung der Perspektive besonders schutzbedürftiger Verbraucher aufstellt. Die eindeutige Identifizierbarkeit der Gruppe und die Vorhersehbarkeit für den Unternehmer sollen – ungeachtet der bisher unklaren Bedeutung dieser Merkmale – eine übermäßige Belastung des Unternehmers durch eine zu niedrige Unzulässigkeitschwelle verhindern.<sup>698</sup>

Im Ergebnis bleibt festzuhalten, dass der Referenzverbraucher als grundsätzlich eigenverantwortlicher Marktteilnehmer gesehen wird, der nicht vor jeglichem geschäftlichen Risiko geschützt werden muss.<sup>699</sup>

#### d) *Berücksichtigung öffentlich-rechtlicher Sanktionsmöglichkeiten?*

In der Rechtsprechung zum UWG a.F. hat der BGH verschiedentlich überlegt, ob die Möglichkeit eines behördlichen Einschreitens dazu führen kann, dass ein unlauteres Handeln als unerheblich anzuse-

---

<sup>695</sup> Vgl. Harte/Henning/Podszun, § 1 Rn. 46; Köhler/Bornkamm, § 1 Rn. 37.

<sup>696</sup> Harte/Henning/Schünemann (2. Aufl.), § 3 Rn. 294.

<sup>697</sup> Harte/Henning/Podszun, § 3 Rn. 70; Harte/Henning/Schünemann (2. Aufl.), § 3 Rn. 447; s.a. Sosnitza, WRP 2008, 1014 (1018 f.).

<sup>698</sup> Dohrn, Rn. 872; Glöckner/Henning-Bodewig, WRP 2005, 1311 (1330).

<sup>699</sup> Beater, Rn. 1102 ff.

hen ist.<sup>700</sup> In dem hier vorgeschlagenen Abwägungsmodell würde dies eine Bewertungsverschiebung zugunsten des handelnden Unternehmers bedeuten.

Eine solche Einbeziehung behördlicher Sanktionsmöglichkeiten ließe sich mit der Begründung vertreten, dass auch eine behördliche Untersagung die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs verbessern kann, so dass es also auf eine lauterkeitsrechtliche Untersagung nicht mehr ankäme. Die Interessenbeeinträchtigung wäre in diesem Fall tendenziell geringer.

Gegen eine solche Einbeziehung bestehen jedoch auch Bedenken. So wird von *Köhler* eingewandt, dass ein behördliches Verfahren regelmäßig zu langsam sei für die Erfordernisse des Wettbewerbs und zudem die Aufgabenverteilung zwischen Wettbewerbsgerichten und Verwaltungsbehörden verwischt würde.<sup>701</sup>

Neben diesen eher pragmatischen Erwägungen sprechen jedoch vor allem systematische Einwände gegen die Einbeziehung behördlicher Sanktionsmöglichkeiten in die Interessenabwägung.

Das erste Gegenargument ergibt sich dabei aus der Tatsache, dass diese Fälle der Sanktionenkonkurrenz allein im Rahmen des § 4 Nr. 11 UWG (Rechtsbruch) auftreten können, nämlich dann, wenn die einbezogene Norm zugleich straf- oder ordnungsrechtlich sanktioniert ist. In den Fällen des Rechtsbruchs werden die Regelungen des UWG überlagert durch die Besonderheiten der einbezogenen Norm. So kann die einbezogene Norm gegenüber dem UWG vorrangig einen anderen Schutzzweck verfolgen, was insbesondere bei Werbeverboten und –beschränkungen nahe liegt. Die behördliche Verfolgung zielt damit aber ebenfalls nicht auf eine Förderung der Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs, sondern auf die Verwirklichung des Schutzzwecks der einbezogenen Norm. Im Hinblick auf den Maßstab der Interessenabwägung ist das behördliche Handeln damit ambivalent. Weder kann einem Untätigbleiben der Behörde entnommen werden, dass vom UWG geschützte Interessen nicht hinreichend beeinträchtigt werden, noch bedeutet umgekehrt ihr Einschreiten, dass damit vom UWG geschützte Interessen hinreichend geschützt werden. Das behördliche Verhalten wird schlicht von anderen Überlegungen geleitet.<sup>702</sup> Die Problematik deutet allenfalls auf die Notwendigkeit hin, das Zusammenspiel der Normen im Rahmen des Rechtsbruchtatbestandes noch weiter zu hinterfragen.<sup>703</sup>

Des Weiteren beseitigt die ordnungs- oder strafrechtliche Sanktionierung nicht die bereits eingetretene Beeinträchtigung der geschützten Interessen.<sup>704</sup> Ihr kann allenfalls eine mittelbare Auswirkung zugeschrieben werden, soweit ein tatsächliches Einschreiten der Behörde die Reichweite und die Dauer einer unlauteren geschäftlichen Handlung begrenzt. Diese Faktoren sind aber ohnehin in die Interessenabwägung einzubeziehen, so dass die behördliche Sanktion keine eigenständige Bedeutung gewinnt. Anders kann sich dies allenfalls bei der Feststellung einer Wiederholungsgefahr darstellen. Die Wiederholungsgefahr ist Voraussetzung für den Unterlassungsanspruch gem. § 8 Abs. 1 S. 1 UWG. Als solche ist sie aber der Unzulässigkeitsprüfung nachgelagert. Zudem hat die Rechtsprechung die

---

<sup>700</sup> BGH GRUR 2001, 258 (259) – *Immobilienpreisangabe*; BGH GRUR 2001, 1166 (1169) – *Fernflugpreise*; in dieser Richtung auch *Helm*, in: FS Bechtold, S. 155 (165 f.); Harte/Henning/Podszun, § 3 Rn. 143;

<sup>701</sup> *Köhler*, GRUR 2005, 1 (5).

<sup>702</sup> Piper/Ohly/Sosnitza, § 3 Rn. 54.

<sup>703</sup> Dazu noch unten S. 143 ff.

<sup>704</sup> Vgl. *Köhler*, GRUR 2005, 1 (5).



Hürden für die Beseitigung der Wiederholungsgefahr im Interesse eines effektiven Rechtsschutzes sehr hoch gelegt.<sup>705</sup>

Die Verwaltungsbehörden spielen somit neben den Wettbewerbsgerichten eine eigenständige Rolle, ihre Sanktionsmöglichkeiten und Handlungen können nicht in die Interessenabwägung einbezogen werden.<sup>706</sup>

e) *Berücksichtigung zivilrechtlicher Sanktionsmöglichkeiten, insbesondere von Widerrufsrechten?*

Zu überlegen ist außerdem, ob andere Sanktionsmöglichkeiten der Marktteilnehmer in die Bewertung einzubeziehen sind. Dies betrifft insbesondere privatrechtliche Rechtsbehelfe der Verbraucher. In einer vereinzelt gebliebenen Entscheidung hatte das OLG Oldenburg 2004 ein lauterkeitsrechtliches Schutzbedürfnis vor Verkäuferprämien zu Gunsten der Kunden eher beiläufig mit der Erwägung abgelehnt, dass diese von der Rechtsordnung durch umfangreiche privatrechtliche Schutzmechanismen – Anfechtungsrecht, Gewährleistungsrecht, Schadenersatzrecht – vor falschen Angaben des Händlers geschützt seien.<sup>707</sup> *Eppe* hat an dieser Gleichsetzung von lauterkeitsrechtlichem und privatrechtlichem Verbraucherschutz vehement Kritik geübt, begrüßte aber „eine ausdrückliche Diskussion zu dieser Thematik“.<sup>708</sup>

Der Ansatz des OLG Oldenburg ist in der Tat nicht von vornherein von der Hand zu weisen. Der Vertragsabschluss mit Dritten stellt das Ziel des unternehmerischen Wettbewerbs dar.<sup>709</sup> Umgekehrt honoriert die Gegenseite durch einen Abschluss die Bemühungen des Unternehmers.<sup>710</sup> In jedem Fall gestaltet der Vertragsabschluss den Austauschprozess und dadurch den weiteren Verlauf des Wettbewerbs. Vertrag und Wettbewerb stehen damit in einem funktionalen Zusammenhang.<sup>711</sup> Einem den Vertrag oder seine Folgen beseitigenden *actus contrarius* kann daher eine entsprechende Wettbewerbsrelevanz kaum abgesprochen werden. Wirkt die individuelle Gestaltungsmacht der Vertragsparteien aber auf den Wettbewerb zurück, können darin beschlossene gesetzliche Wertungen für das Lauterkeitsrecht nicht außer Betracht bleiben.<sup>712</sup> Eine auf das gesamte Zivilrecht gerichtete Perspektive ist für die vorliegende Untersuchung jedoch zu weit. Dies ergibt sich schon daraus, dass die meisten Normen zum Schutz des Vertragspartners in ihren Anforderungen mit dem Lauterkeitsrecht nicht deckungsgleich sind und sich die Sachverhalte allenfalls in Teilelementen überschneiden.<sup>713</sup> So müssen zwar beide Rechtsgebiete über Täuschung oder Bedrohung der Abnehmer befinden, nehmen

---

<sup>705</sup> Ausführlich *Fritzsche*, in: Gloy/Loschelder/Erdmann, § 18 Rn. 11, 17, 18 ff.

<sup>706</sup> Ähnlich jetzt auch BGH GRUR 2010, 251 (253 Tz. 20) – *Versandkosten bei Froogle*.

<sup>707</sup> OLG Oldenburg GRUR-RR 2004, 209 (210) – *Mittelmeerkreuzfahrt*, dazu kritisch *Eppe*, WRP 2005, 808 sowie *Steinbeck*, GRUR 2005, 15 (18) mit Fn. 41 a.E.

<sup>708</sup> *Eppe*, WRP 2005, 808 (812).

<sup>709</sup> Vgl. die Wettbewerbs-Definition von *Fikentscher*, oben S. 27; zum „richtigen“ Vertrag als gemeinsamem Fluchtpunkt von Lauterkeits- und Vertragsrecht ausführlich *Leistner*, 249 ff.

<sup>710</sup> Zu dieser sog. „Schiedsrichterfunktion“ siehe schon oben S. 16 ff.

<sup>711</sup> Dazu näher *Alexander*, S. 38 ff.; aus ökologischer Sicht *Leistner*, S. 16 ff.

<sup>712</sup> Vgl. den Gleichmaßgrundsatz von *Leistner*, S. 249 ff., 1084 ff.

<sup>713</sup> *Harte/Henning/Brüning/Ahrens*, Einl. G Rn. 142.

dabei aber unterschiedliche Blickwinkel ein und knüpfen die Rechtsfolgen an jeweils unterschiedliche Voraussetzungen.<sup>714</sup>

Eine vertiefte Betrachtung muss aber dem Verbraucherprivatrecht zugebilligt werden, da dieses innerhalb der Zusammenschau von Vertrags- und Lauterkeitsrecht eine Sonderstellung einnimmt. Diese Sonderstellung ergibt sich aus der zunehmenden Annäherung des vertragsrechtlichen Individualschutzes des Verbrauchers und der wettbewerbsrechtlichen Marktverhaltenskontrolle.<sup>715</sup> Ihre Ursache hat diese Annäherung auf der supranationalen Ebene, wo eine Trennung von vertraglichem und lauterkeitsrechtlichem Verbraucherschutz nicht stattfindet. Das verbraucherschützende Sekundärrecht zieht zum Schutz der Entscheidungsfreiheit des Verbrauchers für die Lösung lauterkeitsrechtlicher Problemlagen individual-vertragliche Rechtsbehelfe heran und schafft damit nicht nur einen funktionalen Zusammenhang, sondern einen darüber hinaus gehenden Wertungszusammenhang.<sup>716</sup> Beispielsweise wird dem Anbieter ein gleichlaufendes detailliertes Programm an Informationspflichten im Rahmen der kommerziellen Kommunikation auferlegt, welches sowohl durch erweiterte Lösungsrechte nach Vertragsschluss sanktioniert als auch als unlautere Geschäftspraktik bekämpft werden kann.<sup>717</sup> Ebenfalls hierunter zu rechnen sind Fälle, in denen Anforderungen an das Wettbewerbsverhalten ins Zivilrecht ausgelagert werden, wie dies z.B. für AGB-Bestimmungen oder die Konstellationen des § 241a BGB der Fall ist.<sup>718</sup> Stellt man demnach fest, dass umso weniger für das Lauterkeitsrecht zu tun bleibt, je mehr das (europäische) Verbrauchervertragsrecht regelt, so liegt die Frage nicht fern, ob sich dies nicht auch in der Erforderlichkeit lauterkeitsrechtlicher Sanktionierung niederschlägt.<sup>719</sup>

Auf dieser Grundlage ist dann zunächst zu fragen, ob den Widerrufsrechten des Verbrauchers zugleich lauterkeitsrechtliche Wirkung zukommen kann und soll. Sie sollen in Situationen typischer Entscheidungsschwäche die Entscheidungsfreiheit des Verbrauchers nachträglich herstellen, so dass der Verbraucher zumindest im Nachhinein eine freie Entscheidung über das Angebot treffen und damit seine „Schiedsrichterrolle“ ausüben kann. Einer Berücksichtigung im Rahmen der Interessenabwägung steht folglich auch nicht entgegen, dass der Verbraucher zumeist kein Interesse an einem zukünftigen Unterlassen der unlauteren Handlung hat, sondern die Befreiung von einem unerwünschten Vertrag oder Ersatz ihm entstandener Schäden begehrt. Indem die Widerrufsrechte gerade nicht auf eine Situation individueller Unterlegenheit oder Überforderung abstellen, wird deutlich, dass der Verbraucher nicht nur als Individuum, sondern zugleich in seiner Funktion als Marktteilnehmer geschützt werden soll. Damit kommt den verbraucherprivatrechtlichen Widerrufsrechten trotz der Verschieden-

---

<sup>714</sup> *Beater*, Rn. 88; *Harte/Henning/Brüning/Ahrens*, Einl. G Rn. 144 ff.; s.a. *GK-UWG/Schünemann* (1. Aufl.), Einl. G Rn. 146 ff.

<sup>715</sup> *Harte/Henning/Brüning/Ahrens*, Einl. G Rn. 158; *M. Schmidt*, JZ 2007, 78 ff.; s.a. *Heiderhoff*, S. 219 ff.

<sup>716</sup> Vgl. *Alexander*, WRP 2012, 515 (519, 522); *Leistner*, S. 265 ff., 615 ff., 653 ff., 1084 ff.; Dies gilt freilich auch umgekehrt, wie die von der UGP-Richtlinie induzierte Ausdehnung des Anwendungsbereichs des UWG auf Verhaltensweisen nach Vertragsschluss belegt; dazu kritisch *Harte/Henning/Brüning/Ahrens*, Einl. G Rn. 158 f.; *GK-UWG/Schünemann*, Einl. G Rn. 147.

<sup>717</sup> Zum Gleichlauf der Informationspflichten *Busch*, S. 161 ff.; 197.

<sup>718</sup> Zur Marktverbesserung als Ziel der AGB-Regelung s. *ErwGrd. 7* der RL 93/13/EWG; dazu näher *Heiderhoff*, S. 223 f.

<sup>719</sup> Vgl. die Diskussionsbeiträge von *Schünemann* und *Drexel* zum Vortrag von *Drexel*, in: *Hilty/Henning-Bodewig* (Hrsg.), *Acquis Communautaire*, S. 254 f.; bejahend *Leistner*, S. 658 ff.; ähnlich schon *Schünemann*, *Wettbewerbsrecht*, S. 58.

heit gegenüber sonstigen Sanktionsmechanismen des Lauterkeitsrechts zumindest eine sekundäre Funktion zum Schutz des Wettbewerbs zu.<sup>720</sup>

Hieraus den Schluss zu ziehen, dass eine Handlung deswegen weniger spürbar sei, weil der Verbraucher dagegen individuell einschreiten könne, geht jedoch fehl.<sup>721</sup> Eine derart verstandene Berücksichtigung verbraucherprivatrechtlicher Rechtsbehelfe begegnet aus systematischen und funktionalen Aspekten Bedenken.

In der Vergangenheit ist gegen eine solche Zusammenschau der Rechtsmaterien die Zäsurwirkung des Vertragsschlusses eingewandt worden. Nach früher herrschender Meinung endete der Wettbewerb um den Kunden mit Abschluss des Vertrages.<sup>722</sup> Die Abwicklung des individuellen Vertrages unterfiel somit allein dem Vertragsrecht und nicht dem Lauterkeitsrecht. Jedoch lässt sich diese formale Betrachtung spätestens unter dem UWG 2008 nicht mehr aufrechterhalten. Der Anwendungsbereich des UWG wurde auf Absatz förderndes Verhalten „bei oder nach einem Geschäftsabschluss“ ausgedehnt, § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG. Damit laufen Verbrauchervertrags- und Lauterkeitsrecht zumindest in zeitlicher Hinsicht parallel.

Zu erörtern ist damit jedoch die funktionale Abgrenzung zwischen den beiden Rechtsmaterien im nachvertraglichen Bereich. Diese wird – wie bereits angeklungen – durch die supranationale Konzeption des Verbraucherschutzes maßgeblich vorgezeichnet. Ansatzpunkt für eine Beurteilung muss demnach – ungeachtet der zumeist nur punktuellen Natur der Regelungen – der Gedanke des supranationalen Verbraucherschutzes als gemeinsame Wertungsgrundlage sein. Der supranationale Verbraucherschutz ist jedoch gekennzeichnet durch ein System parallelen Schutzes. Die in den verschiedenen Richtlinien enthaltenen Bestimmungen zum Rechtsschutz trennen zwischen kollektiver und individueller Rechtsdurchsetzung. Neben individuelle Rechtsbehelfe, wie z.B. Widerrufsrechte, treten dabei Verbandsklagemöglichkeiten, die einen kollektiven Interessenschutz sicherstellen sollen. So errichtet die Richtlinie 98/27/EU<sup>723</sup> ein Verbandsklagesystem zum Schutz kollektiver Verbraucherinteressen. Diese sollen ausweislich des Erwägungsgrundes 2 der Richtlinie nicht mit den kumulierten Interessen tatsächlich geschädigter Individuen identisch sein und unabhängig von Individualklagen durchgesetzt werden können. Im Ergebnis wird damit bestehenden individuellen Rechtsbehelfen ein System kollektiven Schutzes zur Seite gestellt. In dieses System ist auch die UGP-Richtlinie eingebunden, wie sich aus dem Anhang zur RL 98/27/EG ergibt. Die UGP-Richtlinie selbst bestätigt dieses System parallelen Schutzes, indem sie einerseits das Vertragsrecht unberührt lassen will, Art. 3 II UGP-RL, andererseits aber das Verbot unlauterer Handlungen auf Geschäftspraktiken nach Vertragsschluss ausdehnt und damit auch die Abwicklung und Durchführung eines Vertrages erfasst, Art. 3 I UGP-RL.

---

<sup>720</sup> Ebenso *Leistner*, S. 1084 f.; differenzierend *Alexander*, S. 154 ff.

<sup>721</sup> So aber *Busch*, S. 173 ff.; in der Sache auch *Leistner*, S. 251, 656 ff., 666 ff.; s.a. *Leistner* in *Gloy/Loschelder/Erdmann*, § 4 Rn. 35 f.

<sup>722</sup> Z.B. BGH GRUR 1986, 180 f. – *Ausschank unter Eichstrich II*; BGH GRUR 2002, 1093 (1094) – *Kontostandsauskunft*; ebenso *Alexander*, S. 57 f.; s.a. *GK-UWG/Schünemann*, Einl. G Rn. 166 ff.

<sup>723</sup> Richtlinie 98/27/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19. Mai 1998 über Unterlassungsklagen zum Schutz der Verbraucherinteressen, ABl. EG v. 11.06.1998 Nr. L 166 S. 51.

Für die Frage der Berücksichtigungsfähigkeit verbraucherprivatrechtlicher und damit individueller Sanktionen ist jedoch zu klären, wie die kollektive und die individuelle Ebene des Verbraucherschutzes sich zueinander verhalten. Hier ist davon auszugehen, dass das Ziel des Zusammenspiels ein effektiver Schutz der Verbraucherinteressen ist. So ist die RL 98/27/EG ausweislich ihres Erwägungsgrundes 2 darauf gerichtet, Defizite bei der Gewährleistung der Einhaltung verbraucherschützender Richtlinien zu beseitigen und Verstöße rechtzeitig abzustellen. Individuelle und kollektive Rechtsbehelfe sollen sich demnach funktional ergänzen. Damit ist es aber umgekehrt nicht möglich, dass diese Elemente gegeneinander ausgespielt werden können, indem individuelle Rechtsbehelfe zu einer Absenkung des lauterkeitsrechtlichen Schutzniveaus führen. Dies wäre auch mit der Vorgabe eines „hohen Verbraucherschutzniveaus“ schwerlich vereinbar. Für eine kumulative Anwendung spricht zudem das in der UGP-Richtlinie verankerte Verbot, Verbraucher über ihre Rechte irrezuführen oder ihnen Informationen über ein Rücktritts- oder Widerrufsrecht vorzuenthalten, Art. 6 Abs. 1 lit. g) und Art. 7 IV lit. e) UGP-RL. Da diese Rechte bereits supranational durch individuelle Rechtsbehelfe abgesichert sind, würden die Verbote bei Berücksichtigung eben jener individuellen Rechtsbehelfe weitgehend leer laufen. Es ist daher davon auszugehen, dass Lauterkeitsrecht und Verbrauchervertragsrecht entsprechend der supranationalen Konzeption ein einheitliches Verbraucherschutzniveau anstreben. Die beiden Rechtsgebiete verhalten sich demnach im Hinblick auf die Schutzhöhe für den Verbraucher nicht wie eine Wippe, sondern wie kommunizierende Röhren.<sup>724</sup>

Außerdem würde eine Berücksichtigung von verbrauchervertragsrechtlichen Sanktionen zu Wertungswidersprüchen innerhalb des Lauterkeitsrechts führen. Dies begründet sich wiederum aus der Schutzrichtung des Verbraucherschutzes. Der Schutz der Entscheidungsgrundlage und des Entscheidungsprozesses des Verbrauchers soll ein umfassender sein. Nur so kann die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbsmechanismus im Wechselspiel von Angebot und Nachfrage gewahrt werden, denn diese hängt maßgeblich von der Souveränität des Abnehmers ab. Damit wäre es jedoch nicht zu vereinbaren, wenn ein unlauter handelnder Unternehmer auf die Trägheit der Verbraucher spekulieren könnte. Genau diese Möglichkeit würde ihm eine potentielle Berücksichtigung aber eröffnen. Erfahrungsgemäß wird nur ein geringer Prozentsatz der geschlossenen Verträge widerrufen.<sup>725</sup> Durch ein Absenken der Schutzhöhe im Lauterkeitsrecht würde damit der Anreiz gestärkt, den Verbraucher in einen unlauter zustande gekommenen Vertrag zu drängen, d.h. der Anreiz für unlauteres Handeln verstärkt. Dies läuft den Intentionen des UWG klar zuwider. Wären verbrauchervertragliche Rechtsbehelfe in die Erforderlichkeit einzubeziehen, so stünde die Gruppe der Verbraucher außerdem schlechter als sonstige Marktteilnehmer auf der Abnehmerseite, welchen das Vertragsrecht gerade keine rein situationsbezogenen Widerrufsrechte zubilligt. Das Gesetz würde den Verbrauchern damit in stärkerem Maße unlautere Handlungen zumuten als den sonstigen Marktteilnehmern. Dies ist aber wiederum mit dem angestrebten Ziel eines „hohen Verbraucherschutzes“<sup>726</sup> nicht zu vereinbaren.

Schließlich widerspricht die Berücksichtigung von Widerrufsrechten dem akzeptierten Verbraucherleitbild des UWG. Würde im Bereich des Verbraucherschutzes die Spürbarkeit beim Vorliegen von indivi-

---

<sup>724</sup> Vgl. auch *Busch*, S. 165 ff., der lauterkeitsrechtliche und verbrauchervertragliche Informationspflichten als konzentrische Schutzwälle sieht.

<sup>725</sup> *Eidenmüller*, AcP 210 (2010), S. 67 (93 f.) m.w.N.

duellen Widerrufsrechten verneint, so bedeutet dies, dass die Ahndung von Wettbewerbsverstößen auf den einzelnen Verbraucher übertragen und von diesem ein Einschreiten im Interesse der Verbraucherschaft bzw. des Marktes erwartet wird. Dies ist als moralischer Appell zur Bewährung des objektiven Rechts in der subjektiven Geltendmachung reizvoll, überspannt jedoch die „Schiedsrichterfunktion“ des Verbrauchers, die allein aus dem Handeln im eigenen Interesse erwächst. Die Wahrnehmung darüber hinausgehender überindividueller Interessen kann auch von einem rationalen Verbraucher nicht erwartet werden.<sup>727</sup> Lauterkeitsrechtlich betrachtet mutierte damit der Maßstab vom „durchschnittlichen“ zum völlig irrealen „optimalen“ Verbraucher.

Das supranational vorgezeichnete, funktionale Zusammenspiel von Lauterkeitsrecht und Verbrauchervertragsrecht steht demnach einer Berücksichtigung verbraucherprivatrechtlicher Rechtsbehelfe bei der hier anzustellenden Interessenabwägung entgegen. Das Ziel eines „hohen Verbraucherschutzes“ bedingt vielmehr eine kumulative statt einer alternativen Anwendung dieser Rechtsbehelfe.

## VII. Zusammenfassung

Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ist geeignet, die vom Begriff der Spürbarkeit bzw. der spürbaren Interessenbeeinträchtigung nach § 3 I UWG geforderte Begrenzung der Unlauterkeit im Einzelfall unter Berücksichtigung der Schutzzwecke zu leisten. Dabei kann auf die aus dem öffentlichen Recht bekannte dreistufige Strukturierung der Verhältnismäßigkeit zurückgegriffen werden. Sie ist jedoch an die Erfordernisse des mehrdimensionalen Wettbewerbs anzupassen. Auf diese Weise wird den wettbewerbsfunktionalen Interessen sämtlicher Marktteilnehmer Rechnung getragen und sie können zu einem schonenden, freiheitsoptimierenden Ausgleich gebracht werden. Dieser Grundsatz der praktischen Konkordanz entspricht der verfassungsrechtlich und supranational gebotenen liberalen Ausrichtung des Lauterkeitsrechts ohne dabei die Wettbewerbswirklichkeit im Einzelfall außer Acht zu lassen.

Gleichwohl hat die Untersuchung auch ergeben, dass ein verhältnismäßigkeitsbezogenes Verständnis der Spürbarkeit für den Rechtsanwender kein eindeutiges Ergebnis vorzeichnet, sondern ihm Einschätzungsspielräume verbleiben. Diese sind jedoch argumentativ und strukturiert zu füllen, so dass Anknüpfungspunkte für eine Überprüfung und Diskussion und damit für eine Fortentwicklung des Rechts gegeben sind.

---

<sup>726</sup> S. nur ErwGrd. 1 der UGP-RL.

<sup>727</sup> Zur sog. rationalen Apathie, s. *Meller-Hannich*, S. 268; vgl. auch *Mankowski*, MMR-Beilage Heft 7/2000, 2000, 22 (32).

## Kapitel 5: Tatbestandliche Folgen eines verhältnismäßigkeitsbezogenen Spürbarkeitsverständnisses

Im vorangehenden Kapitel konnte gezeigt werden, dass die Spürbarkeit im Sinne der Generalklausel des § 3 I UWG als Ausdruck einer strukturierten Verhältnismäßigkeitsprüfung aufzufassen ist. Darauf aufbauend können nun die Auswirkungen untersucht werden, die ein solches Verständnis für die Tatbestände des UWG hat. Als Prüfstein dient die Frage, ob sich daraus im Normkontext der Regelungen des UWG ein in sich schlüssiges System gewinnen und formen lässt.<sup>728</sup> Diese Untersuchung erfolgt in mehreren Schritten. Zunächst soll die Auswirkung auf die Generalklausel des § 3 I UWG untersucht werden. In einem zweiten Schritt kann darauf aufbauend das Verhältnis zwischen den beiden Generalklauseln des § 3 UWG in den Blick genommen werden, bevor schließlich die Untersuchung auf die übrigen Tatbestände des UWG ausgedehnt wird.

### I. Monistischer oder dualistischer Tatbestand des § 3 I UWG?

Die naheliegendste Auswirkung hat das Verständnis der Spürbarkeitsklausel auf die Systematik der Generalklausel des § 3 I UWG. Diese stellt das Herzstück des bisherigen UWG dar. Zwar hat die praktische Bedeutung der Norm durch die Katalogtatbestände und die „schwarze Liste“ und die damit einhergehende Absenkung der Abstraktionshöhe abgenommen,<sup>729</sup> jedoch fungiert § 3 I UWG weiterhin als Anspruchsvoraussetzung für die Eröffnung der in §§ 8 ff. UWG geregelten Ansprüche bei Verstoß gegen die Beispiels- und Spezialtatbestände der §§ 4 – 6 UWG.<sup>730</sup> In ihr drückt sich die Flexibilität des Lauterkeitsrechts bei der Anpassung an neue lauterkeitsrechtliche Sachverhalte aus und bildet ein adäquates Mittel zur Erfassung der Dynamik und Ergebnisoffenheit des wirtschaftlichen Wettbewerbs. Gesetzestechnisch gekennzeichnet ist sie durch eine charakteristische, tatbestandliche Zweigliedrigkeit: Unzulässigkeit ist die Folge von Unlauterkeit und Spürbarkeit. Im Gegensatz zu § 1 UWG a. F. reicht die Unlauterkeit einer geschäftlichen Handlung alleine nicht aus, um die Unzulässigkeit und damit die Rechtswidrigkeit zu begründen. Zusätzlich muss die Spürbarkeit der Interessenbeeinträchtigung – genauer der Eignung zur spürbaren Interessenbeeinträchtigung – hinzutreten, also die geschäftliche Handlung die Schwelle der Spürbarkeit überschreiten.

Dieser Wortlaut legt die Deutung nahe, dass es sich um zwei voneinander unabhängige Tatbestandsmerkmale handelt. Eine derartige Trennung entspricht der eigenständigen Entwicklungsgeschichte der Spürbarkeitsklausel aus der Einschränkung der Aktivlegitimation des § 13 Abs. 1 UWG 1909.<sup>731</sup>

---

<sup>728</sup> Zur Problematik der systematischen Kohärenz des UWG 2008 sehr kritisch Götting/Nordemann/Götting, Einl. Rn. 11.

<sup>729</sup> Vgl. *Schünemann*, WRP 2004, 925 (927). Zum Streit um die Reichweite der Generalklausel als Auffangtatbestand des UWG, insbesondere für nicht von den Beispiels- und Spezialtatbeständen erfasste Fallgruppen nach dem UWG s. GK-UWG/*Peukert*, § 3 Rn. 221 ff. sowie *Schünemann*, JZ 2005, 271.

<sup>730</sup> *Schöttle*, GRUR 2009, 546, ähnlich *Lubberger*, in: Gloy/Loschelder/Erdmann, § 43 Rn. 26 (Tatbestandsergänzung); *Harte/Henning/Podszun*, § 3 Rn. 51 a. E. (Umschaltfunktion); *Schünemann*, WRP 2004, 925 (927) (Umschaltnorm). Zur Bedeutung der Spürbarkeitsklausel für die Beispiels- und Spezialtatbestände der §§ 4 – 6, sowie des § 7 UWG sogleich noch näher unten.

<sup>731</sup> Ausführlich GK-UWG/*Peukert*, § 3 Rn. 385 ff.

Gleichwohl mehren sich in der Literatur die Stimmen, welche § 3 I UWG als einheitlichen Tatbestand auffassen.<sup>732</sup> Diese stützen sich auf dogmatische Zusammenhänge zwischen den beiden Tatbestandsmerkmalen, welche sich insbesondere aus dem gemeinsamen Bezugspunkt der Interessenbeeinträchtigung ergeben. Ein wettbewerbsfunktionales Schutzzweckverständnis hebe die Grenzen zwischen den Merkmalen auf, indem die spürbare Interessenbeeinträchtigung bereits zum integralen Bestandteil der Unlauterkeit werde.<sup>733</sup> Wird eine isolierte Betrachtung auf diese Weise verneint, so wird zudem die praktische Handhabung der Generalklausel erleichtert, indem Abgrenzungsschwierigkeiten zwischen den (vermeintlichen) Tatbestandsmerkmalen ebenso vermieden werden wie die Redundanz einer doppelten Gesamtwürdigung der Einzelfallumstände, welche der Konzeption der Rechtsprechung vorgeworfen werden kann.<sup>734</sup>

Die Entscheidung für oder gegen eine monistische Betrachtung hängt maßgeblich davon ab, wie die Unlauterkeit nach der Generalklausel zu bestimmen ist. Eine tatbestandliche Trennung wäre anzunehmen, wenn die Merkmale in unterschiedlicher Weise zu konkretisieren wäre. Umgekehrt würde das Erfordernis einer wettbewerbsfunktionalen, strukturierten Verhältnismäßigkeitsprüfung den hier vertretenen Standpunkt stützen. Das vom Wortlaut und Normaufbau abgesteckte formale System kann dabei lediglich einen ersten Anhaltspunkt für das Verständnis der Generalklausel sein.<sup>735</sup> Der vollständige Zusammenhang erschließt sich erst unter Ausschöpfung des hermeneutischen Methodenkanons. Die Konkretisierung des unbestimmten Zentralbegriffs der Unlauterkeit stellt freilich die „Gretchenfrage des UWG“<sup>736</sup> dar, so dass auf diesen „Dauerbrenner“ des Wettbewerbsrechts nur kurzorisch eingegangen werden kann. Unbestritten dürfte sein, dass die Konkretisierung des Begriffs der Unlauterkeit ein ständiger Suchprozess ist, der die Dynamik des Geschäftslebens widerspiegelt und damit keine letztgültige Definition hervorbringen kann.<sup>737</sup> Sie erfordert vielmehr eine wertende Entscheidung im Einzelfall. Zur Kernfrage wird damit die Gewinnung der Maßstäbe für eine solche Wertung. Hierzu können im Ergebnis weder sittlich-ethisch fundierte Überlegungen<sup>738</sup> noch Handelsbräuche und Standessitten bzw. Konventionalnormen<sup>739</sup> letztgültig fruchtbar gemacht werden. Entsprechenden Anstandsformeln ist die Gefolgschaft zu versagen. Dies ergibt sich bereits aus dem herausgearbeiteten Schutzzweckverständnis des § 1 UWG. Dieser ist auch für die Auslegung der Unlauterkeit maßgeblich und stellt die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs in den Mittelpunkt.<sup>740</sup> Die Unlauterkeit ist damit als Wettbewerbswidrigkeit zu verstehen.<sup>741</sup> Die Einbringung von Sittlichkeitserwägungen und tradierten Verhaltensstandards wirkt demgegenüber wettbewerbsdämpfend, mithin

---

<sup>732</sup> *Beater*, Rn. 969; *Harte/Henning/Podszun*, § 3 Rn. 127, 133 ff., 138; zurückhaltender *Harte/Henning/Schünemann* (2. Aufl.), § 3 Rn. 384 ff.

<sup>733</sup> Vgl. *Harte/Henning/Schünemann* (2. Aufl.), Rn. 366, 381, 384 ff.

<sup>734</sup> *Harte/Henning/Podszun*, § 3 Rn. 138.

<sup>735</sup> Zu weitgehend daher *Kaplan*, S. 57 ff., die aus der formalen Trennung einen abweichenden – konkret sittlich-ethischen fundierten – Maßstab für die Unlauterkeit ableiten will.

<sup>736</sup> *Beater*, Rn. 984; *Harte/Henning/Podszun*, § 3 Rn. 93.

<sup>737</sup> *Harte/Henning/Podszun*, § 3 Rn. 93.

<sup>738</sup> So aber z.B. BGH GRUR 1999, 1128 (1129) – *Hormonpräparat*, s.a. *Kaplan*, S. 57 ff.

<sup>739</sup> So aber z.B. BGH GRUR 1969, 474 (476) – *Bierbezug I*; BGH GRUR 1982, 311 (312 f.) – *Berufsordnung für Heilpraktiker*; BGH GRUR 1995, 592 (593 f.) – *Busengrapscher*, dagegen jetzt BGH GRUR 2006, 773 (774 Tz. 19) – *Probeabonnement*.

<sup>740</sup> S.o. S. 31 ff.

<sup>741</sup> So schon früh GK-UWG/*Schünemann* (1. Aufl.), Einl C 30; ebenso beispielsweise *Harte/Henning/Podszun*, § 3 Rn. 108 ff.; *Beater*, Rn. 984 ff.; *Emmerich*, § 5 Rn. 22 f. (S. 53 f.); differenzierend GK-UWG/*Peukert*, § 1 Rn. 76 ff.

wettbewerbsdysfunktional, und eröffnet zudem Missbrauchsmöglichkeiten.<sup>742</sup> Anknüpfungspunkte für eine derart verstandene Konkretisierung sind – in Übereinstimmung mit § 1 UWG – die wettbewerbsfunktionalen Interessen der Marktteilnehmer. Unter diesen Vorzeichen bedarf die Ausfüllung der Unlauterkeit einer einzelfallbezogenen Betrachtung und Analyse der schutzwürdigen Interessen.<sup>743</sup> Da stets auch das Freiheitsinteresse des Handelnden zu berücksichtigen ist, ist eine Abwägung unumgänglich.<sup>744</sup> Diese Abwägung vermag nur zu überzeugen, wenn sie strukturiert und unter Offenlegung des Maßstabes erfolgt. Dieser Maßstab kann aber wiederum nur die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs sein.

Damit finden sich die bereits für die Abwägung im Rahmen der Spürbarkeit herausgearbeiteten Kriterien zugleich bei der Bestimmung der Unlauterkeit wieder. Dass hierbei die Geeignetheit und Unzulässigkeit der Untersagung nicht thematisiert wird, ist unschädlich, da diese auch im Rahmen der Spürbarkeit keine eigenständige Funktion entfalten. Bei einem wettbewerbsfunktionalen, freiheitsbezogenen Lauterkeitsverständnis macht die Eignung zur Beeinträchtigung von (wettbewerbsfunktionalen) Marktteilnehmerinteressen also gerade den Begriffsinhalt der wettbewerbslichen Unlauterkeit aus.<sup>745</sup> Dies zeigt sich nicht zuletzt daran, dass bei lauterem Verhalten eine spürbare Interessenbeeinträchtigung denknotwendig ausgeschlossen ist.

Dieser dogmatische Zusammenhang kann auch im Wortlaut des reformierten § 3 Abs. 1 UWG nachgehalten werden. Durch die sprachliche Neufassung der Spürbarkeitsklausel im UWG 2008, die Aufnahme der „Interessenbeeinträchtigung“ und die Streichung der „Verfälschung des Wettbewerbs“ ist diese Verknüpfung normtextlich sichtbar geworden. Die Beeinträchtigung der Marktteilnehmerinteressen bindet die Generalklausel des § 3 Abs. 1 UWG nicht nur an die Schutzzweckklausel des § 1 UWG, umgekehrt wird damit der Telos zugleich zur überwölbenden Klammer der beiden Tatbestandsmerkmale. Indem die Spürbarkeit in Zusammenhang mit der unlauterkeitsbegründenden Eignung zur Beeinträchtigung von Marktteilnehmerinteressen genannt wird, wird also die tatbestandliche Zweigliedrigkeit überwunden.<sup>746</sup> Eine strikte Trennung der Tatbestandsmerkmale erscheint damit umso mehr als pfadabhängiger Atavismus der Normgeschichte. Unlauterkeit und Spürbarkeit lassen sich demnach schon normtextlich nicht mehr trennscharf auseinander dividieren, vielmehr sind sie *„ineinander verschränkt und bedingen sich gegenseitig“*.<sup>747</sup> Als Folge ergibt sich daraus, dass Interessenabwägung und Verhältnismäßigkeitsprüfung Bestandteil einer einheitlichen Beurteilung der Wettbewerbswidrigkeit sind.<sup>748</sup>

Dieses Ergebnis wird freilich mit der bereits oben angeklungenen Hypothek belastet, die trotz dogmatischer Verknüpfungen weiter fortbestehende normtextliche Trennung zumindest funktional zu erklären. Dies erfordert das hermeneutische Prinzip der Vollständigkeit, wonach grundsätzlich eine Ausle-

---

<sup>742</sup> Vgl. Harte/Henning/Podszun, § 3 Rn. 100.

<sup>743</sup> Harte/Henning/Podszun, § 3 Rn. 111; zur Notwendigkeit einer Interessenabwägung bei der Konkretisierung s.a. Kraft, S. 99 f., 128.

<sup>744</sup> GK-UWG/Peukert, § 1 Rn. 333; Harte/Henning/Podszun, § 3 Rn. 112.

<sup>745</sup> Harte/Henning/Schünemann (2. Aufl.), § 3 Rn. 366, 381; ähnlich auch Beater, Rn. 969, 1058.

<sup>746</sup> Ähnlich Harte/Henning/Podszun, § 3 Rn. 138, der für eine Einbeziehung der Spürbarkeit in die Unlauterkeitsprüfung plädiert.

<sup>747</sup> Scherer, WRP 2010, 586 (592).

<sup>748</sup> Beater, Rn. 969.



gung nicht dazu führen darf, dass ein Tatbestandsmerkmal leer läuft. Diesem Einwand gilt es daher zu begegnen.

Zunächst ist darauf zu verweisen, dass hierbei weder die Annahme einer rein quantitativen Relevanzschwelle noch die Behauptung der Inhaltslosigkeit eine befriedigende Lösung zu geben vermögen. Entsprechende Konzepte zur Ausfüllung der Spürbarkeit wurden im Rahmen dieser Untersuchung bereits einer kritischen Würdigung unterzogen.<sup>749</sup> Die Friktion zwischen teleologischer Verschränkung und Gesetzeswortlaut zwingt jedoch nicht dazu, die oben gefundenen Ergebnisse erneut in Frage zu stellen.

Einen Ausweg bietet nämlich die Besinnung auf die besonderen Anforderungen an den Rechtsanwender bei der Ausfüllung der Generalklausel. Im vorstehenden Kapitel wurde gezeigt, dass die Spürbarkeitsklausel durch die Rückbindung an den Einzelfall und damit den realen Wettbewerbsprozess die Vermeidung eines abstrakt geformten Idealwettbewerbs „ins Blaue hinein“ bezweckt.<sup>750</sup> Umgekehrt gilt es aber auch zu vermeiden, dass durch eine Überbetonung des Einzelfalls das Lauterkeitsrecht zu einem nicht vorhersehbaren Billigkeitsrecht degeneriert. Innerhalb der Interessenabwägung kann dem durch Argumentations- und Transparenzgebote Rechnung getragen werden. Der darin zum Ausdruck kommende Gedanke der Vorhersehbarkeit und der Rechtssicherheit als Teil der Rechtsidee findet seinen Ausdruck jedoch vorrangig in der Formulierung von konkreten Verhaltensvorschriften, an denen die Marktteilnehmer ihr (zukünftiges) Verhalten ausrichten können.<sup>751</sup> In der Sache handelt es sich dabei um (delegierte) Rechtssetzung.<sup>752</sup> Dieser Aspekt der Konkretisierung der Generalklausel geht in seiner Wirkung daher über den Einzelfall hinaus und ist deshalb innerhalb der Struktur der Generalklausel dem Tatbestandsmerkmal der Unlauterkeit zuzuweisen.<sup>753</sup> Der tatbestandliche Dualismus der Generalklausel des § 3 I UWG entpuppt sich damit als Ausprägung der unterschiedlichen Anforderungen an den Rechtsanwender bei der Konkretisierung der Generalklausel.

Das Bemühen um die Erfüllung dieser multivektoriellen Anforderungen sichert dabei zugleich die Rechtsfortbildung im Lauterkeitsrecht. Indem über den Einzelfall hinausgehende Rechtssätze formuliert werden, wird eine Fortentwicklung des Lauterkeitsrechts „von unten herauf“ in Gang gesetzt. In den Worten von Köhler durchlaufen die herausgearbeiteten rechtssatzförmigen Regeln einen „allmählich sich vollziehenden Reife- und Prüfungsprozess“<sup>754</sup> ständiger Überprüfung und Modifikation anhand konkreter Fälle, aus denen sich eine Mehrheit von Präjudizien herauschält. Diese können wiederum die Grundlage bilden für den Gesetzgeber, indem dieser die Rechtssätze aufgreift und ihnen Gesetzesrang zuweist. Geschehen ist dies beispielsweise bei der Schaffung der Beispielstatbestände des § 4 UWG. Dieser wechselseitige Dialog trägt zugleich dem aus der Natur des Wettbewerbs

---

<sup>749</sup> S.o. S. 70 f.

<sup>750</sup> S.o. S. 71 f.; im Ergebnis auch Drews, S. 117.

<sup>751</sup> Köhler/Bornkamm, § 3 Rn. 67; zur Bedeutung von Präjudizien bei der Gewinnung dieser Normen Ohly, S. 268 ff., 320 ff., 315 ff.

<sup>752</sup> Vgl. Köhler/Bornkamm, § 3 Rn. 67; BVerfG GRUR 2001, 170 (173) – *Benetton-Werbung I*; zur Spannung zwischen Einfallgerechtigkeit und Rechtssicherheit als besonderem Methodenproblem von Generalklauseln s.a. Ohly, S. 327 ff.

<sup>753</sup> Vgl. BTDrucks. 15/1487, S. 16 re. Sp.: „Wie bislang wird es weiterhin Aufgabe der Rechtsprechung sein, im Einzelnen zu konkretisieren, welche Handlungsweisen als *unlauter* anzusehen sind.“ Hervorhebung durch den Verfasser.

<sup>754</sup> Köhler/Bornkamm, § 3 Rn. 67.

sich ergebenden Entwicklungsbedürfnis des Lauterkeitsrechts Rechnung. Freilich darf dabei nicht übergangen werden, dass einer derartige Entwicklung des Lauterkeitsrechts „von unten herauf“ ein Gegengewicht in Form einer dogmatischen Durchdringung der Materie „von oben herab“ entgegenzuhalten ist. Nur so kann ein überzeugendes inneres System entfaltet werden, welches als Orientierungspunkt für die widerspruchsfreie Fortentwicklung dient.<sup>755</sup>

Für die vorliegende Untersuchung kann festgehalten werden, dass die Zweigliedrigkeit der Generalklausel des § 3 I UWG nicht Folge einer dogmatischen Trennung ist, sondern Ausdruck der Janusköpfigkeit, die die Konkretisierung der Generalklausel dem Rechtsanwender methodisch abverlangt. Die Frage der Spürbarkeit ist bereits bei der Feststellung der Unlauterkeit zu entfalten. Inhaltlich handelt es sich bei der Generalklausel des § 3 I UWG somit um einen monistischen Tatbestand.

## II. Verdrängung durch die Verbrauchergeneralklausel?

Das vorstehend erarbeitete Verständnis der Spürbarkeit als Teil eines monistischen Tatbestandes könne jedoch im Anwendungsbereich der UGP-Richtlinie durch die Konzeption der in § 3 II 1 UWG niedergelegten Verbrauchergeneralklausel verdrängt werden.

Diese Klausel wurde 2008 in das UWG eingefügt und setzt Art. 5 II UGP-RL in nationales Recht um.<sup>756</sup> Regelungstechnisch handelt es sich um eine eigenständige Konkretisierung unzulässiger geschäftlicher Handlungen gegenüber Verbrauchern. Tatbestandlich erforderlich ist ein unternehmerischer Verstoß gegen die fachliche Sorgfalt, die Eignung zur spürbaren Beeinträchtigung der Entscheidungsfähigkeit des Verbrauchers und die dadurch bedingte Veranlassung des Verbrauchers zu einer anderenfalls nicht getroffenen Entscheidung.

### 1. Ambiguität von Wortlaut und Gesetzgebungsmaterialien

Die Erarbeitung des Zusammenspiels mit der allgemeinen Generalklausel des § 3 I UWG wird zunächst dadurch erschwert, dass das Verhältnis der beiden Generalklauseln zueinander nicht eindeutig geklärt ist. Der Gesetzgeber hat dieses Verhältnis dergestalt geregelt, dass „jedenfalls“ nach § 3 II UWG Unzulässigkeit vorliegt, wenn die soeben beschriebenen Voraussetzungen der Norm vorliegen. Diese Formulierung legt es nahe, dass eine Unzulässigkeit geschäftlicher Handlungen nach § 3 I UWG auch unabhängig von den Voraussetzungen des § 3 II UWG möglich ist, also auch dann, wenn § 3 II UWG nicht erfüllt ist. § 3 II UWG setzte demnach eine selbständige Wertung an die Stelle des § 3 I UWG.<sup>757</sup> § 3 II UWG wäre demnach ein eigenständiger Tatbestand, der neben die allgemeine Generalklausel tritt und diese sogar ausschließen kann.<sup>758</sup> Andererseits kann der Wortlaut auch so verstanden werden, dass er lediglich einen Beispielstatbestand anzeigt, dessen Wertungen eine

---

<sup>755</sup> Vgl. Harte/Henning/Schünemann (2. Aufl.), § 3 Rn. 18 ff.; zur Bedeutung dogmatischer Systembildung Schünemann, Grundprobleme der Gesamthandsgesellschaft, S. 38 ff.

<sup>756</sup> BTDrucks. 16/10145, S. 15 re. Sp., 22 li. Sp.; s.a. Köhler, WRP 2009, 109 (113); Sosnitza, WRP 2008, 1014 (1018).

<sup>757</sup> Sosnitza, WRP 2008, 1014 (1018); ähnlich GK-UWG/Peukert, § 3 Rn. 86 ff.

<sup>758</sup> So Fezer/Fezer, § 3 Rn. 31 ff.

Konkretisierung der allgemeinen Generalklausel darstellen.<sup>759</sup> Eine Handlung wäre demnach automatisch nach § 3 I UWG unzulässig, wenn sie die Voraussetzungen des § 3 II UWG erfüllt.

Diese Unklarheit über das Verhältnis der beiden Normenspiegelt spiegelt sich zudem in den Gesetzesmaterialien wieder. Auf der einen Seite hat der Gesetzgeber bewusst davon abgesehen, den zugrunde liegenden Art. 5 II UGP-RL als bloße Konkretisierung der Bagatell-Klausel zu normieren.<sup>760</sup> Vielmehr ging er von einem Bedarf zur erneuten und selbständigen Regelung mit Blick auf die gemeinschaftsrechtliche Erheblichkeitsschwelle aus.<sup>761</sup> Andererseits heißt es an anderer Stelle der Gesetzesbegründung vorsichtig, dass mit der Umsetzung „keine wesentlichen Änderungen gegenüber der bisherigen Rechtslage verbunden“ sein dürften.<sup>762</sup> Die Umsetzung des Art. 5 II UGP-RL erfolge vielmehr „mit Blick auf eine Klarstellung gegenüber Marktteilnehmern aus anderen Mitgliedstaaten der Europäischen Union.“<sup>763</sup> Dies spricht eher gegen eine unabhängige Stellung der Verbrauchergeneralklausel.<sup>764</sup>

So umstritten die Funktion und Stellung der Verbrauchergeneralklausel im Schrifttum auch ist,<sup>765</sup> es kann allerdings kein Zweifel über das Ergebnis der Anwendung dieser Norm bestehen. Die UGP-Richtlinie, deren Umsetzung § 3 II UWG dient, verfolgt das Ziel einer gemeinschaftsweiten Rechtsvereinheitlichung in ihrem Anwendungsbereich.<sup>766</sup> Die Mitgliedstaaten dürfen dort also weder ein höheres noch ein geringeres Schutzniveau schaffen oder beibehalten. In ihrem Anwendungsbereich werden die Maßstäbe des § 3 I UWG daher von denen der UGP-Richtlinie verdrängt, ein Rückgriff ist durch den transformierten, materiellen Inhalt des Art. 5 II UGP-RL versperrt.<sup>767</sup> Diese formelle Betrachtung vermag jedoch nicht zu befriedigen, solange nicht auch die materiellen Unterschiede zwischen den beiden Klauseln aufgehellt werden. Zu beantworten ist daher auch die Frage, welche inhaltlichen Unterschiede sich dadurch gegenüber dem Unzulässigkeitsverständnis gem. § 3 I UWG ergeben. Insbesondere wird zu klären sein, ob der Tatbestand des § 3 II 1 UWG über den des § 3 I UWG hinausgeht und ob das beiderseits herangezogene Merkmal der Spürbarkeit dadurch eine abweichende, eigenständige Bedeutung erlangt.

## 2. Normstrukturelle Anhaltspunkte

Für die Frage, ob § 3 II 1 UWG andere Anforderungen an die Unzulässigkeit stellt als § 3 I UWG, kann zunächst die dogmatische Struktur der Norm herangezogen werden. Diese läuft insoweit parallel zu § 3 I UWG, als dass mit dem Merkmal des Verstoßes gegen die fachliche Sorgfalt die Unlauterkeit umschrieben wird. Ähnlich formuliert Art. 5 II lit. a) UGP-RL, der im Zusammenhang mit dem Unlauterkeitsbegriff einen Widerspruch zur beruflichen Sorgfalt verlangt. Im Erfordernis zur Eignung

---

<sup>759</sup> Lubberger in: Gloy/Loschelder/Erdmann, § 44 Rn. 41; ähnlich auch Beater, Rn. 1118; Harte/Henning/Glöckner, Einl. B Rn. 338; ders., GRUR 2013, 224 (234); Schöttle GRUR 2009, 546 (560).

<sup>760</sup> Boesche, Rn. 173e).

<sup>761</sup> Vgl. BTDrucks. 16/10145, S. 15 re. Sp., 22 li. Sp.

<sup>762</sup> BTDrucks. 16/10145, S. 15 re. Sp.

<sup>763</sup> BTDrucks. 16/10145, S. 15. re. Sp.; s.a. Boesche, Rn. 173e)

<sup>764</sup> Noch weitergehend Scherer, WRP 2010, 586 (592), die der Norm nur eine rein salvatorische „Placebo-Funktion“ zugesteht.

<sup>765</sup> Zum Streitstand ausführlich GK-UWG/Peukert, § 3 Rn. 81 ff.

<sup>766</sup> Vgl. ErwGrd. 6, 11, 12 sowie Art. 1 UGP-RL; s.a. Harte/Henning/Glöckner, Einl. B Rn. 184.

<sup>767</sup> Glöckner, GRUR 2013, 224 (234); Harte/Henning/ders., Einl. B Rn. 337 f.

der geschäftlichen Handlung, die Fähigkeit des Verbrauchers zu informierter Entscheidung spürbar zu beeinträchtigen, spiegelt sich sodann die Spürbarkeitsklausel des 1. Absatzes wieder. Mit der Fokussierung auf die Entscheidungsfähigkeit ist sie jedoch spezieller. § 3 II 1 UWG geht allerdings über die konzeptionelle Blaupause des § 3 I UWG hinaus, indem die Eignung zur Entscheidungsumlenkung aufgrund der Interessenbeeinträchtigung gefordert wird.

Da § 3 II UWG anders als die allgemeine Generalklausel somit drei Eingriffsvoraussetzungen aufstellt, liegt der Schluss nahe, dass die Anforderungen der Normen und damit die dahinter stehenden Schutzkonzepte divergieren.

Der normstrukturelle Unterschied ist jedoch geringer als es zunächst den Anschein hat. So hat das Merkmal der Eignung zur Entscheidungsumlenkung zwar keine wörtliche Entsprechung in der Generalklausel des Abs. 1 UWG, ist jedoch aufgrund der kausalen Verknüpfung („damit“) ebenfalls der Bagatellschwelle zugehörig. Die UGP-Richtlinie fasst beide Voraussetzungen zudem unter dem Merkmal der „wesentlichen Beeinflussung des wirtschaftlichen Verhaltens des Verbrauchers“ zusammen, vgl. Art. 2 lit. e), Art. 5 II lit. b) UGP-RL. Die doppelte Bagatellschwelle erscheint damit als einheitliches Tatbestandsmerkmal, womit die normstrukturelle Parallele stärker hervortritt.

Für den Vergleich der materiellen Anforderungen der beiden Generalklauseln ist jedoch nicht die Regelungstechnik, sondern der materielle Gehalt der Tatbestandsmerkmale ausschlaggebend. Einzuzugehen ist daher als erstes auf den Gehalt der „fachlichen Sorgfalt“.

### 3. Konkretisierung der „fachlichen Sorgfalt“

Der Begriff der fachlichen Sorgfalt ist der UGP-Richtlinie entlehnt, die als Teil der Unlauterkeit einen Widerspruch zur „beruflichen Sorgfalt“ erfordert.<sup>768</sup> Sowohl in der UGP-Richtlinie als auch im UWG ist dieses Merkmal legaldefiniert. Nach dem UWG stellt die fachliche Sorgfalt den Standard an Fachkenntnissen und Sorgfalt dar, vom dem billigerweise angenommen werden kann, dass ein Unternehmer ihn bei seiner Tätigkeit gegenüber Verbrauchern nach Treu und Glauben unter Berücksichtigung der Marktgepflogenheiten einhält.

Diese Definition vermag zu der Annahme verleiten, dass die Bestimmung der fachlichen Sorgfalt erheblich von der Bestimmung der Unlauterkeit nach der allgemeinen Generalklausel abweicht. Insbesondere scheint weder eine wettbewerbsfunktionale Betrachtung angezeigt, noch eine Abwägung der Interessen der Marktteilnehmer erforderlich. Der Wortlaut legt bei unbefangener Betrachtung vielmehr nahe, dass eine Konkretisierung anhand ethischer Bewertungen („billigerweise“, noch deutlicher die UGP-RL unter Bezugnahme auf „anständige“ Marktgepflogenheiten) oder unter Anknüpfung an die tatsächliche Marktpraxis („Marktgepflogenheiten“) erfolgt.

---

<sup>768</sup> Zu den Motiven des Austauschs von „beruflich“ zu „fachlich“ s. statt vieler *Köhler/Bornkamm*, § 3 Rn. 39. Die im UWG verwendete Terminologie hat aufgrund ihrer Nähe zur Umschreibung von Haftungsmaßstäben im deutschen Recht (vgl. § 276 II BGB) Anlass zu Verwunderung und Kritik gegeben. Prononciert z.B. *Harte/Henning/Schünemann* (2. Aufl.), § 3 Rn. 180 ff. Tatsächlich spricht die Entstehungsgeschichte dafür, dass hier vom Richtlinienggeber bewusst ein national unvorbelasteter Begriff gewählt wurde, um dem EuGH die „carte blanche“ für eine einheitliche Entwicklung des europäischen Lauterkeitsrechts zuzuspielen; dazu ausführlich *Dohm*, Rn. 519 ff.

Dies ist jedoch unzutreffend. Zunächst ist der Begriff der „fachlichen Sorgfalt“ nicht eindeutig festgelegt. Zwar suggeriert die Definition Rechtssicherheit, aufgrund der Vielzahl ausfüllungsbedürftiger Merkmale ist der Begriff gleichwohl kaum fassbar und seinerseits in höchstem Maße ausfüllungsbedürftig.

Die erforderliche Konkretisierung kann aber nur unter Berücksichtigung des Zwecks der UGP-Richtlinie erfolgen. Deren vorrangiges Ziel ist es, eine informierte und unbeeinträchtigte Verbraucherentscheidung zu gewährleisten.<sup>769</sup> Damit wird die Funktion des Verbrauchers als Marktteilnehmer betont und die Konkretisierung der „fachlichen Sorgfalt“ in den Kontext des Funktionierens des Binnenmarktes und des Marktmechanismus gestellt. Zugleich wird der Kreis zum primärrechtlichen Verständnis des unverfälschten Wettbewerbs geschlossen.<sup>770</sup> Für die Konkretisierung der fachlichen Sorgfalt kann hieraus dreierlei abgeleitet werden:

Erstens kommt trotz des Wortlauts eine sittlich-moralisch fundierte Konkretisierung nicht in Betracht. Die UGP-Richtlinie ist in die Zielsetzung des Binnenmarktes eingebettet und damit auch auf die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbsmechanismus ausgerichtet. Erwägungsgrund 7 stellt demgegenüber klar, dass kein Verbot geschäftlicher Handlungen aus Gründen der guten Sitten und des Anstandes bezweckt wird. Das Anstandserfordernis der UGP-Richtlinie verweist somit nur auf die Notwendigkeit einer Wertung, jedoch ohne konkrete Maßstäbe vorzugeben.<sup>771</sup> Dies entspricht dem Verständnis der ähnlich formulierten Regelung des Art. 10bis PVÜ, bei welchem auch das Verständnis der Unlauterkeit nach § 3 I UWG Anleihen genommen hat, ohne dass dies einer wettbewerbsfunktionalen Auslegung entgegenstünde.<sup>772</sup>

Zweitens kann der Begriff der Marktgepflogenheiten auch nicht durch die tatsächliche Marktpraxis oder Konventionalnormen der Marktteilnehmer vollständig konkretisiert werden. Dies liefe letztlich auf einen Zirkelschluss hinaus.<sup>773</sup> Da unstreitig nicht die „Unsitten“ am Markt geschützt werden sollen, müsste eine (wertende) Trennung der Verhaltensweisen erfolgen. Stellt man dabei auf das Verhalten des „anständigen“ Gewerbetreibenden ab, so würde das zu Definierende (die berufliche Sorgfalt) zum Bestandteil der Definition, da sich der anständige Gewerbetreibende nur dadurch erfassen lässt, dass er eben die berufliche Sorgfalt beachtet. Der Sorgfaltsmaßstab kann daher nicht allein durch die Marktteilnehmer bestimmt werden.<sup>774</sup> Deren Verhalten muss sich umgekehrt am objektiven Standard der UGP-Richtlinie messen lassen. Damit scheint zugleich erneut auf, dass die Konkretisierung der „fachlichen Sorgfalt“ nicht ausschließlich empirisch festgestellt werden kann, sondern eine Wertung erfordert. Dies ergibt sich schon aus der im Wortlaut verankerten Idee, einen „Standard“ aufstellen zu wollen, also eine verbindliche Richtschnur für die Bewertung unternehmerischen Handelns geben zu wollen.

---

<sup>769</sup> Vgl. ErwGrd. 7 sowie Art. 2 lit. e), j), k) I) UGP-RL; s.a. GK-UWG/Heinze, Einl C Rn. 229.

<sup>770</sup> S.o. S. 32 ff.

<sup>771</sup> Ähnlich *Beater*, Rn. 1127 mit Fn. 130; *Köhler/Bornkamm*, § 3 Rn. 46.

<sup>772</sup> Vgl. BTDrucks. 15/1487, S. 16, li. Sp. (Unlauterkeit als Zuwiderhandlung gegen die anständigen Gepflogenheiten in Handel, Gewerbe, Handwerk oder selbständiger beruflicher Tätigkeit)

<sup>773</sup> Vgl. *Dröge*, S. 81 f.

<sup>774</sup> *Dröge*, S. 81 f.; vgl. *Emmerich*, § 5 Rn. 15 ff., 23, 31.

Drittens ist bei der Konkretisierung der „fachlichen Sorgfalt“ maßgeblich auf die wettbewerbsfunktionalen Interessen der Verbraucher abzustellen. Die UGP-Richtlinie und das UWG betonen die „*Fähigkeit des Verbrauchers, sich aufgrund von Informationen zu entscheiden*“.<sup>775</sup> Auf diese Interessen hat der Unternehmer bei geschäftlichen Handlungen Rücksicht zu nehmen. Der Verweis auf die „Billigkeit“ der Verhaltensanforderungen nach § 2 I Nr. 7 UWG sowie auf „Treu und Glauben“ lassen aber zugleich erkennen, dass eine Überforderung des Unternehmers vermieden werden soll.<sup>776</sup> Dies kann jedoch nur dadurch geschehen, dass die wettbewerbsbezogenen Interessen des Unternehmers bei der Bestimmung des Sorgfaltsstandards einbezogen und den relevanten Verbraucherinteressen gegenüber zur Abwägung gebracht werden.<sup>777</sup> Die Konkretisierung der „fachlichen Sorgfalt“ läuft damit auf eine Abwägung zwischen den schutzwürdigen Interessen des handelnden Unternehmers und der Verbraucher hinaus.

Fraglich ist im Rahmen der „fachlichen Sorgfalt“ damit jedoch, ob auch die Interessen der übrigen beteiligten Marktteilnehmer einzubeziehen und zur Abwägung zu bringen sind.<sup>778</sup> Der Wortlaut würde zwar entsprechenden Spielraum eröffnen, jedoch ist dies mit der Systematik der UGP-Richtlinie kaum vereinbar. Dies ergibt sich bereits aus dem eingeschränkten Anwendungsbereich der Klausel auf das B2C-Verhältnis. Im Mittelpunkt der Sorgfaltsbestimmung steht der Interessenausgleich zwischen geschäftlich Handelndem und Verbraucher. Ausweislich des Erwägungsgrundes 8 werden Interessen der Mitbewerber allenfalls reflexhaft geschützt, nämlich als legitimes Interesse an einer funktionsfähigen Entfaltung des Wettbewerbs. Einen reflexhaften Schutz kann man auch für die Interessen sonstiger Marktteilnehmer konstatieren. Soweit sie auf der Abnehmerseite betroffen sind, geht ihr Interesse regelmäßig mit dem des Verbrauchers parallel. Auch hier steht das Interesse an einer informierten, unbeeinträchtigten Entscheidungsmöglichkeit im Mittelpunkt. Dieser wird von der Richtlinie aber aus der Verbraucherperspektive verwirklicht. Das Ausblenden der Interessen der übrigen Marktteilnehmer stellt somit eine dogmatische Abweichung der Verbrauchergeneralklausel von der allgemeinen Generalklausel dar. Eine Veränderung des Abwägungsergebnisses gegenüber der allgemeinen Generalklausel ist dadurch jedoch nicht zwingend vorgezeichnet. Hinzu kommt, dass sich die Interessen der Mitbewerber im Horizontalverhältnis ohnehin als ambivalent für die Beurteilung von Verbraucherentscheidungen erweisen, da sich aus dem Mitbewerberschutz keine klaren inhaltlichen Maßstäbe für die Beurteilung von Verbraucherentscheidungen gewinnen lassen.<sup>779</sup>

Die erforderliche Abwägung ist demnach an der Frage auszurichten, was der Verbraucher vernünftigerweise im Geschäftsverkehr vom Unternehmer erwarten kann bzw. wo die Grenzen des zulässigen Einflusses auf die geschäftliche Entscheidung des Verbrauchers verlaufen.<sup>780</sup> Als Maßstab ist hierbei wiederum auf den normativen Referenzverbraucher abzustellen, wie sich unmittelbar aus Art. 5 II lit. b) UGP-RL ergibt. Dieser leitet die Bewertung und Abwägung der einzustellenden Interessen. Insofern besteht kein Unterschied zur bereits vorgestellten Konzeption der Abwägung nach § 3 I UWG.

---

<sup>775</sup> So § 3 II UWG; ähnlich Art. 2 lit. e) UWG; zur sprachlichen Abweichung s. GK-UWG/*Fritzsche*, § 3 Rn. 627.

<sup>776</sup> *Dohrn*, Rn. 313 ff.

<sup>777</sup> Ähnlich *Dohrn*, Rn. 312 ff.

<sup>778</sup> So *Beater*, Rn. 1127; *Köhler/Bornkamm*, § 3 Rn. 49.

<sup>779</sup> Vgl. *Beater*, Rn. 818, 1095 ff.

<sup>780</sup> *Köhler/Bornkamm*, § 2 Rn. 130, 132.

Die fachliche Sorgfalt ist damit regelmäßig auf eine wettbewerbsfunktionale Abwägung der geschützten Verbraucherinteressen mit denen des handelnden Unternehmers gerichtet. Da die Interessen der sonstigen Marktteilnehmer nur reflexhaft berücksichtigt werden, ist der Kreis der einzubeziehenden Interessen enger. Dies führt jedoch nicht zwangsläufig zu einer Abweichung im Ergebnis, da diese Interessen vielfach zu den einbezogenen parallel laufen und zugleich am Maßstab des funktionsfähigen Wettbewerbs teilhaben.<sup>781</sup>

Damit kann festgehalten werden, dass bei der Bestimmung der fachlichen Sorgfalt zwar nicht die gleichen Grundsätze Anwendung finden, wie sie schon für § 3 I UWG herausgearbeitet wurden, diese sich aber annähern und in der Praxis zu vergleichbaren Ergebnissen führen.

#### 4. Vergleich der Relevanzkriterien

Ähneln sich die Maßstäbe der Unwertkriterien in § 3 I und II UWG, so wird zur zentralen Frage einer Unterscheidung die Bedeutung und der Gehalt der jeweiligen Relevanzkriterien. Für § 3 I UWG konnte bereits nachgewiesen werden, dass die Spürbarkeit zur Interessenbeeinträchtigung über das Eignungserfordernis Eingang findet in die Bestimmung der Unlauterkeit. Im Rahmen einer monistischen Betrachtung entfaltet sie keine eigenständige Funktion. Zu prüfen ist nunmehr, ob auch die Verbrauchergeneralklausel einem vergleichbaren monistischen Konzept folgt.

Gegen eine solche Konzeption würde es sprechen, wenn die Relevanzklausel des § 3 II UWG ausschließlich oder vorrangig eine quantitative Betrachtung des Sorgfaltsverstoßes anstrebte und dadurch begrenzend wirkte. Für eine derartige Sichtweise kann angeführt werden, dass die Entscheidungsumlenkung nach dem Wortlaut als Folge der Fähigkeitenbeeinträchtigung erscheint. Damit können Überlegungen einbezogen werden, ob der Verbraucher in der konkreten Situation tatsächlich seine Entscheidung geändert hat.<sup>782</sup> So hat der EuGH in seiner „Nissan“-Entscheidung argumentiert, dass eine irreführende Werbung nur dann vorliegt, wenn nachgewiesen wäre, dass eine erhebliche Zahl von Verbrauchern sich bei ihrer Kaufentscheidung geirrt hätte.<sup>783</sup> Die Prüfung der Auswirkung auf das Verbraucherverhalten eröffnete somit die quantitative Betrachtung des Marktgeschehens bzw. der Marktfolgen.<sup>784</sup>

Die besseren Gründe sprechen jedoch dagegen, in der Relevanzklausel die Verankerung einer rein quantitativen Marktfolgenbetrachtung zu sehen. Da für die Bejahung der Relevanz die Eignung zur Fähigkeitsbeeinträchtigung und zur Entscheidungsumlenkung genügt, kann es auf die tatsächlichen, empirisch nachweisbaren Folgen nicht ankommen.<sup>785</sup> Es erscheint mehr als fraglich, dass damit an die Erfordernisse der – ohnehin vereinzelt gebliebenen – „Nissan“-Entscheidung angeknüpft werden sollte.<sup>786</sup> Bestätigt wird diese Sichtweise durch die Ausrichtung der Betrachtung auf den Durchschnittsverbraucher als Maßstab der spürbaren Beeinträchtigung. Hinter diesem Maßstab verbirgt sich nicht der statistische Durchschnittsadressat der inkriminierten Handlung als Median des angesproche-

---

<sup>781</sup> Vgl. *Drexl*, S. 552 f.; *Götting/Nordemann/Götting*, § 1 Rn. 29.

<sup>782</sup> *Köhler*, WRP 2014, 259 (261 Rn. 22 f.).

<sup>783</sup> EuGH GRUR Int 1993, 951 (952 Tz. 15 f.).

<sup>784</sup> Im Ergebnis ebenso *Drews*, S. 70 f.; andeutungsweise auch *Köhler*, WRP 2014, 259 (261 Rn. 22 f.).

<sup>785</sup> *Dröge*, S. 104 f.

nen Verkehrskreises, sondern ein normatives Konstrukt. Erwägungsgrund 18 der Richtlinie stellt dies unmissverständlich klar: „Der Begriff des Durchschnittsverbrauchers beruht dabei nicht auf einer statistischen Grundlage.“ Dementsprechend kann das Maß der Freiheitsbeeinträchtigung nicht ohne weiteres aus der Beeinträchtigung eines – mehr oder weniger repräsentativen – tatsächlichen Marktteilnehmers, noch aus der Akkumulation der tatsächlich Betroffenen ermittelt werden.

Der Zugriff auf die Relevanz des Sorgfaltsverstoßes erfolgt demnach vorrangig wertend. Aufgrund der Anknüpfung an den Durchschnittsverbraucher als Leitbild wird diese Wertung aber inhaltlich mit der Bewertung der fachlichen Sorgfalt enggeführt.<sup>787</sup> In beiden Fällen wirkt der Maßstab des Durchschnittsverbrauchers funktional als verdeckte Interessenabwägung mit dem Ziel, funktionierenden Wettbewerb zu gewährleisten. Dies erkennt auch die UGP-Richtlinie an, indem sie den Durchschnittsverbraucher als Ausdruck der Verhältnismäßigkeit anspricht.<sup>788</sup> Gemeinsamer Bezugspunkt ist die Gewährleistung einer informierten Marktentscheidung. Unter dem zu Grunde liegenden, wettbewerbsfunktionalen Paradigma stehen der Sorgfaltsverstoß und die Eignung zur spürbaren Beeinträchtigung der Entscheidungsfreiheit damit in einem wechselseitigen Abhängigkeitsverhältnis. Divergierende Ergebnisse sind demnach nicht zu erwarten. Dies spricht jedoch gegen eine eigenständige Begrenzungsfunktion der Relevanzklausel und für eine monistische Betrachtung.

Der Gleichlauf von Sorgfaltsverstoß und spürbarer Fähigkeitenbeeinträchtigung wird zudem bestätigt durch die Ausgestaltung der Spezialtatbestände der UGP-Richtlinie. Art. 6 – 8 UGP-RL verlangen mit jeweils leicht abweichender Formulierung für die Unlauterkeit, dass eine näher umschriebene Geschäftspraxis geeignet ist, den Durchschnittsverbraucher zu einer geschäftlichen Entscheidung zu veranlassen, die er anderenfalls nicht getroffen hätte. Art. 6 und 7 UGP-RL definieren dabei irreführende Geschäftspraktiken näher, Art. 8 i.V.m. Art. 9 aggressive Geschäftspraktiken. Gemäß Art. 5 IV UGP-RL handelt es sich in allen Fällen um besondere Fälle unlauterer Geschäftspraktiken und damit um Ausprägungen der Merkmale der Generalklausel nach Art. 5 II UGP-RL. Im Vergleich der Normstrukturen von Generalklausel und Spezialtatbeständen fällt aber auf, dass von der „wesentlichen Beeinflussung des wirtschaftlichen Verhaltens des (Durchschnitts)-Verbrauchers“ nur das Teilelement der Entscheidungsumlenkung Ausdruck findet. Dies bedeutet aber umgekehrt, dass die übrigen Voraussetzungen einer irreführenden bzw. aggressiven Geschäftspraxis sowohl den Sorgfaltsverstoß als auch die Eignung zur spürbaren Fähigkeitenbeeinträchtigung ausfüllen. Irreführende und aggressive Geschäftspraktiken stellen also sowohl einen Sorgfaltsverstoß, als auch eine spürbare Beeinträchtigung der Entscheidungsfähigkeit des Durchschnittsverbrauchers dar. Dies ist aber systematisch nur denkbar, wenn beide Merkmale letztlich auf die gleiche Wertung hinauslaufen.

Einer Trennung von Sorgfaltsverstoß und Fähigkeitenbeeinträchtigung als gesonderter Betrachtung von Qualität und Quantität eines Verstoßes ist damit der Boden entzogen. Beide Elemente stehen vielmehr in einem wechselseitigen Zusammenhang und können nur als Einheit wahrgenommen werden.

---

<sup>786</sup> S.a. *Henning-Bodewig*, GRUR Int 2003, 926 (928).

<sup>787</sup> Ähnlich *Köhler*, WRP 2014, 259 (260 f. Rn. 14 ff.).

<sup>788</sup> ErwGrd. 18 UGP-RL.



Eine eigenständige Bedeutung könnte die spürbare Interessenbeeinträchtigung nur erlangen, wenn im Rahmen der Sorgfaltsbestimmung nicht wettbewerbsfunktionale Interessen zur Geltung gebracht werden. Dies ist denkbar bei der der Ausgestaltung der fachlichen Sorgfalt durch normative Akte. Hier bleibt abzuwarten, inwieweit die fachliche Sorgfalt zur Rezeption außerwettbewerblicher Wertungen herangezogen wird. In einem solchen Fall fiele der Relevanzklausel dann die Aufgabe zu, das Paradigma der UGP-Richtlinie zur Geltung zu bringen.

Freilich bleibt zu klären, welche Bedeutung dem Nachsatz des § 3 II UWG damit zufällt. Der Wortlaut („damit“) verlangt, dass die Entscheidungsumlenkung eine Folge der spürbaren Beeinträchtigung der Entscheidungsfähigkeit sein muss. Daraus könnte geschlossen werden, dass die Entscheidungsumlenkung gegeben ist, wenn ein konkreter Kausalzusammenhang nachgewiesen wird. Dies kann jedoch nicht gemeint sein. Zum einen genügt auch für die Entscheidungsumlenkung die bloße Eignung der geschäftlichen Handlung hierzu. Zum anderen ist hier wiederum der Durchschnittsverbraucher Bezugspunkt der Betrachtung, vgl. § 5 II lit. b) UGP-RL. Dies eröffnet das subsumtionstechnische Dilemma des Rechtsanwenders, feststellen zu müssen, wie sich ein fiktiver, normativer Verbraucher in einer konkreten Situation verhalten würde. Die UGP-Richtlinie gibt hierfür lediglich den Hinweis, der Rechtsanwender müsse sich „auf [seine] eigene Urteilsfähigkeit unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des Gerichtshofs verlassen.“<sup>789</sup> Sieht man darin nicht nur eine methodische Selbstverständlichkeit, so wird damit die Notwendigkeit einer Wertung unterstrichen, welche nicht allein auf die tatsächlich zu beobachtenden Folgen für das Marktgeschehen abhebt. Dies muss umso mehr gelten, als dass es im Übrigen auch lauterer bzw. zulässiger geschäftlicher Handlungen zu eigen ist, den Marktteilnehmer zu einer Entscheidung zu veranlassen, die sonst nicht getroffen worden wäre.<sup>790</sup> Physikalisch-empirisch fundierte Kausalitätsfeststellungen sind demnach nicht angezeigt.

Der Entscheidungsumlenkung lässt sich somit auch nicht die Funktion einer quantitativen Marktfolgenbetrachtung zuweisen, welche im Kontrast stünde zur Interessenbeeinträchtigung, die eher auf die qualitative Einwirkungsintensität abhebt.<sup>791</sup> Die darin zum Ausdruck kommende Trennung findet mit der oben gegebenen Argumentation keine Stütze. Beide Kriterien stehen vielmehr in einem unmittelbaren Zusammenhang.<sup>792</sup> Vorrangig erforderlich ist somit eine normative Wertung, ob sich in der (möglichen) Marktentscheidung des Verbrauchers gerade die Unlauterkeit der geschäftlichen Handlung niederschlägt. Hierbei ist die Orientierung an alternativen Entscheidungsmöglichkeiten für den Durchschnittsverbraucher in der konkreten Situation ebenso hilfreich, wie die Gegenüberstellung mit einem Verbraucherverhalten bei Beachtung der fachlichen Sorgfalt durch den Unternehmer, also mit einem rechtmäßigen Alternativverhalten.<sup>793</sup> In der Rechtsanwendung läuft dies auf eine Plausibilitätsabschätzung hinaus.<sup>794</sup> Die Relevanzklausel des § 3 II UWG ist damit Ausdruck der vom UWG angestrebten Gewährleistung der autonomen und informierten Marktentscheidung des Durchschnittsverbrauchers.

---

<sup>789</sup> ErwGrd 18 UGP-RL, letzter Satz.

<sup>790</sup> Harte/Henning/Schünemann (2. Aufl. 2009), § 3 Rn. 438; Glöckner/Henning-Bodewig, WRP 2002, 1314 (1328).

<sup>791</sup> So aber Drews, S. 70 ff.

<sup>792</sup> GK-UWG/Fritzsche, § 3 Rn. 623; ähnlich Schöttle, GRUR 2009, 546 (548 f.).

<sup>793</sup> Vgl. Dohrn, Rn. 790 ff.

Dieser Telos prägt aber schon maßgeblich die Konkretisierung der fachlichen Sorgfalt. Entsprechende Wertungen fließen daher regelmäßig bereits dort ein. Umgekehrt kann die Eignung zur Entscheidungsumlenkung bei Sorgfaltsverstößen wegen der Komplexität der Entscheidungsfindung grundsätzlich nicht ausgeschlossen werden.<sup>795</sup> Eine nochmalige wertende Betrachtung vermag demgegenüber nichts hinzuzufügen.

Die Funktion der Relevanzklausel erschöpft sich demnach in der Klarstellung. Sie betont die Bedeutung der autonomen und informierten Verbraucherentscheidung als Zielpunkt der UGP-Richtlinie und gibt mit dem Durchschnittsverbraucher ein Leitbild vor. Zugleich betont sie die Notwendigkeit einer wertenden Betrachtung der konkreten Umstände des Einzelfalles in Abgrenzung zu den per-se-Verboten des Anhangs I der UGP-Richtlinie.<sup>796</sup> Eine eigenständige Bedeutung gegenüber dem Sorgfaltsverstoß bzw. seiner Konkretisierung in den Spezialtatbeständen kommt ihr aber nicht zu.<sup>797</sup>

## 5. Zusammenfassung

Die Untersuchung hat erbracht, dass die Verbrauchergeneralklausel ebenfalls einem monistischen Unlauterkeitsverständnis folgt und damit die Strukturentscheidung der allgemeinen Verbrauchergeneralklausel wiederholt. Im Kern läuft sie auf eine einzelfallbezogene Interessenabwägung hinaus, die am Maßstab des Durchschnittsverbrauchers und damit an der wettbewerbsfunktionalen Verhältnismäßigkeit orientiert ist. Dadurch bestehen strukturelle und inhaltliche Parallelen zur allgemeinen Generalklausel. Im Unterschied zu dieser werden jedoch andere Interessen als die der Verbraucher und des geschäftlich Handelnden ausgeblendet und allenfalls reflexhaft verwirklicht. Die Verbrauchergeneralklausel konkretisiert damit im eingeschränkten Anwendungsbereich der UGP-Richtlinie die Interessenabwägung. Der Spürbarkeit wächst dabei jedoch keine eigenständige, gegenüber der allgemeinen Generalklausel abweichende Funktion zu.

### III. Immanenz oder Eigenständigkeit der Spürbarkeit im Rahmen der übrigen Tatbestände des UWG?

Bei Betrachtung der Folgen einer normativen Bestimmung der Spürbarkeit im Rahmen eines monistischen Tatbestandes ist zudem näher zu untersuchen ist, ob der Spürbarkeit eine eigenständige Bedeutung im Zusammenspiel mit den Beispiels- und Spezialtatbeständen zukommt.

Diese Frage scheint zunächst von der Systematik des UWG eindeutig vorgezeichnet zu sein. Die Tatbestände der §§ 4 ff. UWG konkretisieren nur die Unlauterkeit, beziehen sich also auf das erste Element des zweigliedrigen Tatbestandes des § 3 I UWG. § 3 I UWG als gemeinsamer Bezugspunkt der

---

<sup>794</sup> Dohrn, Rn. 789, 790 ff.

<sup>795</sup> GK-UWG/Fritzsche, § 3 Rn. 633.

<sup>796</sup> St. Rspr. des EuGH, vgl. EuGH EuZW 2010, 947 (949 Tz. 35 f.) – *Mediaprint*; EuGH GRUR Int 2011, 853 Tz. 38 f. – *Wamo*; EuGH GRUR Int 2013, 936 (937 Tz. 29 f.) – *Euronics Belgium*; s.a. EuGH GRUR 2010, 244 (246 Tz. 44 ff.) – *Plus Warenhandels-gesellschaft*.

<sup>797</sup> Vgl. EuGH GRUR 2011, 930 Tz. 70 ff. – *Ving Sverige*. Der EuGH verknüpft hier die Prüfung der Wesentlichkeit einer unterlassenen Information mit der Wertung der Umstände des Einzelfalles und den Auswirkungen auf die Entscheidungsfähigkeit des Durchschnittsverbrauchers.

§§ 4 – 6 UWG und „Scharnier“ zu den Rechtsfolgen der §§ 8 – 10 UWG verlangt jedoch zusätzlich eine Prüfung der Spürbarkeit. *De lege lata* stellt § 3 I UWG damit die zentrale Normierung der Spürbarkeit als Tatbestandsmerkmal der Unzulässigkeit dar, wodurch eine eigenständige Prüfung im Rahmen der Spürbarkeit systematisch hinterlegt wird. Verstärkt wird dieser Befund durch die abweichende unmittelbare Anknüpfung an das Merkmal der Unzulässigkeit bei den Tatbeständen der §§ 3 III und 7 UWG, mit denen gerade die Entbehrlichkeit einer Prüfung der Bagatell-Schwelle unterstrichen werden soll.<sup>798</sup>

Demgegenüber wird jedoch teilweise vertreten, dass zumindest manchen Katalogtatbeständen die Spürbarkeit tatbestandlich immanent sei.<sup>799</sup> Die Spürbarkeit sei bereits in der Unlauterkeit immanent vertyp und damit ein Tatbestandsmerkmal der Unlauterkeit, so dass eine gesonderte Erheblichkeitsprüfung entbehrlich sei. Eine eigenständige Bedeutung der Spürbarkeit verbliebe nach *Köhler* neben den selten Fällen des Rückgriffs auf die Generalklausel im Wesentlichen bei jenen Tatbeständen, bei denen die Transparenz einer Maßnahme zu bewerten sei, also §§ 4 Nr. 3 – 5 UWG, sowie beim Rechtsbruch-Tatbestand gem. § 4 Nr. 11 BGB. Bei den übrigen Beispiels- und Spezialtatbeständen soll sich die hinreichende Schwere der Interessenbeeinträchtigung bereits aus der Verwirklichung des Unlauterkeitstatbestandes ergeben, weil entweder der Tatbestand der Fallgruppe eine Eignung zur Beeinflussung des wirtschaftlichen Verhaltens der Marktgegenseite voraussetzt oder tatbestandlich in nicht nur unerheblicher Weise in andere Interessen betroffener Marktteilnehmer eingegriffen wird. Die zusätzliche Prüfung der Spürbarkeitsklausel bedeute dann eine wenig sinnvolle Doppelprüfung.

Auf dem Standpunkt einer zumindest teilweisen tatbestandlichen Immanenz der Spürbarkeit bei den Beispiels- und Spezialtatbeständen steht auch – mit mehr oder weniger klarem Positionsbezug – die Rechtsprechung, wenn sie die Spürbarkeit nicht oder nur oberflächlich prüft und bejaht. Die jüngere Judikatur hat sich sogar ausdrücklich dafür ausgesprochen, dass bestimmten Unlauterkeitstatbeständen eine eigenständige Bagatellschwelle innewohnt, welche eine zusätzliche Erheblichkeitsprüfung nach § 3 UWG ausschließt.<sup>800</sup> Die Annahme, dass man sich in diesen Fällen mit einer „*formelhaften Bejahung*“ der Spürbarkeit begnügen kann, geht in die gleiche Richtung.<sup>801</sup>

*Köhler* kommt zu dem Schluss, dass die Erfüllung des Unlauterkeitstatbestandes zwar nicht zwangsläufig die Spürbarkeit umfasst, dies schließe aber nicht aus, dass bei einzelnen Unlauterkeitstatbeständen die Spürbarkeit bereits Tatbestandsmerkmal sei oder zumindest die Unlauterkeit die Spürbarkeit indiziere.<sup>802</sup> Konkret sei eine zusätzliche Prüfung demnach nur erforderlich in den Fällen der §§ 4 Nr. 3 – 5 UWG, § 4 Nr. 11 UWG und des § 6 II UWG.<sup>803</sup>

---

<sup>798</sup> BTDrucks. 16/10145, S. 22 re. Sp.; dazu kritisch *Sosnitza*, WRP 2008, 10104 (1019 f.).

<sup>799</sup> *Harte/Henning/Podszun*, § 3 Rn. 152; *Köhler/Bornkamm*, § 3 Rn. 136 ff.; *ders.*, GRUR 2005, 1 (6 ff.); differenzierend *GK-UWG/Peukert*, § 3 Rn. 398 ff.

<sup>800</sup> BGH GRUR 2009, 888 (889 Tz. 18) – *Thermoroll* (für § 5 UWG); BGH GRUR 2012, 1273 (1274 Tz. 25) – *Stadtwerke Wolfsburg*; BGH GRUR 2012, 208 (212 Tz. 31) – *10% Geburtstags-Rabatt*; zurückhaltender noch BGH GRUR 2008, 186 (188 Tz. 26) – *Telefonaktion*. Anders wiederum aber z.B. BGH GRUR 2006, 953 (954 Tz. 21) – *Warnhinweis II* (für § 4 Nr. 1 UWG), BGH GRUR 2012, 184 (187 Tz. 30) – *Branchenbuch Berg*.

<sup>801</sup> So *jurisPK/Ullmann*, § 3 Rn. 76.

<sup>802</sup> *Köhler* GRUR 2005, 1 (6 ff.).

<sup>803</sup> *Köhler/Bornkamm*, § 3 Rn. 136 ff.; *ders.*, GRUR 2005, 1 (6 ff.).

Dies gibt im Rahmen der Untersuchung Anlass zu der Frage, ob eine Entkopplung einzelner Beispieltatbestände von der Spürbarkeitsklausel zu erfolgen hat.

### 1. Die Beispieltatbestände nach § 4 UWG – lediglich selektive Spürbarkeitsprüfung?

Zunächst ist zu vergegenwärtigen, dass der obige Streit um die Immanenz auf der Prämisse eines dualistischen Unzulässigkeitstatbestandes beruht. Diese Prämisse konnte jedoch bereits widerlegt werden. Bei Annahme eines monistischen Unzulässigkeitstatbestandes hebt sich die Frage nach einer getrennten bzw. immanenten Betrachtung auf. Die Aspekte der Spürbarkeit finden bereits im Rahmen der Unlauterkeit Berücksichtigung. Zugleich ist offensichtlich, dass der einheitlichen Bewertung auch im Rahmen der Beispiels- und Spezialtatbestände Rechnung zu tragen ist. Damit verlagert sich aber die Fragestellung vom „Ob“ einer Spürbarkeitsprüfung zum „Wie“, d.h. der Frage, wie die schutzwürdigen Interessen im Rahmen dieser Tatbestände zum Ausgleich zu bringen sind.

Die von *Köhler* vorgeschlagene selektive Prüfung der Spürbarkeit ist daher im Lichte der bisherigen Untersuchungsergebnisse und unter Berücksichtigung der abweichenden Grundprämisse kritisch zu würdigen. Insbesondere bedarf das grundsätzlich zustimmungswürdige Ergebnis einer differenzierenden Betrachtung einer solideren argumentativen Fundierung.

Zunächst ist wiederum die Hürde der äußeren Systematik zu überwinden. Es konnte jedoch bereits gezeigt werden, dass die äußere Systematik des Gesetzes die inneren Wertungszusammenhänge von Unlauterkeit und Spürbarkeit nicht zureichend widerspiegelt und daher hinter der Durchsetzung des Gesetzeszwecks zurücktreten muss.

Die Betrachtung dieser Zusammenhänge im Lichte des Telos ist für die Bedeutung der Spürbarkeit im Rahmen der Beispiels- und Spezialtatbestände fortzusetzen. Im Mittelpunkt muss demnach wiederum der wettbewerbsfunktionale, auf die Freiheit der Marktteilnehmer gerichtete Wertungsmaßstab des § 1 UWG stehen. Wie bereits dargelegt, sind Unlauterkeit und Spürbarkeit des § 3 I UWG darüber enger verknüpft, als dies der Wortsinn der Norm nahe legt. Konsequenterweise muss dies auch dort gelten, wo die Unlauterkeit durch die Tatbestände der §§ 4 – 6 UWG konkretisiert und vertypet wird. Dies reduziert die Fragestellung daraufhin, an welchem Merkmal die einzelfallbezogene, verhältnismäßige Abwägung der Interessen anzubinden ist.

Zugleich erlaubt eine monistische Betrachtung die Formulierung klarerer Ergebnisse. Die Begründung einer immanenten Spürbarkeit auf Grundlage eines dualistischen Unzulässigkeitstatbestandes wirkt demgegenüber nicht frei von Widersprüchen: Unter dem Blickwinkel des Schutzes der Wettbewerbsfreiheit der Marktteilnehmer sind sämtliche in den Fallgruppen des § 4 UWG inkriminierten Verhaltensweisen zumindest abstrakt geeignet, auf die Handlungs- und Entscheidungsfreiheit einzuwirken, unabhängig davon, ob die Entscheidungsfreiheit ausdrücklich benannt wird (so in Nr.1) oder auf eine Marktentscheidung abgestellt wird (so in Nr. 6: „Erwerb einer Ware“). Wie oben bereits gezeigt wurde, sind bei konsequent schutzzweckkonformer Auslegung sogar die Fälle der Herabsetzung (Nr. 7) und Anschwärzung (Nr. 8) vorrangig auf die Handlungs- und Entscheidungsfreiheit der Marktteilnehmer

gerichtet.<sup>804</sup> Warum dann aber gerade dort eine zusätzliche Prüfung der Erheblichkeit erforderlich sein soll, wo aufgrund von Transparenzgeboten (Nr. 3 – 5) eine wertungsmäßige Nähe zum Irreführungsverbot vor- und damit eine nicht unerhebliche Beeinträchtigung der Entscheidungsfreiheit nahe liegt, will nicht recht einleuchten.<sup>805</sup> Etwas anderes ließe sich nur begründen, wenn die Formulierung der jeweiligen Tatbestände keinen hinreichenden Spielraum eröffnete, um die hinter der Spürbarkeit stehenden Wertungen aufzunehmen. Dies ist jedoch bei den Tatbeständen des § 4 Nr. 3 – 5 UWG nicht der Fall. Wann der Werbecharakter „verschleiert“ wird oder die Bedingungen der Inanspruchnahme einer Verkaufsförderungsmaßnahme oder der Teilnahme an einem Gewinnspiel „nicht klar und eindeutig“ angegeben werden, ist an der Messlatte des normativen Durchschnittsverbrauchers festzumachen.<sup>806</sup> Damit wird aber zugleich wiederum den Interessen der Marktgegenseite Rechnung getragen und die Möglichkeit einer abwägenden Bewertung im Einzelfall eröffnet.

Die Notwendigkeit hierzu wird auch von Vertretern der Immanenz der Spürbarkeit nicht bestritten.<sup>807</sup> Die Annahme tatbestandlicher Immanenz darf daher nicht dazu verleiten, dass jene Wertungen ausgeblendet werden, welche sowohl bei der Konkretisierung der Unlauterkeit als auch der Spürbarkeit vorzunehmen sind. So trifft die Immanenz der Spürbarkeit zunächst keine Aussage über die Notwendigkeit der Betrachtung der Umstände des jeweiligen Einzelfalls. Die hierzu erforderlichen Wertungen sind auch bei der Prüfung der Beispiels- und Spezialtatbestände vorzunehmen, da anderenfalls die Gefahr eines Wertungs- und Systemwiderspruchs heraufbeschworen wird. Die Tatbestandsimmanenz der Spürbarkeit darf nämlich nicht dazu führen, geschäftliche Handlungen, die die Tatbestände der §§ 4 – 6 UWG erfüllen, ohne Einzelfallprüfung zu untersagen.

Dies stünde in unauflösbarem Widerspruch zur Systematik des UWG, wonach nur die Verbote des UWG-Anhangs ohne eine Prüfung der Spürbarkeit im Einzelfall auskommen.<sup>808</sup> Die Beispiels- und Spezialtatbestände der §§ 4 – 6 UWG können demgegenüber nicht als per-se-Verbote aufgefasst und gehandhabt werden. Soweit die Tatbestände zudem der Umsetzung der UGP-Richtlinie dienen, wäre ein entsprechendes Verständnis ohnehin nicht europarechtskonform. In den entsprechenden Entscheidungen zur UGP-Richtlinie hat der EuGH klargestellt, dass die Mitgliedstaaten angesichts des Vollharmonisierungsauftrags der Richtlinie nicht befugt sind, über den Richtlinienanhang hinausgehende per-se-Verbote zu schaffen.<sup>809</sup>

An diesem Punkt bleibt nur noch zu klären, ob die in jedem Fall erforderliche Einzelfallbetrachtung tatbestandlich am Regelbeispiel der Unlauterkeit angeknüpft werden kann oder unter Rückgriff auf § 3 I UWG zu erfolgen hat. Aufgrund der Einheitlichkeit des Tatbestandes ist davon auszugehen, dass

---

<sup>804</sup> S.o. S. 20 f.

<sup>805</sup> Ähnlich *Drews*, S. 169; zur Nähe von Transparenzgebot und Irreführungsverbot vgl. z. B. BGH GRUR 2012, 184 (185 Tz. 18) – *Branchenbuch Berg*.

<sup>806</sup> BGH GRUR 2012, 184 (185 Tz. 19) – *Branchenbuch Berg*; Harte/Henning/Frank, § 4 Nr. 3 Rn. 30ff.; Harte/Henning/Bruhn, § 4 Nr. 4 Rn. 29.

<sup>807</sup> Z.B. *Köhler/Bornkamm*, § 5 Rn. 2.198 ff.

<sup>808</sup> Nach der Normsystematik gilt dies streng genommen auch für den § 7 UWG. Als Anknüpfungspunkt für eine wertende Abwägung hat der Gesetzgeber hier die „Unzumutbarkeit“ der Belästigung gewählt. Aufgrund des abweichenden Normzwecks ist hierbei jedoch ein anderer Maßstab anzulegen als bei der Spürbarkeitsprüfung im Übrigen. Dazu noch näher oben S. [5.3.5].

eine wägende Wertung bereits in der Vertypung der Unlauterkeit vorzunehmen ist. Dies hat zugleich den Vorteil, die Vorgaben der UGP-Richtlinie zu wahren, wenn und soweit auf deren Maßstäbe zurückzugreifen ist. Dass diese von § 3 I UWG inhaltlich abweichen können, wurde bereits dargelegt. Hiergegen lässt sich auch nicht anführen, dass in den Beispiels- und Spezialtatbeständen bereits eine typisierte Interessenabwägung vom Gesetzgeber vorgenommen wurde, die bei der Auslegung zu vollziehen ist.<sup>810</sup> Dies steht einer Betrachtung des Einzelfalls jedoch nicht entgegen, sondern führt nur zu einer Verschiebung der Argumentationslast, falls ein untypischer Fall festgestellt werden soll.<sup>811</sup>

Etwas anderes kann allenfalls dort gelte, wo der Wortlaut als Grenze der Auslegung keinen hinreichenden Spielraum eröffnet. Einen derart engen Wortlaut weisen aber nur § 4 Nr. 6 und § 4 Nr. 11 auf. Für § 4 Nr. 6 UWG ist anerkannt, dass er nicht als abstraktes per-se-Verbot aufgefasst werden darf und damit eine zusätzliche Abwägung zu erfolgen hat, da er ansonsten europarechtswidrig wäre.<sup>812</sup>

Für die Frage der Immanenz der Spürbarkeit im Rahmen der Beispiels- und Spezialtatbestände ist die Feststellung von *Köhler* also dahingehend zu präzisieren, dass die Immanenz bereits durch das Verhältnis von Unlauterkeit und Spürbarkeit grundsätzlich vorgezeichnet ist und sich auf alle weiteren Unlauterkeits-Tatbestände erstreckt. Dies darf jedoch nicht dazu verleiten, den Einzelfallbezug der Unzulässigkeitsfeststellung aus den Augen zu verlieren.

Als Ausnahmefall innerhalb des § 4 UWG kann sich allenfalls § 4 Nr. 11 UWG heraus stellen, der als Transformationstatbestand für Normen außerhalb des UWG dient. Soweit die aufgegriffenen Normen auch anderen Zielen als den Zwecken des UWG dienen, liegt es nahe, dass es gerade des Spürbarkeitserfordernisses bedarf, um eine sachgemäße Handhabung im UWG zu gewährleisten. Aufgrund der praktischen Bedeutung dieser Norm soll auf dieses Problem sogleich gesondert eingegangen werden.

## 2. Die Spürbarkeit als Korrektiv des Rechtsbruch-Tatbestandes?

Für das besondere Augenmerk auf die Bedeutung der Spürbarkeit im Rahmen des Rechtsbruchtatbestandes lassen sich drei Gründe anführen.

Erstens handelt es sich bei § 4 Nr. 11 UWG um den in der Praxis wichtigsten Einzeltatbestand des UWG.<sup>813</sup> § 4 Nr. 11 UWG spielt in der Anwendungspraxis eine größere Rolle als selbst der Irreführungstatbestand. Entsprechend umfangreich ist die Rechtsprechung hierzu.

Zweitens weist der Tatbestand gegenüber den sonstigen Beispiels- und Spezialtatbeständen der §§ 4 – 6 UWG dogmatische Besonderheiten auf, die auf die Bestimmung der Spürbarkeit zurückwirken

---

<sup>809</sup> EuGH EuZW 2010, 947 (949 Tz. 35 f.) – *Mediaprint*; EuGH GRUR Int 2011, 853 Tz. 38 f. – *Wamo*; EuGH GRUR Int 2013, 936 (937 Tz. 29 f.) – *Euronics Belgium*; s.a. EuGH GRUR 2010, 244 (246 Tz. 44 ff.) – *Plus Warenhandelsgesellschaft*.

<sup>810</sup> Vgl. GK-UWG/*Peukert*, § 1 Rn. 338.

<sup>811</sup> Zu den sich ergebenden prozessualen Folgen s.u. S. 164 ff.

<sup>812</sup> EuGH GRUR 2010, 244 (246 Tz. 44 ff.) – *Plus Warenhandelsgesellschaft*; im Anschluss daran BGH GRUR 2011, 532 (534 Tz. 15 ff.) – *MillionenChance*.

<sup>813</sup> Vgl. *Büscher*, GRUR 2013, 969 (974); *Glöckner* GRUR 2013, 568.

können. Diese Besonderheiten folgen aus der Unlauterkeitsbestimmung nach dem Rechtsbruchtatbestand, welche an Verstöße gegen Normen außerhalb des UWG anknüpft. Indem diese Primärnormen tatbestandlich in das UWG transformiert werden, realisiert das UWG aber zugleich Regelungszwecke, die außerhalb des Schutzzwecks des § 1 UWG liegen können.<sup>814</sup> Diese Zielverschiebung lässt jedoch eine Interessenabwägung im hier vertretenen Sinnen der Spürbarkeit problematisch erscheinen, da gerade der Schutzzweck wesentlicher Gesichtspunkt bei der Abwägung ist. Die Zulässigkeit einer wettbewerbsfunktionalen Interessenabwägung ist daher genauer zu untersuchen.

Schließlich ist drittens die Entwicklung des Spürbarkeitskriteriums eng mit der Auslegung dieses Tatbestandes verflochten. Im Wechselspiel von richterlicher Handhabung und gesetzgeberischer Ausgestaltung des Tatbestandes hat der Rechtsbruchtatbestand als Impulsgeber für die Entwicklung der Bagatellschwelle in ihren verschiedenen Ausprägungen fungiert. So hat die Rechtsprechung noch unter § 1 UWG a.F. wiederholt die Bagatellgrenze des § 13 UWG a.F. bemüht, um beispielsweise geringfügige Verstöße gegen das Preisangabenrecht vor einer lauterkeitsrechtlichen Sanktionierung zu bewahren.<sup>815</sup> Auch in der Literatur wird das Erfordernis einer Spürbarkeitsprüfung bei der Betrachtung von Rechtsbruchfällen besonders betont. Angesichts der unübersehbaren Weite des Tatbestandes sollen zumindest „*beiläufige Verstöße gegen belanglose gesetzliche Vorschriften ohne Relevanz für das Marktgeschehen*“ aus dem Anwendungsbereich des UWG ausgeklammert werden können.<sup>816</sup>

Daher ist zunächst zu klären, ob die Spürbarkeit zur Begrenzung des Rechtsbruchtatbestandes einer besonderen Ausgestaltung bedarf. Es ist zu untersuchen, ob im Rahmen des Tatbestandes ein besonderes Korrekturbedürfnis besteht, welches über die bereits herausgearbeitete Begrenzungsfunktion hinausgeht.

#### a) *Besondere Begrenzungsfunktion des Spürbarkeitserfordernisses?*

Dass der Tatbestand des Rechtsbruchs der besonderen Begrenzung bedarf, leuchtet unmittelbar ein. Es entspricht allgemeiner Ansicht, dass nicht jeder Normverstoß lauterkeitsrechtlich verfolgbar ist und auch nicht verfolgbar sein soll. Unlauterkeit kann nicht mit Gesetzeswidrigkeit gleichgesetzt werden. Es ist nicht Aufgabe des Wettbewerbsrechts, Gesetzesverstöße generell zu sanktionieren.<sup>817</sup>

Aus dem Vorstehenden kann jedoch nicht geschlossen werden, dass diese notwendige Begrenzung allein dem Tatbestandsmerkmal der Spürbarkeit aufzubürden ist. Zwar wurden die Bagatellklauseln des § 13 II Nr. 1 und 2 UWG a.F. als Normvorgänger der Spürbarkeitsklausel gerade aus dem Gedanken heraus geschaffen, die ausufernde Breite des noch nicht kodifizierten Rechtsbruch-Tatbestandes einzudämmen und als missbräuchlich wahrgenommenen Klagen den Boden zu entziehen,<sup>818</sup> jedoch

---

<sup>814</sup> *Beater*, WRP 2012, 6 (13); GK-UWG/*Peukert*, § 1 Rn. 159 f.

<sup>815</sup> BGH GRUR 2001, 1166 (1168 f.) – *Fernflugpreise*, BGH GRUR 1998, 955 (955 f.) – *Flaschenpfand II*; s.a. BGH GRUR 2004, 435 (436) – *Frühlingsgeflüge*.

<sup>816</sup> *Emmerich*, § 5 Rn. 43.

<sup>817</sup> BTDrucks. 15/1487 S. 19 li. Sp.; vgl. BGH GRUR 2006, 872 Rn. 16 – *Kraftfahrzeughänger mit Werbeschildern*; BGH GRUR 2010, 654 Rn. 18 – *Zweckbetrieb*.

<sup>818</sup> Vgl. BTDrucks. 12/7345, S. 5 li. Sp., S. 7 li. Sp. Der Entwurf zum UWGÄndG 1994 sah zugleich in teilweise wörtlicher Parallele zum damals neu gefassten § 13 II UWG vor, dass Verstöße gegen Normen außerhalb des UWG nur dann nach § 1 UWG a.F. unlauter sein sollten, wenn ein „*wesentlicher Wettbewerbsvorsprung erzielt oder der Wettbewerb wesentlich beeinträchtigt wird*“. Diese geplante Änderung des § 2 UWG wurde allerdings

hat der Gesetzgeber im Rahmen der UWG-Reform 2004 diese Kodifikation des Rechtsbruchs vorgenommen und ihn damit in die allgemeine Systematik des neuen Lauterkeitsrechts einzupassen versucht. Nach § 4 Nr. 11 UWG ist ein ein Gesetzesverstoß nur dann unlauter, wenn gegen eine gesetzliche Vorschrift verstoßen wird, „die auch dazu bestimmt ist, im Interesse der Marktteilnehmer das Marktverhalten zu regeln.“ Der Gesetzgeber bezog sich dabei ausdrücklich auf den Paradigmenwechsel in der Rechtsprechung, der sich mit der „Abgasemissionen“-Entscheidung des BGH abzeichnete.<sup>819</sup> Er hat damit bewusst die Abkehr der Rechtsprechung von der bis dahin üblichen Einteilung in „wertneutrale“ und „wertbezogenen“ Normen aufgegriffen.

Nach dieser nun überholten Einteilung sollte ein Verstoß gegen wertbezogene Normen unmittelbar der Generalklausel (§ 1 UWG a. F.) unterfallen. Als solche wurden sittlich fundierte Normen sowie Normen zum Schutz überragend wichtiger Gemeinschaftsgüter angesehen.<sup>820</sup> Aber auch ein Verstoß gegen sonstige, wertneutrale Vorschriften sollte bei bewusstem und planmäßigem Vorgehen unlauter sein, wenn damit ein Vorsprung vor den gesetzestreuen Mitbewerbern angestrebt wurde. Diese Voraussetzungen wurden sehr großzügig bejaht.<sup>821</sup> Mit dieser Praxis wurden Gesetzesverstöße auf sehr breiter Front der Unlauterkeit unterworfen, was zu einer hypertrophen (Fehl)Entwicklung der Fallgruppe führte.<sup>822</sup> Es ist wenig verwunderlich, dass unter diesen Prämissen die Begrenzungsfunktion des geänderten § 13 II UWG a. F. besonders betont wurde.<sup>823</sup>

Mit der Überwindung der wenig praktikablen und zudem an einen sozialetisch interpretierten Sittenwidrigkeitsbegriff anknüpfenden Unterscheidung zwischen wertbezogenen und wertneutralen Normen ist jedoch auch eine besondere Begrenzungsfunktion des Spürbarkeitserfordernisses hinfällig geworden. Von diesem Ziel getragenen Erwägungen des BGH können nur mit Vorsicht zur Bestimmung der Spürbarkeit im gegenwärtigen Rechtsgefüge des UWG herangezogen werden.

Die Begrenzung des Rechtsbruchstatbestandes hat nach der neuen Konzeption des UWG 2004 vorrangig nicht über die Spürbarkeit der Beeinträchtigung zu erfolgen, sondern über die Qualifizierung der verletzten Rechtsvorschrift als Marktverhaltensregelung mit zumindest sekundärer Schutzfunktion zugunsten der Marktteilnehmer. Freilich ist die Bedeutung und Reichweite der begrenzenden Tatbestandsmerkmale „*Marktverhaltensregelung*“ und „*sekundärer Schutz der Interessen der Marktteilnehmer*“ ihrerseits nicht unproblematisch. Die Formulierungen sind vergleichsweise unspezifisch und erlauben ein weites Verständnis des Kreises potentieller Schutznormen. So hat der BGH unter Berufung auf die schutzwürdigen Interessen der Verbraucher auch Verletzungen bauordnungsrechtlicher Zulassungserfordernisse für Baustoffe oder Verletzungen von Jugenschutzvorschriften dem Lauterkeits-

---

im Rechtsausschuss unter Bezugnahme auf die für die nächste Legislaturperiode erwartete, grundsätzliche Überprüfung des materiellen Lauterkeitsrechts gestrichen, BTDRUCKS. 12/8089, S.3, S. 4 li. Sp.

<sup>819</sup> BTDrucks. 15/1487, S. 19 li. Sp. unter Verweis auf BGH GRUR 2002, 825 – *Elektroarbeiten*; vorangegangen BGH GRUR 2000, 1076 – *Abgasemissionen*; zur Entwicklung der Rspr. z. B. *Emmerich*, § 20 Rn. 3 ff.; GK-UWG/*Metzger*, § 4 Nr. 11 Rn. 1 ff; Piper/*Ohly/Sosnitza*, § 4 Rn. 11.3 ff.

<sup>820</sup> *Emmerich*, § 20 Rn. 4 f.; GK-UWG/*Metzger*, § 4 Nr. 11 Rn. 2, jeweils m.w.N. aus der Rspr.

<sup>821</sup> *Emmerich*, § 20 Rn. 5; *Lehmann*, GRUR 1995, 380; *Ullmann*, GRUR 2003, 817 (820).

<sup>822</sup> Vgl. *Lehmann*, GRUR 1995, 380.

<sup>823</sup> Vgl. BTDrucks. 12/7345, S. 5 li. Sp., S. 7 li. Sp.



recht unterstellt.<sup>824</sup> Das Erfordernis einer sekundär wettbewerblichen Schutzrichtung wird damit erheblich verwässert.<sup>825</sup>

Eine derartige Handhabung ist allerdings kritisch zu hinterfragen. Die vom Gesetzgeber beabsichtigte Begrenzung des Rechtsbruchtatbestandes ist ernst zu nehmen. Die Erfordernisse eines zumindest sekundär bezweckten Wettbewerbsschutzes sind tendenziell restriktiv zu handhaben. Andernfalls besteht wiederum die Gefahr der Uferlosigkeit des Tatbestandes. Besonderes Augenmerk ist dabei zu richten auf die Frage, ob eine Regelung des Marktverhaltens gerade „im Interesse der Marktteilnehmer“ erfolgt. Gerade soweit es um die Bestimmung der schutzwürdigen Interessen der Verbraucher als Marktteilnehmer geht, erscheint es mehr als fraglich, jegliche Interessen der Verbraucher mit dem Instrumentarium des Lauterkeitsrechts schützen zu müssen. Es führt zu teleologischen Konflikten mit dem von § 1 UWG gezogenen wettbewerbsfunktionalen Schutzzweck, wenn die relevanten Interessen der Verbraucher in einem umfassenden Sinne verstanden werden und generell auf Eigentum, Gesundheit und andere Rechtsgüter ausgedehnt werden. Für den von § 4 Nr 11 UWG vorgegebenen Interessenschutz ist daher eine Orientierung an den Schutzzwecken des § 1 UWG unentbehrlich.<sup>826</sup> Andernfalls fiel das Interesse der Marktteilnehmer zusammen mit dem allgemeinen Interesse an der Beachtung der Rechtsordnung und das UWG würde entgegen seiner Konzeption zum Instrument allgemeiner Gesetzesdurchsetzung.<sup>827</sup> Andeutungsweise schlägt sich diese restriktive Handhabung im Verweis auf die „Marktteilnehmer“ wieder, wobei der Begriff wie erläutert im UWG-Kontext auch wettbewerbsfunktional besetzt ist.<sup>828</sup> Im Hinblick auf den Schutz der Interessen der Verbraucher wird man eine sekundäre Schutzfunktion also umso eher begründen können, je stärker das Interesse an einer informierten und unbeeinflussten Entscheidung im Vordergrund steht.<sup>829</sup>

Ist dadurch der Kreis in Betracht kommender Primärnormen eher eng zu ziehen, so spricht dies dafür, dass die Spürbarkeit im Hinblick auf den Rechtsbruch-Tatbestand keine erweiterte Begrenzungsfunktion übernehmen muss und damit keine strukturelle Besonderheit gegeben ist. An einem monistischen Unlauterkeitsverständnis kann somit ebenfalls festgehalten werden.

#### *b) Abwägungserfordernis im Rahmen des Rechtsbruchtatbestandes*

Im nächsten Schritt ist zu untersuchen, ob und wie im Rahmen des Rechtsbruchtatbestandes eine einzelfallbezogene, wettbewerbsfunktionale Interessenabwägung vorzunehmen ist, welche gerade auch den Kern der Unlauterkeitsbestimmung nach den Generalklauseln ausmacht.

Problematisch erscheint dabei, dass § 4 Nr. 11 UWG zwar eine Vertypung der Unlauterkeit darstellt, im Gegensatz zu den meisten anderen Tatbeständen des § 4 UWG aber dem Wortlaut nach für eine Interessenabwägung keinen Wertungsspielraum bietet. Der Wortlaut verweist vielmehr auf die tatbes-

---

<sup>824</sup> BGH GRUR 2006, 82 (84 Tz. 22) – *Betonstahl*; BGH GRUR 2007, 890 (893 Tz. 34 ff.) – *Jugendgefährdende Medien bei eBay*; dazu kritisch *Scherer*, WRP 2006, 401 (405 f.).

<sup>825</sup> *Glöckner*, GRUR 2013, 568 (571).

<sup>826</sup> Vgl. *Scherer*, WRP 2006, 401 (401 f.); **a.A.** *Sack*, WRP 2004, 1307 (1311 ff.), der für eine Rechtsfolgenbeschränkung unter Betrachtung des Normzwecks des verletzten Gesetzes eintritt.

<sup>827</sup> *Emmerich*, § 20 Rn. 24.

<sup>828</sup> S.o. S. 16 ff.

tandlichen Vorgaben der Primärnorm. Eine Begrenzung des Unlauterkeitstatbestandes erfolgt damit lediglich über die Qualifizierung der Primärnorm als Marktverhaltensregelung mit zumindest sekundärer Schutzfunktion zugunsten der Marktteilnehmer.

Damit stellt sich jedoch die Frage, ob daneben eine wettbewerbsbezogene Interessenabwägung im Einzelfall noch statthaft ist. Die hierbei anzustellenden Überlegungen müssen die Auswirkungen der UGP-Richtlinie einbeziehen, welche das Erfordernis einer normativen und wägenden Einzelfallbetrachtung jenseits der Liste der per-se-Verbote besonders betont. Es ist daher zu unterscheiden, ob ein Fall des Rechtsbruchtatbestandes von der UGP-Richtlinie erfasst wird oder nicht.

Soweit der Anwendungsbereich der Richtlinie eröffnet ist, ist die Vorschrift gemeinschaftsrechtskonform auszulegen. Zu beachten ist dabei insbesondere der Vollharmonisierungsanspruch der Richtlinie. Das Fehlen einer speziellen supranationalen Grundlage für § 4 Nr. 11 UWG führt nicht dazu, dass dieser von vornherein als gemeinschaftsrechtswidrig unangewendet zu bleiben hätte. Er kann jedoch nur soweit herangezogen werden, wie auch die UGP-Richtlinie die Wertungen anderer gesetzlicher Vorschriften rezipiert. Dies geschieht in zwei Konstellationen. Zum einen verweist Art. 7 V UGP-RL auf die „Informationsanforderungen des Gemeinschaftsrechts“, um die Wesentlichkeit einer Information zu bestimmen. Die Informationspflicht kann auch außerhalb der UGP-Richtlinie geregelt sein, wie der nicht abschließende Anhang II zur Richtlinie verdeutlicht. Verstöße gegen unionsrechtlich begründete Informationspflichten, durch deren Erfüllung eine informierte Entscheidung der Verbraucher ermöglicht werden soll, fallen damit unmittelbar in den Anwendungsbereich der Richtlinie.<sup>830</sup> Die zweite Konstellation betrifft die Möglichkeit der Rezeption von Vorschriften außerhalb der Richtlinie als Vorgaben für die fachliche Sorgfalt, die der Unternehmer gem. Art. 5 I UGP-RL gegenüber Verbrauchern zu beachten hat. Die Sorgfaltsdefinition steht einer derartigen Auslegung nicht entgegen, so dass auf diese Weise auch andere supranationale Vorschriften als Informationspflichten rezipiert werden können. Beide Konstellationen sind nicht unproblematisch – so bleibt z.B. das Verhältnis zu § 5a IV UWG unklar, der ebenfalls § 7 V UGP-RL umsetzt –, dies bedarf aber im Kontext der Fragestellung keiner vertieften Erörterung.

Beiden Anknüpfungsmöglichkeiten für eine gemeinschaftsrechtskonforme Auslegung ist gemeinsam, dass die Unlauterkeit im Sinne der UGP-Richtlinie nicht allein aus dem Verstoß gegen eine gesetzliche Vorschrift außerhalb der Richtlinie bestehen kann.<sup>831</sup> Es bedarf zusätzlich der „wesentlichen Beeinflussung des wirtschaftlichen Verhaltens des Durchschnittsverbrauchers“ (Art. 5 II UGP-RL) bzw. der Entscheidungsumlenkung des Durchschnittsverbrauchers (Art. 7 I UGP-RL). Nach Ansicht des EuGH ist im Rahmen des Art. 7 I UGP-RL zudem auch bei einer wesentlichen Information gem. Art. 7

---

<sup>829</sup> Tendenziell ebenso GK-UWG/Metzger, § 4 Nr. 11 Rn. 38; vgl. BGH GRUR 2010, 1117 Tz. 24 ff. – *Gewährleistungsausschluss im Internet*; noch restriktiver *Beater*, WRP 2012, 6 (14); *Emmerich*, § 20 Rn. 24; *Pi-per/Ohly/Sosnitzer*, § 4 Rn. 11/25, 11/35; *Ohly*, WRP 2008, 177 (183 f.) Scherer, WRP 2006, 401 (403 ff.).

<sup>830</sup> *Emmerich*, § 20 Rn. 14; s.a. BGH GRU 2010, 652 (653 Tz. 11) – *Costa del Sol*; BGH GRUR 2010, 744 (746 Tz. 26) – *Sondernewsletter*; BGH GRUR 2010, 852 (853 Tz. 15) – *Gallardo Spyder*.

<sup>831</sup> Vgl. *Köhler*, WRP 2014, 259 (265 Rn. 54).

II UGP-RL zu prüfen, ob der durchschnittliche Verbraucher die Information nach den Umständen benötigt, um eine informierte geschäftliche Entscheidung zu treffen.<sup>832</sup>

Wie bereits erläutert, läuft diese Betrachtung des Entscheidungsprozesses des Durchschnittsverbrauchers auf eine wettbewerbsfunktionale Interessenabwägung hinaus.<sup>833</sup> Dies muss aber in gemeinschaftsrechtskonformer Auslegung auch für § 4 Nr. 11 UWG gelten, soweit der Anwendungsbereich der Richtlinie eröffnet ist. Eine strengere Auslegung des § 4 Nr. 11 UWG ist in diesem Fall zudem aus systematischen Gründen versagt, da dem einzelnen Mitgliedstaat die Kompetenz zur Schaffung neuer per-se-Verbote im Anwendungsbereich fehlt.

Im Anwendungsbereich der Richtlinie erfordert somit die gemeinschaftsrechtskonforme Auslegung, dass auch im Rahmen des Rechtsbruchtatbestandes eine wettbewerbsfunktionale Interessenabwägung im Einzelfall stattfindet.

Damit bleibt zu untersuchen, wie es außerhalb des Anwendungsbereiches aussieht. Dazu ist zunächst die verbleibende Reichweite des Rechtsbruchtatbestandes außerhalb der Richtlinie zu klären, insbesondere im b2c-Verhältnis. Die fehlende gemeinschaftsrechtliche Grundlage des Rechtsbruchtatbestandes schließt seine Anwendung nicht grundsätzlich aus.<sup>834</sup> Zum einen sind bestimmte Regelungsbereiche von vornherein aus dem Anwendungsbereich ausgeklammert, wie Vorschriften im Bezug auf die Gesundheits- und Sicherheitsaspekte von Produkten (Art. 3 II UGP-RL) oder berufsrechtliche Regelungen (Art. 3 VIII UGP-RL). Auch Verbote aus Gründen der guten Sitten und des Anstandes sollen von der UGP-RL nicht erfasst werden.<sup>835</sup> Des Weiteren ist die UGP-Richtlinie nachrangig gegenüber spezifischen Regelungen besonderer Aspekte unlauterer Geschäftspraktiken, auch soweit diese nur Mindestvorgaben für die Mitgliedstaaten enthalten, vgl. Art. 3 IV UGP-RL.<sup>836</sup> All dies begrenzt von vornherein die Reichweite des Vollharmonisierungsanspruchs der UGP-Richtlinie und eröffnet Anwendungsbereiche für den Rechtsbruchtatbestand. Somit können auch im Verhältnis gegenüber Verbrauchern Verstöße gegen Marktverhaltensregelungen sanktioniert werden, die nicht auf Gemeinschaftsrecht beruhen.<sup>837</sup> In diesen Fällen werden im Hinblick auf das Unlauterkeitserfordernis die Anforderungen der Primärnorm übernommen, so dass an die Stelle der für die Unlauterkeit konstituierenden Interessenabwägung die Wertungen der verletzten Primärnorm treten. Diese können jedoch vom Schutzzweck des UWG erheblich abweichen, insbesondere wenn aus Gründen von Allgemeininteressen dem Handeln der Marktteilnehmer Grenzen gezogen werden.

Zu denken wäre in diesen Fällen an eine ergänzende Interessenabwägung. Dies ließe sich mit der teleologischen Überlegung rechtfertigen, dass der Rechtsbruchtatbestand an den wettbewerbsfunktionalen Schutzzweck des UWG zurückgebunden werden muss, da anderenfalls durch Überbetonung wettbewerbsfremder Normzwecke sich der lauterkeitsrechtliche Schutz zu stark einer allgemeinen Normvollzugskontrolle annähert. Dies verwischt aber den elementaren Unterschied zwischen

---

<sup>832</sup> EuGH GRUR Int 2011, 726 (731 Tz. 71 f.) – *Ving Sverige*.

<sup>833</sup> S.o. S. 117 f.

<sup>834</sup> *Köhler/Bornkamm*, § 4 Rn. 11.6e ff.; *Piper/Ohly/Sosnitza*, § 4 Rn. 11/6 f.

<sup>835</sup> Vgl. *ErwGrd. 7 S. 3 UGP-RL*.

<sup>836</sup> Ausführlich *Glöckner*, GRUR 2013, 568 (572 ff).

<sup>837</sup> *Harte/Henning/Dreyer*, § 4 Nr. 11 Rn. 1.

Rechtswidrigkeit und Unlauterkeit. Hinzu tritt die bereits im supranationalen Kontext getätigte systematische Erwägung, dass Tatbestände außerhalb des Anhangs I schlechterdings nicht als per-se-Verbote verstanden werden können. Im Lichte der supranationalen Vorgaben erschiene es schließlich auch bedenklich, durch erhebliche Wertungsdifferenzen eine vom Wortlaut nicht gedeckte, faktische Zweiteilung des Tatbestandes herbeizuführen.

Im Ergebnis greifen diese Argumente jedoch nicht durch. Es ist dem Gesetzgeber unbenommen, den Kreis der vom UWG geschützten Interessen weiter zu ziehen, als dies der Schutzzweck des § 1 UWG erlaubt.<sup>838</sup> Freilich erscheint dies dogmatisch inkonsequent und damit kritikwürdig. Im Kontext des § 4 Nr. 11 UWG führt dies aber nicht dazu, dass der Tatbestand zum Einfallstor für beliebige Allgemeininteressen wird. Wie bereits gesehen, wird der Tatbestand durch das Erfordernis der sekundären wettbewerblichen Schutzfunktion begrenzt, die nach dem Willen des Gesetzgebers zugleich die Verbindung zwischen Rechtsverstoß und Unlauterkeit herstellt.<sup>839</sup> Eine nachgelagerte Interessenabwägung und –bewertung wird damit hinfällig.<sup>840</sup>

Dieses Ergebnis schließt allerdings nicht aus, dass die Interessen der Marktteilnehmer nicht innerhalb der Primärnorm zum Ausgleich gebracht werden können und müssen. Kommt der Primärnorm eine sekundäre Schutzfunktion im Interesse der Marktteilnehmer zu, so ist dieser Zweck seinerseits bei der Entfaltung ebendieser Primärnorm zum Ausdruck zu bringen. Die vom UWG in Bezug genommene Marktverhaltensregelung kann daher nicht als nur abstrakte Anforderung an das Verhalten der Marktteilnehmer gedeutet werden, sondern nur unter Berücksichtigung der konkreten Umstände des Einzelfalls. Dies gilt umso mehr, als dass die Primärnorm regelmäßig die Wettbewerbsfreiheit der Marktteilnehmer einschränkt, um nicht wettbewerbsfunktionale Allgemeinheitsinteressen durchzusetzen. Bereits aus der verfassungsrechtlichen Verankerung der Wettbewerbsfreiheit ergibt sich jedoch, dass diese Einschränkung im Einzelfall nicht weiter gehen darf, als dies im Einzelfall zur Wahrung der Verhältnismäßigkeit erforderlich ist. Die wettbewerbsfunktionalen Interessen der Marktteilnehmer sind damit aber schon auf der Ebene der Primärnorm zu berücksichtigen. Das Spürbarkeitserfordernis im Rahmen des Rechtsbruchtatbestandes erscheint demnach als einfachgesetzliche Nachzeichnung der einschränkenden Auslegung von Marktverhaltensregeln im Lichte der verfassungsrechtlich gewährten Wettbewerbsfreiheit. In der Praxis führt dies ebenfalls zu einem gewissen Liberalisierungsdruck.<sup>841</sup> Die hierbei anzustellende Abwägung weicht im Hinblick auf die einzustellenden Interessen und den Maßstab freilich von einer rein wettbewerbsfunktionalen Ausrichtung ab. Dies ist jedoch der gesetzgeberischen Entscheidung zur Erweiterung des Kreises der geschützten Interessen entschuldet.

Mit der vorstehenden Erörterung kann daher auch unter der Prämisse eines monistischen Tatbestandes die Spürbarkeit im Rahmen des Rechtsbruchtatbestandes im hier verstandenen Sinne ausgefüllt werden.

---

<sup>838</sup> *Beater*, WRP 2012, 6 (9).

<sup>839</sup> Vgl. *Köhler*, GRUR 2004, 381 (382).

<sup>840</sup> *Köhler*, GRUR 2004, 381 (382).

<sup>841</sup> Vgl. BGH GRUR 2010, 1133 – *Bonuspunkte*; BGH GRUR 2013, 1056 – *Meisterpräsenz*.

### c) *Reintegration des Wettbewerbsvorsprungs*

Bei einer derartigen Betrachtung lässt sich schließlich auch der Gedanke des Wettbewerbsvorsprungs in den Rechtsbruchtatbestand reintegrieren. Dieser kann zwar nicht aus sich heraus die Unlauterkeit begründen, kann aber bei der Bewertung der betroffenen Interessen Bedeutung erlangen.

In der früheren Rechtsprechung war der Vorsprungsgedanke ein fester Topos bei der Bestimmung der Unlauterkeit einer geschäftlichen Handlung, soweit die Verletzung einer „wertneutralen“ Norm in Rede stand. Erfasst wurden damit auch Verstöße gegen Normen mit anderen Schutzzwecken als denen des UWG. Die Unlauterkeit sollte sich daraus ergeben, dass durch den Verstoß ein ungerechtfertigter Vorsprung im Wettbewerb angestrebt und damit die Gleichheit der Wettbewerbsbedingungen der Konkurrenten verletzt wurde.<sup>842</sup> Eine derartige Gleichsetzung birgt jedoch immer die Gefahr der Uferlosigkeit der Fallgruppe in sich und ist daher abzulehnen.

In der sog. Abgasemissionsentscheidung hat sich der BGH von dieser Sichtweise distanziert und als entscheidendes Kriterium der Unlauterkeit in der Verletzung einer Marktverhaltensregelung gesehen, die zumindest sekundär den Schutz der Marktteilnehmerinteressen bezweckt.<sup>843</sup> Gleichwohl weist die neuere Rechtsprechung die Tendenz auf, das Erfordernis die aufgestellten Begrenzungserfordernisse weit auszulegen und damit die Abgrenzungsfunktion aufzuweichen. Stimmen im Schrifttum fordern darüber hinaus, auch Verstöße gegen Normen zu sanktionieren, die einen solchen Marktverhaltensbezug nicht haben, um Schutzlücken zu schließen.<sup>844</sup>

Derartigen Vorschlägen ist jedoch entgegen zu treten. Die Gleichheit der Wettbewerbsbedingungen ist nicht geeignet, die Unlauterkeit von geschäftlichen Handlungen zu bestimmen. Zum einen wird damit die bewusste Begrenzung des Rechtsbruchtatbestandes unterlaufen. § 4 Nr. 11 UWG betont die Notwendigkeit einer Schutzfunktion der Primärnorm zu Gunsten der anderen Marktteilnehmer. Dieser Interessenschutz kann jedoch nicht soweit gezogen werden, dass er den Schutz vor den Auswirkungen eines jeglichen Rechtsverstoßes umfasst. Der sekundäre Interessenschutz würde damit zweckwidrig zu einem allgemeinen Gesetzesvollzugsinteresse umgedeutet. Eine Ausweitung der Interessenbegriffs würde also dazu führen, dass das Tatbestandsmerkmal seiner Sinnhaftigkeit beraubt würde.<sup>845</sup>

Des Weiteren vermag die hinter dem Vorsprungsgedanken stehende Prämisse von der Gleichheit der Wettbewerbsbedingungen als Wert des Lauterkeitsrechts nicht zu überzeugen. Diese Gleichheit wäre auch ohne zusätzliche wettbewerbliche Sanktionen gegeben, da die verletzten Normen regelmäßig eigene Sanktionierungsmechanismen aufweisen und auf diese Weise bereits eine Gleichheit der Bedingungen gewährleisten. Die Gleichheit der Wettbewerbsbedingungen ist also regelmäßig eher Folge als Ziel der Normsetzung. Eine besondere Bedeutung des UWG bei der Ahndung von Verstößen lässt sich nur annehmen, wenn „Schutzlücken“ postuliert werden, die gerade durch das UWG geschlossen werden sollen. Eine solche Betrachtung verkennt jedoch wiederum den beschränkten Schutzzweck

---

<sup>842</sup> Z.B. BGH GRUR 1963, 578 (583) – *Sammelbesteller*; BGH GRUR 1976, 635 – *Sonderberater in Bausachen*.

<sup>843</sup> BGH GRUR 2000, 1076 – *Abgasemissionen*; BGH GRUR 2002, 825 – *Elektroarbeiten*.

<sup>844</sup> *Glöckner*, GRUR 2008, 960 (964); ähnlich *Sack*, WRP 2004, 1307 (1315 f.).

<sup>845</sup> *Emmerich*, § 20 Rn. 24.

des UWG und verwischt die Trennung von Rechtswidrigkeit und Unlauterkeit.<sup>846</sup> Letztlich fusst sie auf einem diffusen Appell an das Gerechtigkeitsempfinden und dem Unbehagen, Gesetzesverstöße nicht zu sanktionieren.<sup>847</sup>

Kann der Gedanke des Wettbewerbsvorsprungs somit nicht aus sich heraus die Unlauterkeit begründen, so kann er jedoch im Rahmen der erforderlichen Interessenabwägung nutzbar gemacht werden.<sup>848</sup> Dabei geht es jedoch nicht um die Bewertung der Zielrichtung des Handelns, sondern um die Betrachtung wahrscheinlicher Auswirkungen auf das Marktgeschehen als Indiz für eine wettbewerbsrelevante Beeinträchtigung. Erzielt der Handelnde keinen Vorsprung, so kann die Bewertung seines Verhaltens tendenziell eher dem Markt überlassen werden. Dies kann jedoch nur im Rahmen der Würdigung des Gesamtverhaltens in der jeweiligen konkreten Wettbewerbssituation erfolgen.

Im Ergebnis ist festzuhalten, dass der Rechtsbruchtatbestand keine Besonderheiten für die Feststellung der Spürbarkeit aufwirft. Die Begrenzung des Tatbestandes hat vorrangig über die Merkmale des § 4 Nr. 11 UWG zu erfolgen, die prinzipiell restriktiv zu handhaben sind, wenn der Tatbestand nicht konturlos werden soll. Das Erfordernis einer wettbewerbsbezogenen Interessenabwägung im Einzelfall wird durch die Erfordernisse der Primärnorm nicht verdrängt, sondern tritt daneben.

### 3. Die Spürbarkeit im Rahmen der Irreführungstatbestände

Weiterhin ist der Bedeutung der Spürbarkeit der Interessenbeeinträchtigung für die Irreführungstatbestände (§§ 5, 5a UWG) nachzugehen. Der Fokus liegt dabei auf dem Verhältnis zu den bisherigen Beschränkungskonzepten.

Die Irreführungstatbestände sollen verhindern, dass der Abnehmer – insbesondere der Verbraucher – eine Marktentscheidung aufgrund unzureichender, missverständlicher oder falscher Information trifft.<sup>849</sup> Derartige Fehlvorstellungen beeinträchtigen den Wettbewerbsprozess, indem sie verhindern, dass die Abnehmer ihre „Schiedrichterrolle“ sachgerecht ausüben können. Der Wettbewerb kann sich damit nicht funktionsgetreu entfalten. *Beater* stellt dazu fest: „*Es soll sich der Anbieter durchsetzen, der die Wünsche der Kunden am besten erfüllt, nicht dagegen derjenige, der die Kunden am besten täuscht.*“<sup>850</sup> Der Anbieter ist daher in besonderem Maße der Wahrheit und Klarheit bei der Kommunikation am Markt verpflichtet.<sup>851</sup> Zugleich erhöht der Schutz vor Irreführungen die allgemeine Markttransparenz und macht damit den Wettbewerbsprozess funktionsfähiger.

Gleichzeitig ist allgemein anerkannt, dass das Lauterkeitsrecht den Abnehmer nicht vor jeglicher Fehlvorstellung schützen kann und soll. Zwar besteht kein schutzwürdiges, wettbewerbsfunktionales Interesse an der Verbreitung unwahrer oder irreführender Angaben, jedoch kann ein zu rigides und schematisches Verbot irreführender geschäftlicher Handlungen wettbewerbshemmend wirken, indem die Möglichkeiten der unternehmerischen Kommunikation am Markt unnötig eingeschränkt werden. Damit

---

<sup>846</sup> Vgl. *Ohly*, WRP 2008, 177 (183 f.).

<sup>847</sup> Ähnlich *Beater*, Rn. 2489 ff.

<sup>848</sup> Vgl. *Hasselblatt* in: Gloy/Loschelder/Erdmann, § 58 Rn. 25.

<sup>849</sup> *Fezer/Peifer*, § 5 Rn. 258; St. Rspr., vgl. BGH GRUR 2003, 628 (630) – *Klosterbrauerei*; BGH GRUR 2000, 914 (915) – *Tageszulassung II*.

<sup>850</sup> *Beater*, Rn. 1175.

würde aber ein wesentlicher Wettbewerbsparameter negiert. Sack bemerkt hierzu: „Es gibt kaum eine Werbeaussage, die nicht geeignet ist, irgendeinen Werbeadressaten aus irgendwelchen Gründen irrezuführen.“<sup>852</sup> Tatsächlich schafft erst die unternehmerische Information in vielen Fällen erst die Tatsachengrundlage für die Marktentscheidung der Gegenseite, z.B. indem sie über bestehende Angebote informiert und damit Entscheidungsalternativen aufzeigt. Eine übermäßige Beschränkung der Marktkommunikation greift damit in einen Kernbereich der wettbewerblichen Handlungsfreiheit des Unternehmers ein. Dies gilt ebenfalls, wenn man dem Unternehmer Informationspflichten auferlegt. Eine umfassende Information des Abnehmers scheitert regelmäßig bereits an den Anforderungen des verwendeten Mediums.

Es ist daher unbestritten, dass die Irreführungstatbestände nicht absolut gelten können.<sup>853</sup> Irreführungsschutz ist kein Wahrheitsschutz um jeden Preis, die Wahrheit wird im geschäftlichen Verkehr nicht um ihrer selbst willen geschützt. Die Rechtsprechung hat daer zu § 3 UWG a.F. zur Beschränkung der Irreführung ein System von Wertungen entwickelt, das auf die Vermeidung unverhältnismäßiger Verbote hinausläuft. Zu nennen sind hier vor allem die ungeschriebenen Tatbestandsmerkmale der Marktentscheidungsrelevanz und der Interessenabwägung.

Marktentscheidungsrelevanz bedeutet, dass eine Irreführung nur unlauter ist, soweit sie sich auf die Entscheidung des Abnehmers auswirken kann. Die Marktgegenseite wird als Ausdruck des wettbewerbsfunktionalen Schutzzwecks nur vor solchen Fehlvorstellungen geschützt, die für ihre Entscheidungsgrundlage von Bedeutung sind. Nebensächlichkeiten, die für die Entscheidung keine Bedeutung haben, bekümmern das Lauterkeitsrecht nicht.<sup>854</sup> Die Relevanz trifft damit eine Aussage über die Schutzwürdigkeit der Fehlvorstellung des Adressaten. Bei der darin beschlossenen Wertung kommt dem Verständnis von der irreführenden Angabe maßgebliche Bedeutung zu, wobei wiederum das Leitbild vom jeweiligen Marktteilnehmer – insbesondere dem Verbraucher – eine zentrale Rolle spielt. Darüber hinaus hat die Rechtsprechung weitere Kriterien entwickelt, welche bei der Beurteilung der Schutzwürdigkeit der Fehlvorstellung herangezogen werden können. Neben der Prüfung der Beeinflussungseignung gehören hierzu die Heranziehung von Irreführungsquoten und die Abwägung der Interessen der beteiligten Marktteilnehmer. Diese Kriterien sind eng miteinander verknüpft und lassen sich nicht scharf voneinander trennen. In der Folge handelt es sich bei der Irreführungsrelevanz um einen Begriff mit recht unscharfen Konturen.<sup>855</sup>

Als weitere Einschränkung des Irreführungsverbots ist – wie schon angeklungen – auch den Interessen des geschäftlich Handelnden Raum zu geben. Die Rechtsprechung hat das Vorliegen einer Irreführung daher vor dem UWG 2004 von einer Interessenabwägung bzw. Gesamtwürdigung abhängig

---

<sup>851</sup> Vgl. *Emmerich*, § 14 Rn. 6; *Fezer/Peifer*, § 5 Rn. 48.

<sup>852</sup> *Sack*, WRP 2004, 521 (521).

<sup>853</sup> Vgl. *Sack*, WRP 2004, 521 (521 ff.).

<sup>854</sup> St. Rspr., vgl. BGH GRUR 2003, 628 (Tz. 630) – *Klosterbrauerei*; BGH GRUR 2000, 914 (915) – *Tageszulassung II*, BGH GRUR 2012, 208 (212 Tz. 31) – *10% Geburtstags-Rabatt*.

<sup>855</sup> Vgl. *Beater*, Rn. 1391.

gemacht.<sup>856</sup> Damit hat sich zugleich anerkannt, dass das Anliegen des Irreführungsverbots mit legitimen Interessen des Werbenden kollidieren kann. Angaben im geschäftlichen Verkehr, die an sich die Gefahr einer relevanten Irreführung begründen können, können demnach ausnahmsweise zulässig sein, wenn gewichtige schutzwürdige Interessen des Handelnden bestehen, denen nur ein geringes Interesse der Abnehmer an einem Verbot gegenübersteht.<sup>857</sup> Mögliche Fälle sind beispielsweise ein sachlich gerechtfertigtes Informationsinteresse<sup>858</sup> oder ein wertvoller Besitzstand des Handelnden.<sup>859</sup>

Mit der Neufassung des UWG ist nun die Frage aufgetaucht, wie sich die oben skizzierten ungeschriebenen Tatbestandsmerkmale zur Spürbarkeitsklausel verhalten. Zu dieser Frage lassen sich verschiedene Positionen ausmachen. Die Rechtsprechung sowie die überwiegende Meinung im Schrifttum tendiert dazu, die aufgeführten Beschränkungsmerkmale der Irreführung weiterhin im Rahmen des Irreführungstatbestandes zu prüfen und damit gedanklich von der Spürbarkeit zu trennen. Das Relevanzforderndes wird als „eigenständige Bagatellschwelle“ des Irreführungstatbestandes gedeutet.<sup>860</sup> Begründet wird dies mit der Stellung der Entscheidungsrelevanz als besonderem Strukturmerkmal der Irreführung.<sup>861</sup>

Im Schrifttum wird demgegenüber zum Teil vertreten, dass die Spürbarkeitsklausel nunmehr die oben geschilderten Einschränkungen ganz oder zum Teil erfasst.<sup>862</sup> Die Befürworter einer solchen Lösung berufen sich einerseits auf den Wortlaut und die Systematik der §§ 3, 5 f. UWG. Die Relevanz der Angabe für die Kaufentscheidung werde nur für den Fall einer Irreführung durch Verschweigen tatbestandlich verankert, § 5a II UWG. In diesen Fällen definiere die Relevanz den Umfang der tatbestandlich zusätzlich erforderlichen Aufklärungspflicht. Für alle übrigen Fälle der Irreführung sei das Relevanzforderndes über § 3 UWG zu berücksichtigen.<sup>863</sup> Zum anderen verfolge die Spürbarkeitsklausel erkennbar das Ziel, den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Rahmen der Abwägung von Werbefreiheit und Lauterkeitsrecht zur Geltung zu bringen. Sie verfolge damit das gleiche Ziel wie das Beschränkungskonzept der Interessenabwägung.<sup>864</sup> Dementsprechend sei auch die Prüfung einer ergänzenden Interessenabwägung im Rahmen der Spürbarkeitsklausel vorzunehmen.<sup>865</sup>

Bei kritischer Würdigung löst die Gleichsetzung von Relevanz und Spürbarkeit viel Sympathie aus. Sie hat für sich, dass sie der gesetzlichen Konzeption besser Rechnung trägt. Die ungeschriebene Veror-

---

<sup>856</sup> Z.B. BGH GRUR 1966, 445 (449) – *Glutamal*; BGH GRUR 1971, 313 (315) – *Bocksbeutelflasche*, vgl. *Beater*, Rn. 1424 ff.; GK-UWG/*Lindacher*, § 5 Rn. 268; ausführlich *Wuttke*, Rn. 260 ff.

<sup>857</sup> St. Rspr. z.B. BGH GRUR 1957, 285 (287) – *Erstes Kulmbacher*; BGH GRUR 1965, 96 (98 f.) – *20% unter dem empfohlenen Richtpreis*; BGH GRUR 1966, 445 (4449) – *Glutamal*; BGH GRUR 1971, 313 (315 f.) – *Bocksbeutelflasche*; BGH GRUR 1983, 32 (34) – *Stangenglas I*; BGH GRUR 2003, 628 (630) – *Klosterbrauerei*.

<sup>858</sup> *Sack* WRP 2004, 521 (528); ähnlich *Emmerich*, § 14 Rn. 64: Der Unternehmer muss auf seine Existenz und seine Tätigkeit hinweisen dürfen.

<sup>859</sup> BGH GRUR 2003, 628 (630 f.) – *Klosterbrauerei*.

<sup>860</sup> St. Rspr. vgl. BGH GRUR 2009, 888 Tz. 18 – *Thermoroll*; BGH GRUR 2012, 208 (212 Tz. 31) – *10% Geburtstags-Rabatt* jeweils m. w. N.; *Köhler/Bornkamm*, § 5 Rn. 2.169 i.V.m. Rn. 2.20 f.; *Köhler* GRUR 2010, 767 (770); *Köhler* GRUR 2005, 1 (6); s.a. GK-UWG/*Lindacher*, § 5 Rn. 269 f. mit Darstellung des Streitstandes bezüglich der Interessenabwägung.

<sup>861</sup> GK-UWG/*Lindacher*, § 5 Rn 241 ff.

<sup>862</sup> Für völlige Deckungsgleichheit *Helms*, in: *Gloy/Loschelder/Erdmann*, § 59 Rn. 166; *ders.*, in: *FS Bechtold*, S. 168; für eine weitgehende Einbeziehung der Interessenabwägung auch *Fezer/Peifer*, § 5 Rn. 263 f.

<sup>863</sup> *Helms*, in: *FS Bechtold*, S. 168; iErg. auch *Harte/Henning/Dreyer*, § 5 B Rn. 161.

<sup>864</sup> *Fezer/Peifer*, § 5 Rn. 263 f.

<sup>865</sup> differenzierend *Fezer/Peifer*, § 5 Rn. 264.



tung der Relevanz in § 5 UWG beruht auf der Annahme, dass es sich um ein spezifisches Erfordernis des Irreführungstatbestandes handelt. Dies kann jedoch allenfalls für den Fall der Irreführung durch Unterlassen gem. § 5a UWG gelten, soweit es um die tatbestandliche Begründung von Aufklärungspflichten geht. Im Übrigen ist die Entscheidungsrelevanz aber Ausdruck einer wettbewerbsfunktionalen Schutzzweckorientierung, die allen Unlauterkeitstatbeständen zugrunde liegt. Eine Einschränkung der Wettbewerbsfreiheit des geschäftlich Handelnden soll nur insoweit erfolgen, als dies für die Erhaltung des Wettbewerbsprozesses erforderlich ist. So betont die UGP-Richtlinie auch für aggressive Geschäftspraktiken und für die Generalklausel die Notwendigkeit, dass die Geschäftspraktik geeignet sein muss, den Verbraucher zu einer Entscheidung zu veranlassen, „*die er anderenfalls nicht getroffen hätte*“. Indem der Gesetzgeber des UWG dieses Merkmal in § 3 II UWG niedergelegt hat, hat er es abweichend von der UGP-Richtlinie „vor die Klammer gezogen“.<sup>866</sup> Dieser Regelungstechnik ist bei der Normanwendung Rechnung zu tragen. Für § 3 I UWG kann dann nichts anderes gelten.

Hiergegen lässt sich auch nicht der Wille des Gesetzgebers ins Feld führen. Dieser hat anlässlich der UWG-Reformen 2004 und 2008 hierzu nicht ausdrücklich Position bezogen. In den Gesetzesmaterialien findet sich zwar der Hinweis, dass die durch Irreführung entstandene Fehlvorstellung für den Kaufentschluss maßgebliche Bedeutung haben muss, jedoch wird auf dieses Relevanzerfordernis oder seine normtextliche Verortung im Folgenden nicht näher eingegangen.<sup>867</sup> Die Erklärung zu § 5 I UWG enthält nur den lapidaren Hinweis, dass die Verfolgung von Bagatellverstößen durch § 3 UWG 2004 ausgeschlossen ist.<sup>868</sup> Trotz Kenntnis der Rechtsprechung hat der Gesetzgeber jedoch auf eine ausdrückliche Normierung des Relevanzerfordernisses und anderer bisher ungeschriebener Tatbestandsmerkmale der Irreführung verzichtet.

Die Darstellung des Streits verdeckt allerdings, dass im Ergebnis die inhaltlichen Gemeinsamkeiten der beiden Positionen überwiegen. Letztlich wird nur um den dogmatischen Zuschnitt der einzelnen Tatbestandsmerkmale der Irreführungstatbestände gerungen. Es besteht jedoch weitgehend Einigkeit über die einzubeziehenden Topoi. Dementsprechend wird auch die Notwendigkeit einer Relevanzprüfung im Allgemeinen, ebenso wie ihre inhaltliche Ausrichtung, von keiner Seite ernsthaft bestritten.

Legt man das hier vertretene monistische Verständnis der Unlauterkeit zugrunde, erweist sich die dogmatische Verortung der Relevanzprüfung ohnehin als Scheinproblematik. Bei Lichte besehen bestärkt die Kontroverse um den Standort von Relevanzprüfung und Interessenabwägung sogar die hier vertretene Position einer einheitlichen Betrachtung. Diese erlaubt eine fließende Einbeziehung der unstreitigen Topoi und vermeidet zugleich irritierende Redundanzen und Doppelwertungen.

Davon profitiert auch die Verortung der Interessenabwägung im Rahmen der Irreführung. Ihre Zuordnung als Konkretisierung des Irreführungstatbestandes,<sup>869</sup> eigenständige tatbestandsnachgeschaltete

---

<sup>866</sup> Vgl. Harte/Henning/Dreyer, § 5 B Rn. 161.

<sup>867</sup> BTDrucks. 15/1487, S. 19 li. Sp.

<sup>868</sup> BTDrucks. 15/1487, S. 19 re. Sp.

<sup>869</sup> BGH GRUR 2003, 628 – *Klosterbrauerei*; s.a. BGH WRP 2012, 1526 – *Über 400 Jahre Brautradition*; iErg. auch Boesche, Rn. 262.

Prüfung<sup>870</sup> oder Ausdruck der Verhältnismäßigkeit im Rahmen der Spürbarkeit,<sup>871</sup> dürfte in einem dualistischen System ohnehin nicht bruchlos möglich sein. Allerdings ist zu beachten, dass die inhaltliche Ausgestaltung dieses Merkmals unterschiedlich ausfallen kann, je nachdem ob der Anwendungsbereich der UGP-Richtlinie eröffnet ist und damit § 3 II UWG Anwendung findet. Dieser kann sich zu Gunsten der Verbraucherinteressen restriktiver auf die Handlungsfreiheit des Handelnden auswirken.<sup>872</sup> Zudem nimmt bereits der Maßstab des Durchschnittsverbrauchers die Interessenabwägung in weiten Teilen vorweg.<sup>873</sup>

Im Ergebnis sollte jedenfalls das Konzept eigenständiger, ungeschriebener Beschränkungsmerkmale des Irreführungstatbestandes aufgegeben werden. Die darin zum Ausdruck kommenden Wertungen sind bei wettbewerbsfunktionaler Betrachtung bereits im Verständnis der gesetzlichen Tatbestandsmerkmale aufgehoben und auch dort zu entfalten. Die strukturellen Parallelen gegenüber den Generalklauseln treten dadurch stärker hervor und führen zu einer harmonisierenden Rückbindung.

#### 4. Die Tatbestände der vergleichenden Werbung gem. § 6 UWG – Spürbarkeit als punktuelle europarechtliche Systemwidrigkeit?

Im Rahmen der Beispiels- und Spezialtatbestände stellt sich zudem die Frage nach der Berücksichtigung der Spürbarkeitsschwelle bei Verstößen gegen § 6 UWG. Nach der Gesetzestechnik des UWG begründet auch hier der Verstoß gegen eines der Merkmale des § 6 II UWG zunächst nur die Unlauterkeit des Werbevergleichs, jedoch muss auch hier noch die Spürbarkeit hinzutreten, damit die vergleichende Werbung unzulässig ist. Zweifel an der Richtigkeit dieser Prüfung ergeben sich jedoch vor dem Hintergrund des supranationalen Ursprungs dieses Unlauterkeitstatbestandes. Es ist daher der Frage nachzugehen, ob die supranationalen Vorgaben zur vergleichenden Werbung einer Spürbarkeitsprüfung entgegenstehen. Hierzu ist näher auf den Regelungszweck der Irreführungsrichtlinie und ihr Verhältnis zur UGP-Richtlinie einzugehen.

##### a) *Korrigierende Auslegung aufgrund der Werberichtlinie?*

§ 6 UWG setzt die europäischen Anforderungen an vergleichende Werbung um. Diese wurden zuerst niedergelegt in der Richtlinie 97/55/EG über vergleichende Werbung (Werbe-Richtlinie)<sup>874</sup> als Änderung und Ergänzung der Richtlinie 84/450/EWG über irreführende Werbung.<sup>875</sup> Die Richtlinie 84/450/EWG erfuhr im Lauf der Zeit mehrere Änderungen, nicht zuletzt in wesentlichen Punkten durch die UGP-Richtlinie 2005 und wurde daher „aus Gründen der Übersichtlichkeit und Klarheit“<sup>876</sup> mit Wir-

---

<sup>870</sup> Piper/Ohly/Sosnitza, § 5 Rn. 223; Fezer/Peifer, § 5 Rn. 263 ff.

<sup>871</sup> So wohl Helm, in: Gloy/Loschelder/Erdmann, § 5 Rn. 166; Wuttke, Rn. 409.

<sup>872</sup> Ausführlich Harte/Henning/Dreyer, § 5 B Rn. 197, der darin allerdings nicht zwingend eine Verschiebung des Ergebnisses sieht, vgl. Rn. 204 f.

<sup>873</sup> S.o. S. 117 f., vgl. auch Harte/Henning/Dreyer, § 5 B Rn. 197.

<sup>874</sup> Richtlinie 97/55/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 6. Oktober 1997 zur Änderung der Richtlinie 84/450/EWG über irreführende Werbung zwecks Einbeziehung der vergleichenden Werbung, ABI. Nr. L 290 vom 23.10.1997, S. 18 ff.

<sup>875</sup> Richtlinie 84/450/EWG des Rates vom 10. September 1984 zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über irreführende Werbung, ABI. Nr. L 250 vom 19.09.1984, S. 17 ff.

<sup>876</sup> ErwGrd. 1 der RL 2006/114/EG (s. nächste Fußnote).

kung zum 12.12.2007 durch die Richtlinie 2006/114/EG (Werbe-Richtlinie) neu gefasst und kodifiziert.<sup>877</sup>

Anders als das UWG bemisst die Werberichtlinie die Zulässigkeit des Werbevergleichs jedoch nicht anhand eines formal zweigliedrigen Verbotstatbestandes, sondern stellt einen abschließenden Katalog von Merkmalen auf, den vergleichende Werbung kumulativ erfüllen muss, um als zulässig zu gelten, Art. 4 Werbe-RL. Das UWG setzt diesen Katalog im Wesentlichen in § 6 II UWG um, wobei die Merkmale als alternative Unlauterkeitskriterien formuliert werden.<sup>878</sup>

Problematisch hieran ist, dass die Werberichtlinie hinsichtlich der Zulässigkeit des Werbevergleichs kein Relevanz- oder Spürbarkeitskriterium erfordert. Geht man mit der h.M. davon aus, dass umgekehrt ein Werbevergleich, der die Anforderungen des Katalogs des Art. 4 Werbe-RL nicht erfüllt, bereits deswegen unzulässig ist, so wäre das Erfordernis weiterer Voraussetzungen nicht richtlinienkonform und damit unstatthaft.<sup>879</sup> Insbesondere dürfte nicht das zusätzliche Überschreiten einer Spürbarkeitsschwelle gefordert werden. Durch die Einbindung in die Systematik des UWG koppelt § 6 II UWG das Verbot unzulässiger vergleichender Werbung jedoch an das zusätzliche Kriterium der spürbaren Interessenbeeinträchtigung und geht damit scheinbar über die Anforderungen des Art. 4 Werbe-RL hinaus. Mithin ist zu fragen, ob § 6 II UWG i.V.m. § 3 I UWG einer korrigierenden Auslegung im Hinblick auf das Erfordernis der Spürbarkeit bedarf.<sup>880</sup>

#### b) *Meinungsstand*

Die h.M. geht trotz des dargelegten Konflikts gleichwohl davon aus, dass die Umsetzung in § 6 II i.V.m. § 3 I UWG richtlinienkonform ist. Die Spürbarkeitsprüfung sei Ausdruck des auch supranational anerkannten Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit, welcher letztlich der Bagatellklausel des § 3 I UWG entspreche.<sup>881</sup> Auf die Werbe-RL gewendet sei eine entsprechende Erheblichkeitsprüfung also in Art. 4 Werbe-RL hineinzulesen.<sup>882</sup>

Andere Stimmen im Schrifttum wenden sich gegen eine entsprechende Auslegung der Werbe-RL. *Ohly* weist darauf hin, dass die Regelungstechnik der Werbe-RL nur sehr begrenzt Raum lasse für eine rechtspolitisch durchaus sinnvolle Verhältnismäßigkeitsprüfung, da die Werbe-RL die vergleichende Werbung an einem „*teilweise übergenaue Katalog detaillierter Zulässigkeitskriterien*“ messe.<sup>883</sup> Sie weicht dadurch erheblich von der Regelungstechnik der UGP-Richtlinie ab. Ein Rückgriff auf den europäischen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz hält auch *Sack* für ausgeschlossen.<sup>884</sup> Die supranationale Verhältnismäßigkeit sei bereits beim Erlass des Rechtsaktes durch den Richtliniengeber be-

---

<sup>877</sup> Richtlinie 2006/114/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12.12.2006 über irreführende und vergleichende Werbung (kodifizierte Fassung), ABl. EG Nr. L 376 vom 27. 12. 2006, S. 21 ff.

<sup>878</sup> Davon abweichend wurde Art. 4 lit. a) Werbe-RL in § 5 UWG einbezogene und Art. 4 lit. e) gar nicht umgesetzt, da letztere Norm für überflüssig gehalten wurde, vgl. *Köhler/Bornkamm*, § 6 Rn. 5.

<sup>879</sup> Zur Qualität des Art. 4 Werbe-RL als Verbotskatalog ausführlich GK-UWG/*Glöckner*, § 6 Rn. 288 ff.; **a.A.** *Harte/Henning/Sack*, § 6 Rn. 18 ff.; beide m.w.N. zum Meinungsstand.

<sup>880</sup> Vgl. GK-UWG/*Glöckner*, § 6 Rn. 586 f.; *Harte/Henning/Sack*, § 6 Rn. 237.

<sup>881</sup> *Emmerich*, § 7 Rn. 12, gleichsinnig *Fezer/Koos* § 6 Rn. 32; *Koos*, WRP 2005, 1096 (1101); *Lettl*, WRP 2004, 1079 (1119 f.).

<sup>882</sup> *Lettl*, WRP 2004, 1079 (1119f.); im Ergebnis auch *Köhler/Bornkamm*, § 6 Rn. 20 ff.

<sup>883</sup> *Ohly*, GRUR 2004, 889 (895 f.).

<sup>884</sup> *Harte/Henning/Sack*, § 6 Rn. 239; gleichsinnig GK-UWG/*Glöckner*, § 6 Rn. 590; s.a. *Peifer*, WRP 2011, 1 (6).

achtet worden und erfordere keine Korrektur durch den nationalen Gesetzgeber oder den Rechtsanwender.<sup>885</sup> Insofern bestünden strukturelle Parallelen zur „Schwarzen Liste“ der UGP-RL, deren Umsetzung in nationales Recht ebenfalls nicht durch Wesentlichkeits- oder Spürbarkeitsschwellen eingeschränkt werden dürfte. In richtlinienkonformer Reduktion sei die Spürbarkeitsschwelle daher nicht anzuwenden.<sup>886</sup> Gleichsinnig sieht auch Köhler die Regelung des § 6 II UWG als per-se-Verbot, die keine Relevanzprüfung im Einzelfall erfordere.<sup>887</sup>

Aus der Streitdarstellung ist ersichtlich geworden, dass sich die Frage nicht allein auf der Basis des UWG lösen lässt, sondern hierzu die Werberichtlinie in den Blick zu nehmen ist. Um deren Implikationen für die Umsetzung im UWG zu erfassen, müssen zum einen der Normcharakter des Katalogs des Art. 4 Werbe-RL sowie das Verhältnis zur UGP-RL näher untersucht werden. Hieraus lassen sich zwei konvergierende Lösungsansätze für das vorliegende Problem destillieren.

c) 1. Lösungsansatz: Der Normcharakter des Katalogs des Art. 4 Werbe-RL – Verbots- oder bloßer Zulässigkeitskatalog?

Das Erfordernis einer zusätzlichen Spürbarkeitsschwelle im UWG wäre unproblematisch, wenn es sich beim dem Katalog des Art. 4 Werbe-RL um einen bloßen Zulässigkeitskatalog handeln würde, der allein die gemeinschaftsweiten Voraussetzungen regelt, unter denen ein Werbevergleich zulässig ist. Dass Art. 4 Werbe-RL positive Zulässigkeitskriterien normiert, ist unstreitig.<sup>888</sup> Die herrschende Meinung im Schrifttum geht jedoch bei der Deutung des Normcharakters darüber hinaus und sieht in Art. 4 Werbe-RL zugleich einen Verbotskatalog.<sup>889</sup> Eine vergleichende Werbung, die die kumulativen Merkmale des Katalogs nicht erfüllt, wäre demnach ohne weiteres unzulässig und müsste von den Mitgliedsstaaten verboten werden. Die Vertreter dieser Ansicht lesen also ein ungeschriebenes „nur“ in den Einleitungssatz des Art. 4 II Werbe-RL.<sup>890</sup> Zur Begründung dieser Position wird auf den Vollharmonisierungsgedanken verwiesen, welcher der Richtlinie zu Grunde liege und einen Umkehrschluss rechtfertige.<sup>891</sup> Gestützt werde dies durch den Wortlaut und die Erwägungsgründe der Richtlinie. Die Mitgliedstaaten dürfen demnach die Zulässigkeit vergleichender Werbung nicht abweichend von der Richtlinie regeln und weder strengere noch großzügigere Maßstäbe anlegen.<sup>892</sup> Dieser Position hat sich auch der EuGH angeschlossen.<sup>893</sup>

Dennoch lassen sich Zweifel an der Richtigkeit dieser Argumentation nicht unterdrücken.<sup>894</sup> So kann zumindest aufgezeigt werden, dass der Wortlaut und die Erwägungsgründe der Richtlinie den Norm-

---

<sup>885</sup> Harte/Henning/Sack, § 6 Rn. 240; ebenso GK-UWG/Glückner, § 6 Rn. 590.

<sup>886</sup> Zugleich weist Sack aber darauf hin, dass ein zusätzliches Spürbarkeitserfordernis richtlinienkonform sei, wenn man Art. 4 der Werbe-RL entgegen der h.M. nur als Zulässigkeits- nicht jedoch zugleich als Verbotskatalog auffasse, Harte/Henning/Sack, § 6 Rn. 238. Dazu näher sogleich.

<sup>887</sup> Köhler, WRP 2008, 10 (11); Köhler, WRP 2013, 403 (408 f.) (Forderung nach einem selbständigen Verbotstatbestand de lege ferenda); im Ergebnis abweichend aber ders. in: Köhler/Bornkamm, § 6 Rn. 21.

<sup>888</sup> GK-UWG/Glückner, § 6 Rn. 288; Harte/Henning/Sack, § 6 Rn. 18.

<sup>889</sup> GK-UWG/Glückner, § 6 Rn. 288; Köhler/Bornkamm, § 6 Rn. 3; weitere Nachweise bei Harte/Henning/Sack, § 6 Rn. 20 mit Fn. 33.

<sup>890</sup> Drews, S. 185.

<sup>891</sup> GK-UWG/Glückner, § 6 Rn. 292 f.; Köhler, WRP 2013, 403 (408).

<sup>892</sup> Emmerich, § 7 Rn. 7.

<sup>893</sup> EuGH GRUR 533 (536 Tz. 37, 44) – Pippig Augenoptik/Hartlauer; EuGH GRUR 2011, 159 (161 Tz. 22) – Lidl/Vierzon.

<sup>894</sup> Maßgeblich hierzu Harte/Henning/Sack, § 6 Rn. 18 ff.; Sack WRP 2001, 327 (330 f.).

charakter als vollharmonisierten Verbotskatalog weder erfordern noch eindeutig erkennen lassen. Die Richtlinie spricht durchweg nur von der Zulässigkeit eines Werbevergleichs, ohne auf die Voraussetzungen der Unzulässigkeit einzugehen.<sup>895</sup> Der Richtlinie lässt sich nicht entnehmen, dass Werbung, die die Kriterien nicht erfüllt, bereits unzulässig sein soll. Zwar deutet Erwägungsgrund 9 Satz 1 an, dass eine Werbung, die die Katalogbedingungen des Art. 4 nicht erfüllt, den Wettbewerb verzerrt, Mitbewerber schädigt oder die Entscheidung des Verbrauchers negativ beeinflusst, jedoch zieht die Richtlinie hieraus keine normtextlichen Konsequenzen. Bezeichnenderweise betont Art. 1 nur die „Festlegung der Bedingungen für zulässige vergleichende Werbung“ als Schutzzweck der Richtlinie. Im Rahmen der Kodifikation als Richtlinie 2006/114/EG hätte es sich angeboten, in Kenntnis der Problemlage einen etwaigen Verbotscharakter der Richtlinie stärker zu betonen. Als Blaupause hätten hierbei die in derselben Richtlinie eingebetteten Regelungen zur Irreführung dienen können, welche unbestritten Verbotsnormen darstellen – unbeschadet der mit ihnen verfolgten bloßen Mindestharmonisierungsbestrebung, vgl. Art. 8 Abs. 1 Werbe-RL. Dieses Unterlassen kann nur dahingehend gedeutet werden, dass es dem Verfasser der Richtlinie nicht darum ging, Werbevergleiche zu untersagen, die die Anforderungen des Art. 4 Werbe-RL verfehlen.<sup>896</sup>

Bestärkt wird diese Interpretation des Normcharakters des Art. 4 Werbe-RL durch die Entstehungsgeschichte der Norm. Der erste Kommissionsvorschlag zu einer Richtlinie über vergleichende Werbung formulierte 1991 in Art. 3a: „*Vergleichende Werbung ist zulässig, sofern...*“.<sup>897</sup> Im zweiten Vorschlag der Kommission<sup>898</sup> wurde diese Passage auf Vorschlag des Europäischen Parlaments dahingehend abgeändert, dass vergleichende Werbung „*nur zulässig [ist], sofern folgende Bedingungen erfüllt sind.*“<sup>899</sup> Durch das eingefügte „nur“ lag der Verbotscharakter des Kriterienkatalogs klar auf der Hand. Jedoch wurde gerade dieses Wörtchen im gemeinsamen Standpunkt,<sup>900</sup> sowie in der späteren Endfassung der Richtlinie 97/55/EG wieder getilgt. Dies lässt sich nur so auffassen, dass der europäische Gesetzgeber bewusst von einem Verbotskatalog Abstand genommen hat, so dass Art. 4 Werbe-RL allein die Zulässigkeit vergleichender Werbung regelt, zugleich aber für andere Fälle und Formen des Werbevergleichs offen ist.<sup>901</sup>

Mit einer solchen Sichtweise harmonisiert auch das von der Richtlinie verfolgte Ziel der Liberalisierung der vergleichenden Werbung in den Mitgliedstaaten.<sup>902</sup> Die Richtlinie geht selbst davon aus, dass vergleichende Werbung den Verbraucher informieren und die Markttransparenz verbessern kann und

---

<sup>895</sup> Vgl. z.B. ErwGrd. 9, 11 sowie Art. 1, 4 Werbe-RL.

<sup>896</sup> Harte/Henning/Sack, § 6 Rn. 19.

<sup>897</sup> Vorschlag für eine Richtlinie des Rates über vergleichende Werbung und zur Änderung der Richtlinie 84/450 über irreführende Werbung, KOM (91) 147 endg., ABl. EG v. 11.7.1991, Nr. C 180, S. 14 (15) = GRUR Int 1991, 634 (635).

<sup>898</sup> Geänderter Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über vergleichende Werbung und zur Änderung der Richtlinie 84/450/EWG über irreführende Werbung, KOM (94) 151, endg., ABl. EG v. 19.5.1994, Nr. C 136, S. 4 (7).

<sup>899</sup> Hervorhebung durch den Verfasser.

<sup>900</sup> Gemeinsamer Standpunkt (EG) Nr. 29/96 vom Rat festgelegt am 19. März 1996 im Hinblick auf den Erlaß der Richtlinie 96/.../EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom ... zur Änderung der Richtlinie 84/450/EWG über irreführende Werbung zwecks Einbeziehung der vergleichenden Werbung, ABl. EG v. 27.7.1996, Nr. C 219, S. 14 (16).

<sup>901</sup> Harte/Henning/Sack, § 6 Rn. 20; Sack, WRP 2001, 327 (330 f.); zustimmend Drews, S. 185.

<sup>902</sup> Dazu ausführlich Harte/Henning/Sack, § 6 Rn. 20; Sack, WRP 2001, 327 (330 f.); kritisch GK-UWG/Glöckner, § 6 Rn. 292.

damit den Binnenmarkt fördert.<sup>903</sup> Hiergegen lässt sich auch nicht einwenden, dass Art. 5 Werbe-RL die „unzulässige vergleichende Werbung“ kennt, deren Einstellung angeordnet bzw. deren Veröffentlichung untersagt werden kann. Daraus kann nicht bereits der Umkehrschluss gezogen werden, unzulässig sei jeder Werbevergleich, der die Voraussetzungen des Art. 4 Werbe-RL verfehlt. Dies wäre nur richtig, wenn die Werbe-RL neben der Liberalisierung zugleich eine Vollharmonisierung der vergleichenden Werbung bezwecken würde.

Das Ziel einer Vollharmonisierung lässt sich demgegenüber weder aus dem Normtext noch aus den Erwägungsgründen entnehmen.<sup>904</sup> Die Formulierungen sind insoweit sehr vage und mehrdeutig.<sup>905</sup> Die Kodifizierung in der RL 2006/114/EG hat diesbezüglich keine Klarheit gebracht, vielmehr wurden Erwägungsgründe, die bisher als Ausdruck eines Vollharmonisierungszwecks gesehen werden konnten, nicht aus der RL 97/55/EG übernommen.<sup>906</sup> Ambivalent ist auch Art. 8 I S. 2 Werbe-RL, auf den sich beispielsweise *Emmerich* und *Köhler* zur Begründung einer Vollharmonisierung stützen.<sup>907</sup> Ihm ist zunächst nur die Aussage zu entnehmen, dass im Gegensatz zur irreführenden Werbung die Mitgliedstaaten an die Zulässigkeit des Werbevergleichs keine strengeren Anforderungen stellen dürfen als die Richtlinie. Ähnlich wie Erwägungsgrund 11 kann dies auch so gedeutet werden, dass immer dann, wenn alle Zulässigkeitskriterien erfüllt sind, vergleichende Werbung von den Mitgliedstaaten nicht verboten werden darf.<sup>908</sup> Dass damit zugleich eine weitergehende, umfassende Vollharmonisierung bezweckt ist, erscheint nach dem vorstehend Dargelegten zweifelhaft.

Darüber vermag auch der Hinweis auf die Rechtsprechung des EuGH nicht hinwegzuhelfen, welcher in seinen Entscheidungen „*Toshiba/Katun*“<sup>909</sup>, „*Pippig Augenoptik/Hartlauer*“<sup>910</sup> und „*Lidl/Vierzon*“<sup>911</sup> implizit der Theorie eines Verbotskatalogs anhängt.<sup>912</sup> Der EuGH hat diese Entscheidung weder näher begründet noch sich mit dem zugrunde liegenden Problem näher befasst. In der Entscheidung „*Pippig Augenoptik/Hartlauer*“ zog er daraus vielmehr nur den weniger weitreichenden und unstreitigen Schluss, dass nationales Recht nicht strenger sein darf als die Richtlinie. Die für den hier dargelegten Streit entscheidende, umgekehrte Frage nach der abschließenden Harmonisierung der Unzulässigkeitsgründe ließ er jedoch offen.<sup>913</sup>

Zusammenfassend spricht also insbesondere die Entstehungsgeschichte der Werbe-Richtlinie dafür, den Katalog des Art. 4 Werbe-RL als bloßen Zulässigkeitskatalog aufzufassen, der keine abschließende Aufzählung der Gründe für einen unzulässigen Werbevergleich enthält. Folglich ist der nationale Gesetzgeber auch nicht daran gehindert, die Unzulässigkeit vergleichender Werbung an die weitere Voraussetzung zu knüpfen, dass eine Spürbarkeitsschwelle überschritten wird.

---

<sup>903</sup> Vgl. ErwGrd. 2, 5, 6 und 8 Werbe-RL; s.a. *Koos*, WRP 2005, 1096 (1096) sowie EuGH GRUR 2002, 354 (355 Tz. 36) – *Toshiba/Katun*.

<sup>904</sup> Ähnlich *Sack*, WRP 2001, 327 (330), a.A. GK-UWG/*Glöckner*, § 6 Rn. 292 f.; *Köhler*, WRP 2013, 403 (408).

<sup>905</sup> Ausführlich *Harte/Henning/Sack*, § 6 Rn. 28 ff.

<sup>906</sup> *Harte/Henning/Sack*, § 6 Rn. 28.

<sup>907</sup> *Emmerich*, § 7 Rn. 7; *Köhler*, WRP 2013, 403 (408) mit Fn. 31.

<sup>908</sup> Vgl. *Harte/Henning/Sack*, § 6 Rn. 26.

<sup>909</sup> EuGH GRUR 2002, 354 (355 Tz. 32, 33, 35) – *Toshiba/Katun*.

<sup>910</sup> EuGH GRUR 2003, 533 (536 Tz. 37, 44, 54, 70) – *Pippig Augenoptik/Hartlauer*.

<sup>911</sup> EuGH GRUR 2011, 159 (161 Tz. 27) – *Lidl/Vierzon*.

<sup>912</sup> Vgl. GK-UWG/*Glöckner*, § 6 Rn. 294.

<sup>913</sup> Vgl. *Harte/Henning/Sack*, § 6 Rn. 32.

d) 2. Lösungsansatz: Das systematische Zusammenspiel von Werbe-RL und UGP-RL

Bei der Lösung des aufgeworfenen Problems ist schließlich auch ein systematischer Blick auf das Zusammenspiel der Werbe- und der UGP-Richtlinie zu werfen. Beide Richtlinien sind aufgrund Ihrer Thematik und Ihrer Entstehungsgeschichte eng miteinander verknüpft.<sup>914</sup>

Die UGP-RL enthält keine unmittelbare Regelung der vergleichenden Werbung, diese erscheint bspw. nicht als eigenständiger Fall einer unlauteren Geschäftspraktik. Lediglich im Zusammenhang mit der Irreführung weist die Richtlinie darauf hin, dass auch bei vergleichender Werbung die Gefahr einer Verwechslung mit der Leistung eines Mitbewerbers eine unlautere Irreführung begründen kann, Art. 6 Abs. 2 lit. a) UGP-RL.

Es liegt der Schluss nahe, dass ein Verstoß gegen die Kriterien der Werbe-RL im Übrigen damit zumindest im b2c-Bereich keine unlautere Handlung darstellt.<sup>915</sup> Dies trifft jedoch nur zu, falls die UGP-RL sämtliche Geschäftspraktiken erfasst, die sich an Verbraucher richten oder diese erreichen. Dabei werden aber der Anwendungsbereich der UGP-RL und ihr Verhältnis zu anderen Markverhaltensregeln des europäischen Sekundärrechts verkannt. Von der UGP-RL werden von vornherein nur Geschäftspraktiken erfasst, die die wirtschaftlichen Interessen der Verbraucher beeinträchtigen.<sup>916</sup> Die Beurteilung von Geschäftspraktiken, die wirtschaftliche Verbraucherinteressen nicht unmittelbar beeinträchtigen, wird ausgeblendet.<sup>917</sup> Zudem stellt die UGP-Richtlinie gerade keine Konsolidierung allgemeiner Marktverhaltensregeln dar.<sup>918</sup> Ausweislich Art. 3 Abs. 4 UGP-RL ist sie nachrangig gegenüber spezielleren supranationalen Regelungen unlauterer Geschäftspraktiken. Hierzu zählen nach den Erwägungsgründen auch die Bestimmungen über vergleichende Werbung.<sup>919</sup>

Auf die Beurteilung vergleichender Werbung gewendet kann also nur der Schluss gezogen werden, dass ein Werbevergleich, soweit er nicht irreführt, nach der UGP-RL nicht die wirtschaftlichen Interessen der Verbraucher beeinträchtigt. Die UGP-Richtlinie zeichnet jedoch keine Bewertung der Geschäftspraxis nach anderen supranationalen Regeln vor und trifft damit mittelbar auch keine Aussage, ob der Katalog der Werbe-RL nur Zulässigkeits- oder auch zugleich Verbotskriterien normiert. Dem steht auch nicht entgegen, dass sich der Zweck der Werbe-RL auf den Schutz der Gewerbetreibenden beschränkt. Dies bedeutet nämlich nicht, dass nur Werbung, die sich an Gewerbetreibende wendet, der Werbe-RL unterfällt. So differenziert die Richtlinie beim Werbevergleich nicht nach dem Adressaten. Sie geht vielmehr davon aus, dass vergleichende Werbung sich regelmäßig an Verbraucher wendet.<sup>920</sup> Somit bleibt für die Regelung der vergleichenden Werbung die Werbe-RL maßgeblich.<sup>921</sup> Dies bedeutet freilich im Umkehrschluss, dass der Vergleich der Anwendungsbereiche beider Richtlinien zur Klärung der in Streit stehenden Frage weniger beitragen kann, als erhofft.

---

<sup>914</sup> Vgl. *Glöckner/Henning-Bodewig*, WRP 2005, 1311 (1312 f., 1330); s.a. ErwGrd. 3 UGP-RL

<sup>915</sup> So *Drews*, S. 186 ff.

<sup>916</sup> Ausführlich *Dohrn*, Rn. 34, 69ff., 77ff., 116ff.; weitergehend *Veelken*, WRP 2004, 1 (7).

<sup>917</sup> Vgl. ErwGrd. 8 S. 3 und 4 UGP-RL.

<sup>918</sup> *Glöckner/Henning-Bodewig*, WRP 2005, 1311 (1313)

<sup>919</sup> Vgl. ErwGrd. 6, S. 4 UGP-RL.

<sup>920</sup> Vgl. ErwGrd 4, 8 sowie Art. 4 lit. a) Werbe-RL

<sup>921</sup> Ebenso *Veelken*, WRP 2004 1, (7).

Den entscheidenden Impuls liefert jedoch ein Vergleich der Schutzniveaus beider Richtlinien. Soweit vergleichende Werbung in den Anwendungsbereich der UGP-RL fällt, bemisst sich nämlich die Unlauterkeit an den Maßstäben dieser Richtlinie. Exemplarisch zeigt dies der bereits benannte Art. 6 Abs. 2 lit. a) UGP-RL, auch Art. 4 lit. a) Werbe-RL verweist hinsichtlich der Irreführung von Verbrauchern auf diese Maßstäbe. Diese Maßstäbe erfordern aber durchgehend eine Spürbarkeit im Sinne der Entscheidungsumlenkung des Durchschnittsverbrauchers. Damit ist in jedem Fall eine Berücksichtigung aller tatsächlichen Umstände des konkreten Einzelfalls erforderlich.<sup>922</sup>

Folgte man der Theorie vom Verbotskatalog-Charakter des Art. 4 Werbe-RL, so würde aber eine Missachtung desselben stets zur Unzulässigkeit der vergleichenden Werbung führen. Insbesondere dort, wo tatbestandlich kein Raum für eine Interessenabwägung bleibt oder der Katalog sich explizit auf die UGP-RL bezieht, würde sich der Normcharakter einem per-se-Verbot annähern.

Dies führt aber zu einem Wertungswiderspruch. Die allein auf den Schutz der Gewerbetreibenden gerichtete Werbe-RL wäre damit strenger als die UGP-RL, welche gerade ein hohes Verbraucherschutzniveau anstrebt und primär den Schutz der Verbrauchersouveränität bezweckt. Das Gewerbetreibende demnach ein höheres Schutzniveau genießen als Verbraucher, will nicht recht einleuchten. Ebenso scheint es wenig überzeugend, dass durch die Werbe-RL tendenziell per-se-Verbote geschaffen werden sollen, obwohl hiermit unverkennbar die Liberalisierung der vergleichenden Werbung angestrebt wird.<sup>923</sup>

Im Ergebnis sind jedenfalls zur Vermeidung der aufgezeigten Wertungswidersprüche die Schutzniveaus der Richtlinien einander anzupassen. Dies erfordert wiederum, eine Erheblichkeitsprüfung in den Tatbestand des Art. 4 Werbe-RL hineinzulesen. Freilich wäre es vorzugswürdig, wenn diese zusätzliche, ungeschriebene Schwelle auch normtextlich verankert würde.<sup>924</sup>

Ist demnach eine Erheblichkeitsprüfung im Rahmen der Werbe-RL bereits supranational geboten, so kann der nationale Gesetzgeber die Unzulässigkeit der vergleichenden Werbung vom Überschreiten einer Erheblichkeitsschwelle abhängig machen, ohne den Boden richtlinienkonformer Umsetzung zu verlassen.

Eine korrigierende Auslegung des § 6 UWG im Hinblick auf das Spürbarkeitserfordernis ist demnach nicht erforderlich.

## 5. Die Tatbestände der belästigenden Werbung gem. § 7 UWG

Nur der Vollständigkeit halber sei ein kurzer Blick auf § 7 UWG geworfen. Es wurde bereits dargelegt, dass dieser eine Ausnahme von der Schutzzweck-Systematik des UWG darstellt und demnach nicht am allgemeinen Spürbarkeitsmaßstab des § 3 UWG zu messen ist.<sup>925</sup> Das UWG 2008 hat diese Ei-

---

<sup>922</sup> Vgl. EuGH EuZW 2010, 947 (949 Tz. 35 f.) – *Mediaprint*; EuGH GRUR Int 2011, 853 Tz. 38 f. – *Wamo*; EuGH GRUR Int 2013, 936 (937 Tz. 29 f.) – *Euronics Belgium*; s.a. EuGH GRUR 2010, 244 (246 Tz. 44 ff.) – *Plus Warenhandels-gesellschaft*.

<sup>923</sup> Vgl. *Harte/Henning/Sack*, § 6 Rn. 25; *Sack*, WRP 2001, 327 (330); a.A. *GK-UWG/Glöckner*, § 6 Rn. 292.

<sup>924</sup> *Harte/Henning/Sack*, § 6 Rn. 249; für eine an der UGP-RL orientierte Spürbarkeitsprüfung auch *Köhler/Bornkamm*, § 6 Rn. 20 ff.; *GK-UWG/Glöckner*, § 6 Rn. 595 ff.

<sup>925</sup> Dazu bereits oben S. 25.



genständigkeit auch normtextlich unterstrichen, indem § 7 UWG zum selbständigen Unzulässigkeits-tatbestand aufgewertet wurde. Nach wohl herrschender Ansicht enthält die Norm mit dem Merkmal der „Unzumutbarkeit“ eine eigene Relevanzklausel.<sup>926</sup> Diese unterscheidet sich aber bereits terminologisch von der hier untersuchten Spürbarkeit. Die normative Binnensystematik legt zudem nahe, dass der Anknüpfungspunkt der damit verbundenen Wertung sich von dem der Spürbarkeit nach § 3 UWG erheblich unterscheidet. So können im Rahmen der dort vorzunehmenden Abwägung andere Gesichtspunkte zum Tragen kommen, beispielsweise kann dort stärker ins Gewicht fallen, wer die Kosten der werblichen Ansprache zu tragen hat.<sup>927</sup> Im Rahmen der angestellten Untersuchung soll dies aber nicht vertieft betrachtet werden.

## 6. Die Katalogtatbestände des UWG-Anhangs („Schwarze Liste“)

Der Anhang zu § 3 III UWG wird allgemein als „Schwarze Liste“ bezeichnet. Er enthält in Umsetzung der UGP-Richtlinie eine Reihe von Katalogtatbeständen ohne Spürbarkeitsprüfung, welche gem. § 3 III UWG stets unzulässig sind. Entsprechend der Bestimmung der Unzulässigkeit gem. § 3 I UWG erfolgt damit keine Prüfung der Spürbarkeit, auf ein Überschreiten der Spürbarkeitsschwelle kommt es nicht an.<sup>928</sup> Mangels Wertungsmöglichkeit liegt die Einordnung als „*per-se-Verbote ohne Relevanzprüfung, also Verbote ohne Wertungsvorbehalt*“<sup>929</sup> nahe.

Eine Verknüpfung mit der Spürbarkeitsklausel nach § 3 Abs. 1 UWG kann damit nur dergestalt hergestellt werden, dass es sich um Ausprägungen des rechtstaatlichen Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes handeln, die sich jedoch gesetzestechisch erheblich unterscheiden. In den Generalklauseln und den Beispiels- bzw. Katalogtatbeständen wird die Verhältnismäßigkeit insbesondere durch einzelfallbezogene Relevanzprüfungen verwirklicht und damit dem Rechtsanwender übertragen. Bei der „Schwarzen Liste“ hingegen hat der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit bereits in den Tatbeständen mit ihrem hohen Grad an Detaillierung und Differenzierung seinen Niederschlag gefunden.<sup>930</sup> Eine Relevanzprüfung durch den Rechtsanwender im Einzelfall ist damit nicht mehr statthaft. Wertungsspielräume bestehen für diesen insofern nur, als dass die einzelnen Tatbestände wiederum zahlreiche unbestimmte Rechtsbegriffe enthalten, die jeder für sich unter Beachtung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit auszulegen sind.

Berührungspunkte zwischen der Spürbarkeitsklausel und dem UWG-Anhang bestehen also nur insoweit, als dass in beiden Bereichen der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit als rechtsstaatliches Prinzip seinen Ausdruck findet. In der „Schwarzen Liste“ hat dieses Prinzip jedoch durch den bewussten Verzicht auf eine Relevanzklausel oder eine entsprechende Verweisung strukturell eine andere Ausprägung gefunden.

---

<sup>926</sup> BTDrucks. 16/10145, S. 28 re. Sp.; vgl. BGH GRUR 2010, 939 Tz. 18 – *Telefonwerbung nach Unternehmenswechsel*.

<sup>927</sup> Vgl. Fezer/Mankowski, § 7 Rn. 72; GK-UWG/Pahlow, Rn. 38 ff.

<sup>928</sup> Piper/Ohly/Sosnitza, Anh. zu § 3 Abs. 3, Rn. 3.; BTDrucks. 16/10145, S. 30 re. Sp.

<sup>929</sup> Scherer, WRP 2011, 393 (399).

<sup>930</sup> Scherer, WRP 2011, 393 (399 f.).

Eine Rückwirkung auf die Auslegung der Spürbarkeitsklausel des § 3 I UWG kann daher nur indirekt erfolgen, nämlich soweit die Tatbestände des Anhangs zur Ausformung des gesetzlichen Telos beitragen, in dessen Licht sämtliche Normen auszulegen sind.

#### IV. Zusammenfassung

Die Betrachtung der normkontextlichen Folgen eines abwägungsorientierten, monistischen Spürbarkeitsverständnisses hat erbracht, dass sich dieses auch mit der Verbrauchergeneralklausel und den Beispiels- und Spezialtatbeständen des UWG vereinbaren lässt. Im Normkontext des UWG führt dies nicht zu einem Systembruch, sondern erlaubt umgekehrt die Integration supranationaler wie genuin nationaler Problemstellungen.

## Kapitel 6: Darlegungs- und Beweislast

Zum Abschluss der Untersuchung ist nach der materiellen auch der prozessualen Seite der Spürbarkeit im UWG nachzugehen und die Darlegungs- und Beweislast näher zu untersuchen. Zu klären ist dabei zunächst, inwieweit es sich um eine Rechts- oder eine Tatfrage handelt (1.). Abschließend wird zu diskutieren sein, auf welcher Seite die Darlegungs- und Beweislast für etwaige Tatsachen liegt (2.) und ob – wie teilweise gefordert – eine Beweislastumkehr in Betracht kommt (3.). Schließlich ist zu überlegen, ob sonstige Beweiserleichterungen den Parteien zugutekommen können (4.)

### I. Rechts- oder Tatfrage?

Darzulegen und zu beweisen sind von den Parteien grundsätzlich nur Tatsachen, Rechtssätze hat das Gericht zu kennen.<sup>931</sup> Tatsachen sind dem Beweis zugängliche, konkrete, nach Raum und Zeit bestimmte, der Vergangenheit angehörige Geschehnisse oder Zustände der Außenwelt und des menschlichen Innenlebens.<sup>932</sup> Rechtsfragen sind demgegenüber nicht dem Beweis zugänglich, sondern vom Gericht zu entscheiden.<sup>933</sup>

Bei der Frage, ob eine spürbare Beeinträchtigung vom UWG geschützter Interessen vorliegt, handelt es sich grundsätzlich um eine Rechtsfrage.<sup>934</sup> Dies ergibt sich bereits daraus, dass hierbei eine Wertung und Abwägung des Rechtsanwenders erforderlich ist. Die abstrakte Definition der Spürbarkeit ist demnach ebenso Rechtsfrage wie die Bestimmung des anzulegenden Maßstabs und der heranzuziehenden Kriterien.<sup>935</sup> Jedoch können über diesen Kriterienkatalog auch Tatsachen in die Abwägung einfließen, wie z.B. die Größe eines Wettbewerbsvorteils bzw. umgekehrt fehlende Marktwirkung. Besonders deutlich wird dies an der Forderung, die konkreten Umstände des Einzelfalles zu berücksichtigen.<sup>936</sup> Die konkrete Ausfüllung der Spürbarkeit ist damit Tatfrage.<sup>937</sup> Soweit hier also beweisbare Tatsachen angesprochen sind, stellt sich die Frage, von welcher Seite sie in den Prozess einzubringen und gegebenenfalls zu beweisen sind.

### II. Beweislastverteilung nach der Funktion im Anspruchsgefüge

#### 1. Zivilprozessuale Normalverteilung nach dem Günstigkeitsprinzip

Die Darlegungs- und Beweislast ist allgemein nach dem sog. Günstigkeitsprinzip verteilt. Jede Partei hat die tatsächlichen Voraussetzungen derjenigen Rechtsnorm darzutun und zu beweisen, deren Rechtswirkungen ihr zugutekommen können.<sup>938</sup> Dem Anspruchsteller obliegt daher die Darlegung der anspruchsbegründenden Tatsachen, der Anspruchsgegner hat rechtshindernde, rechtsvernichtende und rechtshemmende Einwendungen darzutun.

---

<sup>931</sup> *Oberheim*, Rn. 285; *Saenger/Saenger*, § 284 Rn. 13.

<sup>932</sup> BGH NJW 1998, 1223 (1224); *Oberheim*, Rn. 356; *Saenger/Saenger*, § 284 Rn. 7.

<sup>933</sup> Vgl. *Saenger/Saenger*, § 284 Rn. 11.

<sup>934</sup> *Harte/Henning/Podszun*, § 3 Rn. 128.

<sup>935</sup> *Harte/Henning/Podszun*, § 3 Rn. 128.

<sup>936</sup> Vgl. BTDrucks. 15/1487, S. 17 li. Sp.

<sup>937</sup> *Harte/Henning/Podszun*, § 3 Rn. 128; s.a. *Lubberger*, in: *Gloy/Loschelder/Erdmann*, § 45 Rn. 14; *GK-UWG/Peukert*, § 3 Rn. 446.

Dieser Grundsatz findet auch im Lauterkeitsrecht Anwendung. Gleichwohl besteht im Fall der Spürbarkeit Streit über die Beweislastverteilung. Dieser Streit wurzelt in der Frage, ob es sich hierbei um ein anspruchsbegründendes Tatbestandsmerkmal handelt, oder ob eine rechtshindernde Einwendung vorliegt.

## 2. Anspruchsbegründung oder Einwendung?

Die wohl herrschende Meinung geht davon aus, dass das Überschreiten der Spürbarkeitsschwelle ein anspruchsbegründendes Tatbestandsmerkmal des § 3 I UWG ist.<sup>939</sup> Folglich ist der Anspruchsteller nach der Normalverteilung beweisbelastet.

Eine beachtliche Mindermeinung sieht die Spürbarkeitsklausel jedoch als anspruchshindernde Einwendung und gelangt damit zu einer Darlegungs- und Beweislast des Anspruchsgegners.<sup>940</sup> Materiell entscheidungsrelevant sei nur das Fehlen der Spürbarkeit, welches vom geschäftlich Handelnden als Anspruchsgegner vorzutragen und zu beweisen sei.<sup>941</sup> Dies verhindere zugleich überzogene Recherche-Anforderungen an den Anspruchsteller.<sup>942</sup>

## 3. Stellungnahme

Bei der Zuordnung des Tatbestandsmerkmals der Spürbarkeit zum Darlegungskreis einer Prozesspartei handelt es sich regelmäßig um eine schwierige Frage, der der Gesetzgeber gleichwohl nicht aus dem Weg gehen kann.<sup>943</sup> Da es sich vorrangig um eine gesetzgeberische Entscheidung handelt, kommt der gesetzlichen Formulierung maßgebliche Bedeutung zu. Ist z.B. die Rede von Tatsachen, unter denen der Anspruch nicht geltend gemacht werden kann, nicht entsteht oder wegfällt, so liegt eine vom Anspruchsgegner darzulegende und zu beweisende Tatsache vor.<sup>944</sup>

Die Spürbarkeitsklausel ist in ihrer Formulierung nicht derart eindeutig, jedoch kommen auch hier der Wortwahl und dem Satzbau erhebliche Bedeutung zu. Zunächst drückt sich in der Formulierung die gesetzgeberische Vorstellung eines zweigliedrigen Unzulässigkeitstatbestandes aus. Die Eignung zur spürbaren Interessenbeeinträchtigung erscheint als gleichwertige Voraussetzung der Unzulässigkeit. Hätte der Gesetzgeber dieses Merkmal als Einwendung ausgestalten wollen, so hätte es näher gelegen, insgesamt eine Negativformulierung („... es sei denn,...“) zu wählen.<sup>945</sup> Die Forderung des UWG 2004 nach einer „nicht nur unerheblichen Beeinträchtigung“ vermochte diesbezüglich jedoch eine falsche Spur zu legen. Die Formulierung überdeckte, dass auch im UWG 2004 der Tatbestand insgesamt positiv formuliert war. Bezeichnenderweise hat der Gesetzgeber die Formulierung sowohl bei der

---

<sup>938</sup> St. Rspr., z.B. BGH NJW-RR 2010, 1378 (1379 Tz. 9 f.); BGH NJW 2005, 2395 (2396); BGH NJW 1992, 683 (686); für das UWG noch BGH GRUR 2004, 246 (247) – *Mondpreise?*; vgl. Saenger/Saenger, § 286 Rn. 58.

<sup>939</sup> Heermann, GRUR 2004, 94; Köhler/Bornkamm, § 3 UWG Rn. 134; Lettl, § 2 Rn. 24; Lubberger, in: Gloy/Loschelder/Erdmann, § 45 Rn. 14; GK-UWG/Peukert, § 3 Rn. 446.

<sup>940</sup> Harte/Henning/Podszun, § 3 Rn. 129; Scherer, WRP 2008, 708 (709 mit Fn. 7); Harte/Henning/Schünemann (2. Aufl. 2009), § 3 Rn. 394 ff.

<sup>941</sup> Harte/Henning/Schünemann (2. Aufl. 2009), § 3 Rn. 394 f.

<sup>942</sup> Harte/Henning/Podszun, § 3 Rn. 129.

<sup>943</sup> Vgl. MüKoZPO/Prütting, § 286 Rn. 93, 100, 107.

<sup>944</sup> Vgl. MüKoZPO/Prütting, § 286 Rn. 114 f.; Saenger/Saenger, § 286 Rn. 58.

Einführung 2004 als auch bei der Änderung 2008 nur im Hinblick auf die Höhe der Schwelle diskutiert, jedoch nicht mit Blick auf etwaige Auswirkungen auf die Darlegungs- und Beweislast.<sup>946</sup>

Indiziert der Wortlaut somit bereits das Vorliegen eines anspruchsbegründenden Merkmals, so kann dieser Befund durch materielle Erwägungen untermauert werden.<sup>947</sup> Geht man mit der vorliegenden Untersuchung von einem monistischen Unlauterkeitstatbestand aus, so ist die Spürbarkeit ohnehin bereits als integraler Teil der Unlauterkeit anzusehen. Es wäre dann aber widersinnig, hierbei die Darlegungs- und Beweislast aufzuspalten. Gestärkt wird diese Überlegung zudem durch einen vergleichenden Blick auf die UGP-Richtlinie, welche die spürbare Interessenbeeinträchtigung als Teil der Unlauterkeit auffasst, vgl. Art. 5 II i.V.m. Art. 2 lit. e) UGP-RL.

Im Ergebnis kann damit festgehalten werden, dass der Wortlaut, aber auch materielle Erwägungen dafür sprechen, dass es sich bei der spürbaren Interessenbeeinträchtigung um eine anspruchsbegründende Tatsache handelt, die demnach grundsätzlich vom Anspruchsteller darzulegen und zu beweisen ist.

#### 4. Möglichkeit einer Beweislastumkehr?

Mit der Feststellung der anspruchsbegründenden Natur der Spürbarkeit ist allerdings noch nicht ausgeschlossen, dass dem Anspruchsteller eine grundsätzliche Beweislastumkehr bezüglich der Tatsachenbasis zu Gute kommen kann.<sup>948</sup>

Eine solche Umkehr der Beweislast ist jedoch nur ganz ausnahmsweise im Wege der richterrechtlichen Rechtsfortbildung möglich, wenn die Normalverteilung evident sozial unverträgliche Ergebnisse zeitigen würde.<sup>949</sup> Anerkannt ist dies in Fällen, in denen die beweisbedürftige Tatsache regelmäßig der Sphäre des Prozessgegners entspringt und sich der Anspruchsteller deswegen regelmäßig in Beweisnot befindet.<sup>950</sup>

Im Lauterkeitsrecht hat die Rechtsprechung eine solche Umkehr bisher nur für die Werbung mit einer fachlich umstrittenen Meinung ohne Erwähnung der Gegenmeinung gebilligt.<sup>951</sup> Eine vergleichbare Behandlung des Spürbarkeitserfordernisses ist jedoch nicht angezeigt. Bei den spürbarkeitsbegründenden Tatsachen handelt es sich zumeist um Auswirkungen der geschäftlichen Handlung auf das Marktgeschehen, die die Auswirkungen auf den Durchschnittsverbraucher indizieren. Diese lassen sich schon nicht der Sphäre des Anspruchsgegners zuweisen. Zudem partizipiert der Anspruchsteller – sei er Mitbewerber oder Verband – regelmäßig unmittelbar oder mittelbar am konkreten Marktge-

---

<sup>945</sup> Drews, S. 195; vgl. Saenger/Saenger, § 286 Rn. 58.

<sup>946</sup> Vgl. BTDrucks. 15/1487 S. 17 li. Sp.; BTDrucks. 16/10145, S. 22 li. Sp.

<sup>947</sup> Zur Zulässigkeit materieller Erwägungen bei der Feststellung der Darlegungs- und Beweislast vgl. MüKoZPO/Prütting, § 286 Rn. 113, 117.

<sup>948</sup> So im Ergebnis Harte/Henning/Podszun, § 3 Rn. 129; Harte/Henning/Schünemann (2. Aufl. 2009), § 3 Rn. 395.

<sup>949</sup> Vgl. MüKoZPO/Prütting, § 286 Rn. 123 ff.; Saenger/Saenger § 286 Rn. 65 ff.

<sup>950</sup> Anerkannte Fälle betreffen beispielsweise die Arzt- und Produzentenhaftung. Überblick z.B. bei Saenger/Saenger, § 286 Rn. 68 ff.

<sup>951</sup> Vgl. Harte/Henning/Dreyer, § 5 Rn. 7; Köhler/Bornkamm, § 12 Rn. 2.95; jeweils m.w.N.

schehen und besitzt damit ebenfalls hinreichende Sachnähe und „Tuchföhlung“.<sup>952</sup> Eine Beweisnot kann daher nicht festgestellt werden. Allenfalls mag sich für ihn – wie *Podszun* einwendet – ein erhöhter Rechercheaufwand ergeben.<sup>953</sup> Bloße Billigkeits- oder Bequemlichkeitserwägungen im Einzelfall können jedoch nicht zu einer Umkehrung der Beweislast föhren.<sup>954</sup>

Eine grundsätzliche Umkehr der Beweislast für das Überschreiten der Spürbarkeitsschwelle ist mithin abzulehnen.

## 5. Beweiserleichterungen im Rahmen der Beispiels- und Spezialtatbestände?

In den vorangegangenen Abschnitten konnte ermittelt werden, dass die Darlegungs- und Beweislast für das Überschreiten der Spürbarkeit grundsätzlich nicht von der allgemeinen Normalverteilung abweicht. Es ist aber zu überlegen, ob nicht hinsichtlich der Beweisföhrungslast eine differenzierte Betrachtung angebracht ist, d.h. ob nicht dem Anspruchsteller in bestimmten Fällen eine Beweiserleichterung zu gewähren ist. Diese Betrachtung ist eher auf der Ebene der Beweiswürdigung angesiedelt.

Es soll hier nämlich die These vertreten werden, dass die Fallgruppenbildung der Beispiels- und Spezialtatbestände (§§ 4 – 6 UWG) eine entsprechende Erleichterung der Beweislast nach den Grundsätzen des Anscheinsbeweises erlaubt und verlangt.<sup>955</sup>

Ein sog. Beweis des ersten Anscheins kann geföührt werden, wenn im Einzelfall ein typischer Geschehensablauf vorliegt, der nach der Lebenserfahrung auf eine bestimmte Ursache oder Folge hindeutet und derart gewöhnlich und üblich erscheint, dass die besonderen individuellen Umstände an Bedeutung verlieren.<sup>956</sup> Erforderlich ist demnach eine erfahrungsgemäße Verknüpfung bestimmter Tatsachen bei häufig und regelmäßig wiederkehrenden Geschehensabläufen. Auf das UWG gewendet müsste die Verwirklichung eines Beispiels- und Spezialtatbestandes daher regelmäßig zu einer spürbaren Interessenbeeinträchtigung föhren.

Für die Fallgruppen des § 4 UWG kann dies bejaht werden. Dafür ist zunächst auf die verwendete Regelungstechnik und die Entwicklungsgeschichte der Norm zu verweisen. In der zugrundeliegenden Fallgruppenbildung spiegelt sich gerade das für die Typizität erforderliche Erfahrungswissen wieder. Diese Erfahrung hat sich der Gesetzgeber mit der Übernahme in das UWG zu Eigen gemacht.<sup>957</sup> Die Fallgruppen sollen tatbestandlich typische Unlauterkeitshandlungen aufgreifen, anhand derer die Unlauterkeit nach der Generalklausel präzisiert und transparenter gemacht werden kann. An die Stelle der Unlauterkeit treten damit konzeptionell weniger abstrakte Tatbestandsmerkmale, welche diese jedoch gleichwohl ausfüllen.

---

<sup>952</sup> Ähnlich *Drews*, S. 196.

<sup>953</sup> *Harte/Henning/Podszun*, § 3 Rn. 129.

<sup>954</sup> Vgl. BGH NJW-RR 1997, 892.

<sup>955</sup> Im Ergebnis ebenso GK-UWG/*Peukert*, § 3 Rn. 447; ähnlich *Köhler*, WRP 2014, 259 (265 Rn. 59) (widerlegliche tatsächliche Vermutung).

<sup>956</sup> *Musielak/Foerste*, § 286 Rn. 23; s.a. *MüKoZPO/Prütting*, § 286 Rn. 48 ff.; *Saenger/Saenger*, § 286 Rn. 41 ff.

<sup>957</sup> Vgl. BTDrucks. 15/1487, S. 17 li. Sp.

Da nach hier vertretener Ansicht die Spürbarkeit der Unlauterkeit immanent ist, liegt es auf der Hand, dass mit der Typisierung der Unlauterkeit zugleich eine Aussage über das Überschreiten der Spürbarkeitsschwelle getroffen wird. Eine konsequente Berücksichtigung der in der Fallgruppenbildung beschlossenen gesetzgeberischen Entscheidung bedeutet demnach, dass das Überschreiten der Spürbarkeit zwar nicht in jedem Fall zwingend gegeben ist, aber doch regelmäßig zunächst bejaht werden kann. Dies entspricht den Voraussetzungen für eine Beweiserleichterung bei der Darlegung der Spürbarkeit im Rahmen der Beispielstatbestände des § 4 UWG. Auf die Tatbestände des §§ 5 und 6 UWG gewendet, kann sich kein anderer Befund ergeben. Auch hierbei wird zum einen die Unlauterkeit durch typisierende Tatbestandsmerkmale konkretisiert. Zum anderen führt auch hier der Maßstab des normativen Durchschnittsverbrauchers – soweit er zum Tragen kommt – dazu, dass bereits innerhalb der Tatbestandsmerkmale die Interessen der Marktbeteiligten zum Ausgleich gebracht werden.

Möglicherweise ergeben sich gegen die dargetane prozessuale Ausgestaltung aber Bedenken aus einem Vergleich mit der Handhabung der Generalklausel einerseits sowie dem supranationalen Recht andererseits. Zu fragen ist demnach zunächst, warum eine solche Beweiserleichterung nicht bei unmittelbarer Anwendung der Generalklauseln möglich ist. Dies scheidet allerdings aus, weil hierbei regelmäßig der erforderliche Erfahrungssatz fehlt, insbesondere wenn neuartige und atypische geschäftliche Handlungen zu beurteilen sind. Bei der Anwendung der Generalklausel auf derartige Sachlagen ist grundsätzliche Zurückhaltung zu üben.<sup>958</sup> Dies lässt sich auch auf prinzipielle Erwägungen stützen. Ein Eingriff in die Wettbewerbsfreiheit darf nicht „ins Blaue“ hinein erfolgen, sondern nur soweit dies durch die gegenläufigen Interessen der Marktteilnehmer gerechtfertigt ist. Dies gebietet die Freiheitsgewährleistung des Lauterkeitsrechts, die als Freiheitsvermutung zugunsten des geschäftlich Handelnden hervortritt. Soweit also eine Unlauterkeit alleine nach der Generalklausel in Rede steht, muss das Überschreiten der Spürbarkeitsschwelle nach allgemeinen Regeln vom Anspruchsteller dargelegt werden.

Weiterhin ist aber zu besorgen, dass eine differenzierte Handhabung der Spürbarkeitsschwelle gegen die UGP-Richtlinie verstößt. Diese verlangt auch bei den Spezialtatbeständen eine Einzelfallbetrachtung, wie es in dem Erfordernis der Entscheidungsumlenkung zum Ausdruck kommt. Dieses Erfordernis betont auch der EuGH. Eine Entscheidungsumlenkung darf nicht generell unterstellt oder abstrakt bejaht werden, da nur die Tatbestände der „schwarzen Liste“ in jedem Fall unlauter sind.<sup>959</sup>

Allerdings greifen auch diese Bedenken nicht durch. Sie betreffen vorrangig die materielle Ebene, die durch eine Beweiserleichterung nicht berührt wird. Die prozessuale Ebene hingegen wird von der UGP-Richtlinie nicht erfasst. Verfahrensrechtliche Fragen wie die Beweislast werden vom nationalen Recht bestimmt, vgl. ErwGrd. 21 S. 2 UGP-RL. Die UGP-RL überlässt die Frage der Beweislastverteilung damit den Mitgliedstaaten. Eine Sperrwirkung für das nationale Prozessrecht könnte allenfalls angenommen werden, wenn die Beweiserleichterung in der Praxis dazu führt, dass die Tatbestände

---

<sup>958</sup> Vgl. Harte/Henning/Schünemann (2. Aufl. 2009), § 3 Rn. 102; Schünemann, WRP 2004, 925 (927 f.).

<sup>959</sup> EuGH EuZW 2010, 947 (949 Tz. 35 f.) – *Mediaprint*; EuGH GRUR Int 2011, 853 Tz. 38 f. – *Wamo*; EuGH GRUR Int 2013, 936 (937 Tz. 29 f.) – *Euronics Belgium*; s.a. EuGH GRUR 2010, 244 (246 Tz. 44 ff.) – *Plus Warenhandels-gesellschaft*.

wie per-se-Verbote wirken.<sup>960</sup> Dies ist jedoch im hier vorgeschlagenen Modell nicht zu besorgen. Anders als bei per-se-Verboten wird die Spürbarkeit nicht zur Gänze ausgeblendet. Kann der Anspruchsgegner, den Anschein erschüttern, trägt er insbesondere Tatsachen vor, die einen atypischen Verlauf nahe legen, wird die normale Beweislastverteilung hergestellt, so dass der Anspruchsteller die volle Darlegungs- und Beweislast trägt. Damit kann den Besonderheiten des Einzelfalles konzeptionell Rechnung getragen werden.

### III. Zusammenfassung

Die Untersuchung hat erbracht, dass es für die Darlegungs- und Beweislast der Spürbarkeit bei den allgemeinen Regeln verbleibt. Die Spürbarkeit stellt ein anspruchsbegründendes Tatbestandsmerkmal dar. Die Tatsachen, die die Kriterien der Spürbarkeit im konkreten Einzelfall ausfüllen, sind daher vom Anspruchsteller darzulegen und ggf. zu beweisen. Eine Beweislastumkehr ist dabei nicht geboten. Im Bereich der Beispiels- und Spezialtatbestände kann jedoch mit guten Gründen über eine Beweiserleichterung nach den Grundsätzen des Anscheinsbeweises nachgedacht werden.

---

<sup>960</sup> Vgl. EuGH GRUR 2010, 244 (246 Tz. 47 f.) – *Plus Warenhandelsgesellschaft*.



## Kapitel 7: Schlussbetrachtung und Zusammenfassung in Thesenform

Die Untersuchung hat erbracht, dass die Spürbarkeitsklausel keine Bagatell-Schwelle im Sinne des Grundsatzes „Minima non curat praetor“ ist. Sie fungiert vielmehr als wertendes Korrektiv der Unlauterkeit, wobei die Wertungen bereits im Tatbestand der Unlauterkeit zu entfalten sind. Die vorzunehmenden Wertungen sind aus dem Telos des UWG abzuleiten, der seinerseits im Lichte überwölbender Prinzipien zu sehen ist. Maßgebliche Bedeutung erlangen dabei das Wettbewerbsverständnis und der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz.

Zusammengefasst ergeben sich aus der Untersuchung folgende Thesen:

1. Die bisherige Handhabung der spürbaren Interessenbeeinträchtigung durch die Rechtsprechung ist nicht geeignet, das Merkmal dogmatisch einzuordnen oder rechtssicher auszugestalten. Es fehlt an einem erkennbaren Bewertungsmaßstab.

2. Das Verständnis der Spürbarkeit hat sich am Schutzzweck des UWG zu orientieren.

a) Der Schutz der Interessen der Marktteilnehmer nach § 1 UWG zielt auf den Schutz ihrer wettbewerblichen Handlungsfreiheit als funktionale Voraussetzung des Wettbewerbsprozesses. Ein umfassender Rechtsgüter- und Interessenschutz ist abzulehnen. Zwar durchbricht das UWG selbst diese Zweckvorgabe in § 7 UWG, jedoch strahlt dieser fallgruppenspezifische gesetzgeberische Systembruch nicht auf den Schutzzweck insgesamt aus.

b) Das Verständnis des „unverfälschten Wettbewerbs“ untermauert eine wettbewerbsfunktionale Schutzzweckausrichtung. Das Wettbewerbsverständnis ist aus dem höherrangigen Recht abzuleiten. Im Wechselspiel mit den Erkenntnissen der Wettbewerbstheorie ergibt sich ein Verständnis, welches auf der Wettbewerbsfreiheit der Marktteilnehmer aufbaut. Der Wettbewerb wird als offener, dynamischer Prozess anerkannt, dessen institutioneller Schutz bei den individuellen Handlungsspielräumen ansetzt.

c) Das supranationale System des „unverfälschten Wettbewerbs“ kann als Hilfe bei der Auslegung des Schutzzwecks des UWG herangezogen werden. Es ist auch nach dem Vertrag von Lissabon im Grundsatz dem freien Wettbewerb einer Marktwirtschaft verpflichtet und sichert die individuelle wettbewerbliche Handlungsfreiheit. Einschränkungen derselben sind am Maßstab der Verhältnismäßigkeit zu messen.

d) Das europäische Sekundärrecht betont den Schutz des Verbrauchers, stellt aber keine normativ-sozial aufgeladene Zielverschiebung des „unverfälschten Wettbewerbs“ dar. Das Sekundärrecht und namentlich die UGP-Richtlinie sind in die Verwirklichung des Binnenmarktziels eingebunden und eröffnen damit nur einen wettbewerbsfunktionalen, verhältnismäßigen Verbraucherschutz.

e) Der Schutz der individuellen Wettbewerbsfreiheit und der Schutz des Wettbewerbs als Institution sind integraler Bestandteil der Wirtschaftsverfassung des Grundgesetzes. Das Grundgesetz konstituiert insgesamt eine Systementscheidung zugunsten einer sozialen Marktwirtschaft. Dieses Kon-

zept ist jedoch derart gestaltungsoffen, dass jenseits eines verhältnismäßigen Freiheitsschutzes keine weiteren Rückschlüsse auf ein Leitbild für den „unverfälschten Wettbewerb“ gezogen werden können.

f) Zur Konkretisierung des Wettbewerbsleitbildes und zur Bestimmung der Funktionsbedingungen kann auf wettbewerbstheoretische Erkenntnisse zurückgegriffen werden. Vorzugswürdig ist eine systemtheoretische Erfassung des Wettbewerbs.

g) Im Mittelpunkt des „unverfälschten Wettbewerbs“ steht damit die Wettbewerbsfreiheit der Marktteilnehmer. Sonstige Allgemeininteressen sind von der Schutzrichtung nicht umfasst.

h) Die Wettbewerbsfreiheit der Marktteilnehmer lässt sich abstrakt allenfalls annäherungsweise ausloten. Im Kern umfasst sie einerseits die gesamte Bandbreite unternehmerischer Aktionsparameter, andererseits die Entscheidungsfreiheit der Marktgegenseite. Die geschützten Interessen lassen sich nur im Einzelfall konkret feststellen und zum Ausgleich bringen. Der Freiheitsschutz ist immer nur ein relativer.

i) Individual- und Institutionenschutz stellen keinen Gegensatz dar. Beide Schutzrichtungen sind aufeinander bezogen. Im UWG wird der Schutz der Institution durch den individuellen Freiheitsschutz verwirklicht. Ein darüber hinaus gehender Regelungsgehalt kommt dem Allgemeininteresse an einem unverfälschten Wettbewerb nicht zu.

3. Die Bestimmung der Spürbarkeit der Interessenbeeinträchtigung gem. § 3 I UWG muss der herausgearbeiteten Anforderung des Schutzzwecks genügen. Erforderlich ist damit eine strukturierte Verhältnismäßigkeitsprüfung der schutzwürdigen Interessen der Marktteilnehmer.

a) Die bestehenden Auslegungen des Merkmals vermögen nicht zu überzeugen. Die Spürbarkeit kann nicht im Wege einer Gesamtabwägung ermittelt werden, wenn und soweit der Kriterienkatalog offen und der Abwägungsvorgang verdeckt bleibt. Dies schadet der Wettbewerbsfreiheit der Marktteilnehmer und der Rechtssicherheit. Dasselbe gilt für eine Bestimmung der Spürbarkeit als qualitative Mindestbeeinträchtigung. Quantitativ ausgerichtete Bestimmungen müssen sich entgegenhalten lassen, dass sie mit unsicheren Prognosen arbeiten oder sich wohlfahrtsökonomischen Sichtweisen annähern.

b) Die Defizite der bisherigen Auslegungen verweisen auf die grundlegenden Problemkreise der Spürbarkeitsbestimmung. Ihnen ist mit inhaltlichen wie methodisch-prozeduralen Anforderungen zu begegnen. Im Mittelpunkt steht die wertende Entscheidung des Einzelfalls durch den Rechtsanwender. Dieser muss der Mehrdimensionalität des Schutzzwecks Rechnung tragen. Dezisionistische Festlegungen sind im Interesse der Rechtssicherheit nicht zu vermeiden, diesen ist jedoch eine „Wirklichkeitskontrolle“ entgegen zu setzen. Das erfordert die Offenlegung und Begründung der getroffenen Entscheidung. Eine Einbeziehung des Markt- und Wettbewerbsgeschehens ist zur Konturierung der beeinträchtigten Interessen nicht von vornherein ausgeschlossen. Es verlangt jedoch die Offenlegung der die Wertung tragenden Annahmen sowie grundsätzliche Zurückhaltung beim Aufstellen von Prognosen.

4. Die Orientierung am Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ist geeignet, die Unlauterkeit im Einzelfall unter Berücksichtigung des Schutzzwecks sinnvoll zu begrenzen. Dabei kann auf die aus dem öffentlichen Recht bekannte Strukturierung zurückgegriffen werden. Die größte Bedeutung kommt der Angemessenheit zu. In deren Rahmen sind die wettbewerbsfunktionalen Interessen der Marktteilnehmer an einem Verbot der geschäftlichen Handlung sowie die wettbewerbsfunktionalen Interessen an ihrer Fortführung gegeneinander abzuwägen.

a) Die schutzwürdigen Interessen können normativ vorgeprägt sein und sind – soweit Verbraucherinteressen zu bestimmen sind – typisiert.

b) Die Bewertung und Abwägung der Interessen kann entlang der von Gesetzgeber und Rechtsprechung eingeführten Topoi erfolgen, wobei diese jedoch stärker als bisher an den herausgearbeiteten Schutzzweck des UWG zu binden sind.

c) Den Abwägungsmaßstab bildet die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs. Dieser dient vorrangig der Strukturierung und Nachvollziehbarkeit der Wertungsentscheidung. Die schutzwürdigen Interessen sind schonend zum Ausgleich zu bringen. In diesem Rahmen gewinnt auch das Verbraucherleitbild an Bedeutung.

d) Eine äußerste – wenn auch kaum je zu erreichende – Grenze findet die Abwägung in der Menschenwürde des Art. 1 GG.

e) Behördliche Sanktionsmöglichkeiten müssen bei der Abwägung ebenso außer Betracht bleiben wie zivilrechtliche Rechtsbehelfe der Marktteilnehmer, namentlich verbraucherprivatrechtliche Widerrufsrechte.

5.) Das herausgearbeitete Verständnis der Spürbarkeitsklausel hat Auswirkungen auf die zivilrechtlichen Tatbestände des UWG.

a) § 3 I UWG ist als monistischer Tatbestand aufzufassen, d.h. die Wertungen der Spürbarkeit sind bereits bei der Konkretisierung der Unlauterkeit zu entfalten. Die Zweigliedrigkeit des Tatbestandes ist Ausdruck der Janusköpfigkeit, die die Konkretisierung dem Rechtsanwender methodisch abverlangt.

b) § 3 II UWG bedient sich gegenüber § 3 I UWG anderer Tatbestandsmerkmale, deren Ausfüllung inhaltlich-strukturell jedoch weitgehend parallel zu § 3 I UWG läuft. Aufgrund der einseitigen Ausrichtung der UGP-Richtlinie am Verbraucherschutz ist der Kreis berücksichtigungsfähiger Interessen jedoch tendenziell eingeschränkt. Bei § 3 II UWG handelt es sich ebenfalls um einen monistischen Tatbestand. Die geforderte Eignung zur Entscheidungsumlenkung des Verbrauchers stellt keine zusätzlichen Anforderungen auf, sondern betont die Einzelfallabhängigkeit der Wertung sowie die Rückbindung an den Maßstab des Referenzverbrauchers.

c) Aufgrund des monistischen Unlauterkeitsverständnisses ist die Spürbarkeitswertung bei sämtlichen Beispielstatbeständen des § 4 UWG vorzunehmen. Auch für den Rechtsbruchtatbestand des § 4 Nr. 11 UWG ergibt sich grundsätzlich keine Ausnahme, allerdings wird die Verhältnismäßigkeitsprüfung durch die Vorgaben und Erfordernisse der Primärnorm beeinflusst.

d) Im Rahmen der Irreführungstatbestände nimmt die Spürbarkeitswertung die ungeschriebenen Tatbestandsmerkmale der Marktentscheidungsrelevanz und der Interessenabwägung in sich auf und bindet die Tatbestände damit stärker an die allgemeine Systematik.

e) Das supranationale Recht steht der Vorname einer abwägenden Spürbarkeitsprüfung im Rahmen des § 6 UWG nicht entgegen. Eine einzelfallbezogene Prüfung der Verhältnismäßigkeit ist in jedem Fall angezeigt.

f) § 7 UWG steht außerhalb der von §§ 3 I, II UWG aufgestellten Systematik. Zwar erfordert das Merkmal der Unzumutbarkeit ebenfalls eine Abwägung, jedoch sind die Anknüpfungspunkte voraussichtlich andere.

g) Bei den Katalogtatbeständen ist eine Spürbarkeitswertung grundsätzlich unstatthaft. Die Berücksichtigung der Verhältnismäßigkeit wurde bereits abschließend vom Gesetzgeber vorgenommen.

6. Die Darlegungs- und Beweislast für etwaige Tatsachen als Grundlage der Abwägungsentscheidung ist nach allgemeinen Grundsätzen verteilt und liegt damit beim Anspruchsteller. Eine Beweislastumkehr ist nicht angezeigt. Im Rahmen der Beispiels- und Spezialtatbestände sind dem Anspruchsteller jedoch Beweiserleichterungen nach den Grundsätzen des Anscheinsbeweises zuzugestehen, da diese Tatbestände als vertypertes Erfahrungswissen zugleich eine Aussage über das regelmäßige Vorliegen einer spürbaren Interessenbeeinträchtigung beinhalten.

## Danksagung und Widmung

Gleich einem Bergsteiger, der sein Ziel auf dem Gipfel erreicht hat, sei es mir zum Abschluss der Arbeit erlaubt, kurz innezuhalten, zurückzublicken und all jene zu würdigen, die dieses Projekt auf seinem langen und mitunter steinigen Weg ins Ziel begleitet haben.

An erster Stelle genannt sei mein Doktorvater Prof. Dr. Wolfgang B. Schünemann, der die Arbeit stets mit Wohlwollen und Interesse betreut und jederzeit als Ansprech- und Diskussionspartner zur Verfügung gestanden hat. Er war mir Vorbild und Ansporn zugleich, die Zeit an seinem Lehrstuhl möchte ich nicht missen. Für all dies gilt ihm mein tief empfundener Dank. Des Weiteren danke ich ihm und Herrn Prof. Dr. Dr. h.c. Rolf Stober für die zügige Erstellung ihrer Gutachten. Herr Dr. André Jungen hat die Prüfungskommission vervollständigt und zudem wertvolle Hinweise zum Textsatz gegeben.

Ebenfalls zu großem Dank verpflichtet bin ich meinen Eltern, meinen Schwiegereltern, meinen Geschwistern und meinen Freunden, die den Schaffensprozess mit viel Verständnis, Zuspruch und auch der nötigen Mischung aus Geduld und Ungeduld befördert haben. Auch wenn ich an dieser Stelle nicht zuletzt aus Platzgründen auf eine namentliche Aufzählung verzichte, so hat doch jeder auf seinen Weise zum Gelingen des Projekts beigetragen.

Besonderen Dank schulde ich schließlich meiner Frau Marie-Christin. Sie ist an meiner Seite durch die Höhen und Tiefen des Entstehungsprozesses geschritten und musste als Diskussionspartnerin, Seelenrösterin und in mancherlei mehr Funktion tätig werden. Nicht zuletzt hat sie das fertige Manuskript einer kritischen Durchsicht unterzogen. Dass die Entstehung der Arbeit oftmals auf Kosten unserer gemeinsamen Zeit ging, hat sie mit unendlicher Geduld ertragen. Ihr ist diese Arbeit daher in Liebe gewidmet.

Dortmund, im Frühjahr 2014

Michael Arwed Blomeyer

## Literaturverzeichnis

- Alexander, Christian*, Vertrag und unlauterer Wettbewerb, Berlin 2002 (zitiert: *Alexander*).
- ders.*, Vertragsrecht und Lauterkeitsrecht unter dem Einfluss der Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken, WRP 2012, 515–523.
- Apostolopoulos, Haris*, Einige Gedanken zur Auslegung der nationalen Generalklausel im Hinblick auf eine Vollharmonisierung des europäischen Lauterkeitsrechts, WRP 2005, 152–157.
- Baudenbacher, Carl*, Suggestivwerbung und Lauterkeitsrecht, Zürich 1978 (zitiert: *Baudenbacher*).
- ders.*, Machtbedingte Wettbewerbsstörungen als Unlauterkeitstatbestände, GRUR 1981, 19–29.
- Beater, Axel*, Unlauterer Wettbewerb, München 2011 (zitiert: *Beater*).
- ders.*, Allgemeinheitsinteressen und UWG, WRP 2012, 6–17.
- Beaucamp, Guy / Treder, Lutz*, Methoden und Technik der Rechtsanwendung, 2. Aufl., Heidelberg 2011 (zitiert: *Beaucamp/Treder*).
- Bieder, Marcus*, Das ungeschriebene Verhältnismäßigkeitsprinzip als Schranke privater Rechtsausübung, München 2007 (zitiert: *Bieder*).
- Boesche, Katharina Vera*, Wettbewerbsrecht, 4. Aufl., Heidelberg 2011 (zitiert: *Boesche*).
- Bogdandy, Armin / Bast, Jürgen* (Hrsg.), Europäisches Verfassungsrecht - Theoretische und dogmatische Grundzüge, Berlin 2009 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Bogdandy/Bast).
- Brömmelmeyer, Christoph*, Der Binnenmarkt als Leitstern der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken, GRUR 2007, 295–302.
- Burmann, Hans F.*, Wettbewerb als sinnvariabler Rechts- und Wirtschaftsbegriff, WRP 1967, 240–248.
- Busch, Christoph*, Informationspflichten im Wettbewerbs- und Vertragsrecht : Parallelen in UWG und BGB, Tübingen 2008 (zitiert: *Busch*).
- Büscher, Wolfgang*, Aus der Rechtsprechung des EuGH und des BGH zum Wettbewerbsrecht in den Jahren 2011 bis 2013, GRUR 2013, 969–986.
- Cox, Helmut / Hübener, Harald*, Wettbewerb. Eine Einführung in die Wettbewerbstheorie und Wettbewerbspolitik, in: *Cox, Helmut / Jens, Uwe / Markert, Kurt* (Hrsg.), Handbuch des Wettbewerbs, Wettbewerbstheorie, Wettbewerbspolitik, Wettbewerbsrecht, München, 1981, S. 1–48 (zitiert: *Cox/Hübener*, in: *Cox/Jens/Markert*).
- Dauses, Manfred A.* (Hrsg.), Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, Stand: Oktober 2013, München (zitiert: *Bearbeiter*, in: Dauses).
- Di Fabio, Udo*, Wettbewerbsprinzip und Verfassung, ZWeR 2007, 266–276.
- Dohrn, Thomas*, Die Generalklausel der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken - ihre Interpretation und Umsetzung, Köln 2008 (zitiert: *Dohrn*).
- Drews, Martin*, Die Erheblichkeitsschwelle des Paragraph 3 UWG, Frankfurt am Main 2010 (zitiert: *Drews*).
- Drexl, Josef*, Die wirtschaftliche Selbstbestimmung des Verbrauchers - Eine Studie zum Privat- und Wirtschaftsrecht unter Berücksichtigung gemeinschaftsrechtlicher Bezüge, Tübingen 1998 (zitiert: *Drexl*).
- Dröge, Alexander*, Lauterkeitsrechtliche Generalklauseln im Vergleich, Frankfurt am Main 2007 (zitiert: *Dröge*).
- Eidenmüller, Horst*, Die Rechtfertigung von Widerrufsrechten, AcP 210 (2010), 67–104.
- Ekey, Friedrich L. / Klippel, Diethelm / Kotthoff, Jost / Meckel, Astrid / Plaß, Gunda* (Hrsg.), Heidelberger Kommentar zum Wettbewerbsrecht, 2. Aufl., Heidelberg 2005 (zitiert: *HK-WettbR/Bearbeiter*).

- Emmerich, Volker*, Kartellrecht - Ein Studienbuch, 12. Aufl., München 2012 (zitiert: *Emmerich*, Kartellrecht).
- Emmerich, Volker*, Unlauterer Wettbewerb - Ein Studienbuch, 9. Aufl., München 2012 (zitiert: *Emmerich*).
- Enzinger, Michael*, Die gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben für das österreichische Lauterkeitsrecht, in: *Krejci, Heinz / Keßler, Jürgen / Augenhöfer, Susanne* (Hrsg.), Lauterkeitsrecht im Umbruch, Europa - Deutschland - Österreich, Wien 2005, S. 3–18 (zitiert: *Enzinger*, in: *Krejci/Keßler/Augenhöfer*).
- Eppe, Mark*, Verbraucherschutz im UWG und BGB, WRP 2005, 808–812.
- Fezer, Karl-Heinz*, Verantwortete Marktwirtschaft, JZ 1990, 657–663.
- ders.*, Homo Constitutionis - Über das Verhältnis von Wirtschaft und Verfassung, JuS 1991, 889–896.
- ders.*, Das wettbewerbsrechtliche Vertragsauflösungsrecht in der UWG-Reform, WRP 2003, 127–143.
- ders.*, Plädoyer für eine offensive Umsetzung der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken in das deutsche UWG, WRP 2006, 781–790.
- ders.*, Das Informationsgebot der Lauterkeitsrichtlinie als subjektives Verbraucherrecht, WRP 2007, 677–686.
- ders.*, Eine Replik: Die Auslegung der UGP-RL vom UWG aus?, WRP 2010, 667–686.
- Fezer, Karl-Heinz* (Hrsg.), Lauterkeitsrecht - Kommentar zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), 2. Aufl., München 2010 (zitiert: *Fezer/Bearbeiter*).
- Fikentscher, Wolfgang*, Wirtschaftsrecht - Band II - Deutsches Wirtschaftsrecht, München 1983 (zitiert: *Fikentscher*).
- ders.*, Finanzkrise, Wettbewerb und Regulierung, GRUR Int 2009, 635–646.
- Fikentscher, Wolfgang / Möllers, Thomas M. J.*, Die (negative) Informationsfreiheit als Grenze von Werbung und Kunstdarbietung, NJW 1998, 1337–1344.
- Glöckner, Jochen*, Europäisches Lauterkeitsrecht, München 2006 (zitiert: *Glöckner*).
- ders.*, Über die Schwierigkeit, Proteus zu beschreiben – die Umsetzung der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken in Deutschland, GRUR 2013, 224–238.
- ders.*, Rechtsbruchtatbestand oder ... The Saga Continues!, GRUR 2013, 568–576.
- Glöckner, Jochen / Henning-Bodewig, Frauke*, EG-Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken: Was wird aus dem "neuen" UWG?, WRP 2005, 1311.
- Gloy, Wolfgang (Begr.) / Loschelder, Michael / Erdmann, Willi* (Hrsg.), Handbuch des Wettbewerbsrechts, 4. Aufl., München 2010 (zitiert: *Bearbeiter*, in: *Gloy/Loschelder/Erdmann*).
- Götting, Horst-Peter / Nordemann, Axel* (Hrsg.), UWG - Handkommentar, 2. Aufl., Baden-Baden 2013 (zitiert: *Götting/Nordemann/Bearbeiter*).
- Grabitz, Eberhard*, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, AöR 98 (1973), 568–616.
- Hanau, Hans*, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit als Schranke privater Gestaltungsmacht - Zu Herleitung und Struktur einer Angemessenheitskontrolle von Verfassungen wegen, Tübingen 2004.
- Harte-Bavendamm, Henning / Henning-Bodewig, Frauke* (Hrsg.), Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) - Mit Preisangabenverordnung; Kommentar, 3. Aufl., München 2013 (zitiert: *Harte-Bavendamm/Henning/Bearbeiter*).

- Harte-Bavendamm, Henning / Henning-Bodewig, Frauke* (Hrsg.), Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) - Mit Preisangabenverordnung; Kommentar, 2. Aufl., München 2009 (zitiert: *Harte/Henning/Bearbeiter* (2. Aufl.)).
- Hayek, Friedrich August von*, Freiburger Studien - Gesammelte Aufsätze, Tübingen 1969.
- Heermann, Peter W. / Hirsch, Günter* (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Lauterkeitsrecht (UWG), 1. Aufl., München 2006 (zitiert: *MüKoUWG/Bearbeiter*).
- Heermann, Peter W.*, Die Erheblichkeitsschwelle i.S. des § 3 UWG-E, GRUR 2004, 94–99.
- Heiderhoff, Bettina*, Grundstrukturen des nationalen und europäischen Verbrauchervertragsrechts - Insbesondere zur Reichweite europäischer Auslegung, s.l. 2004 (zitiert: *Heiderhoff*).
- Helm, Horst*, Die Bagatellklausel im neuen UWG, in: *Brinker, Ingo / Scheuing, Dieter H. / Stockmann, Kurt* (Hrsg.), Recht und Wettbewerb, Festschrift für Rainer Bechtold zum 65. Geburtstag, München, 2006, S. 155–170 (zitiert: *Helm*, in: FS Bechtold).
- Henning-Bodewig, Frauke*, Stellungnahme des Max-Planck-Instituts zum Vorschlag einer Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken vom 18.6. 2003 und einer Verordnung über die Zusammenarbeit im Verbraucherschutz vom 18.7. 2003, GRUR Int 2003, 926–929.
- Herdzina, Klaus*, Möglichkeiten und Grenzen einer wirtschaftstheoretischen Fundierung der Wettbewerbspolitik, Tübingen 1988 (zitiert: *Herdzina*, Möglichkeiten und Grenzen).
- Herdzina, Klaus*, Wettbewerbspolitik, 5. Aufl., Stuttgart 1999 (zitiert: *Herdzina*).
- Hilty, Reto M. / Henning-Bodewig, Frauke* (Hrsg.), Lauterkeitsrecht und Acquis Communautaire, Heidelberg 2009 (zitiert: *Hilty/Henning-Bodewig* (Hrsg.), Acquis Communautaire).
- Hoppmann, Erich*, Wirtschaftsordnung und Wettbewerb, Baden-Baden 1988 (zitiert: *Hoppmann*, Wirtschaftsordnung und Wettbewerb).
- Jacobs, Rainer / Lindacher, Walter F. / Teplitzky, Otto* (Hrsg.), Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb: UWG; Großkommentar, 1. Aufl. 2006 (zitiert: *GK-UWG/Bearbeiter* (1. Aufl.)).
- Jakobs, Michael C.*, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, Köln 1984 (zitiert: *Jakobs*).
- Kaplan, Renate*, Das Interesse der Allgemeinheit bei der Konkretisierung der Generalklausel des § 3 UWG, Baden-Baden, Tübingen 2008 (zitiert: *Kaplan*).
- Keßler, Jürgen*, Vom Recht des unlauteren Wettbewerbs zum Recht der Marktkommunikation - Individualrechtliche und institutionelle Aspekte des deutschen und europäischen Lauterkeitsrechts, in: *Krejci, Heinz / Keßler, Jürgen / Augenhöfer, Susanne* (Hrsg.), Lauterkeitsrecht im Umbruch, Europa - Deutschland - Österreich, Wien 2005, S. 81–102 (zitiert: *Keßler*, in: Krejci/Keßler/Augenhöfer).
- Kluth, Winfried*, Das Übermaßverbot, JA 1999, 606–613.
- Köhler, Helmut*, Der Rechtsbruchtatbestand im neuen UWG, GRUR 2004, 381–389.
- ders.*, Das neue UWG, NJW 2004, 2121–2127.
- ders.*, Die „Bagatellklausel“ in § 3 UWG, GRUR 2005, 1–9.
- ders.*, Zur Konkurrenz lauterkeitsrechtlicher und kartellrechtlicher Normen, WRP 2005, 645–648.
- ders.*, Zur richtlinienkonformen Auslegung und Neuregelung der "Bagatellklausel" in § 3 UWG, WRP 2008, 10–15.
- ders.*, Die UWG-Novelle 2008, WRP 2009, 109–117.
- ders.*, Richtlinienumsetzung im UWG - eine unvollendete Aufgabe, WRP 2013, 403–415.
- ders.*, Zur „geschäftlichen Relevanz“ unlauterer geschäftlicher Handlungen gegenüber Verbrauchern, WRP 2014, 259–267.



- Köhler, Helmut / Bornkamm, Joachim* (Hrsg.), Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb - mit Preisangabenverordnung, Unterlassungsklagengesetz, Dienstleistungs-Informationspflichten-Verordnung, 31., neu bearb. Aufl. des von Adolf Baumbach begr. und von Wolfgang Hefermehl bis zur 22. Aufl. bearb. Werkes, München 2013 (zitiert: *Köhler/Bornkamm*).
- Köhler, Helmut / Lettl, Tobias*, Das geltende europäische Lauterkeitsrecht, der Vorschlag für eine EG-Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken und die UWG-Reform, WRP 2003, 1019–1057.
- Koos, Stefan*, Vergleichende Werbung und die Fesseln der Harmonisierung, WRP 2005, 1019–1057.
- Koppensteiner, Hans-Georg*, Marktbezogene Unlauterkeit und Missbrauch von Marktmacht, WRP 2007, 475–489.
- Krafft, Dietmar / Mittelstädt, Ewald / Wiepcke, Claudia*, Markt-Lexikon Wirtschaft - Fachbegriffe von A - Z ; einfach und verständlich erklärt, Bielefeld 2005 (zitiert: *Krafft/Mittelstädt/Wiepcke*).
- Kraft, Alfons*, Interessenabwägung und gute Sitten im Wettbewerbsrecht, München 1963 (zitiert: *Kraft*).
- Krüger, Wolfgang / Rauscher, Thomas* (Hrsg.), Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung - Mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen, 4. Aufl., München 2013 (zitiert: *MüKoZPO/Bearbeiter*).
- Kulka, Michael*, Der Entwurf eines "Ersten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb", DB 2008, 1548–1557.
- Lehmann, Michael*, Zur Notwendigkeit einer maßvollen Liberalisierung des deutschen Wettbewerbsrechts, GRUR 1995, 380–381.
- Leisner, Walter*, "Abwägung überall" - Gefahr für den Rechtsstaat, NJW 1997, 636–639.
- Leistner, Matthias*, Richtiger Vertrag und lauterer Wettbewerb : eine grundlagenorientierte Studie unter besonderer Berücksichtigung der europäischen Perspektive, Tübingen 2007 (zitiert: *Leistner*).
- ders.*, Bestand und Entwicklungsperspektive des Europäischen Lauterkeitsrechts, ZEUP 2009, 56–90.
- Lettl, Tobias*, Der Schutz der Verbraucher nach der UWG-Reform, GRUR 2004, 449–460.
- ders.*, Gemeinschaftsrecht und neues UWG, WRP 2004, 1079–1132.
- ders.*, Wettbewerbsrecht, 2. Aufl., München 2013 (zitiert: *Lettl*).
- Lobe, Adolf*, Die Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs, Band I - Der unlautere Wettbewerb als Rechtsverletzung nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch und den Nebengesetzen, Leipzig 1907 (zitiert: *Lobe*).
- Loewenheim, Ulrich / Meessen, Karl M. / Riesenkampff, Alexander* (Hrsg.), Kartellrecht - Kommentar, 2. Aufl., München 2009 (zitiert: *Loewenheim/Meessen/Riesenkampff/Bearbeiter*).
- Lux, Jochen*, Der Tatbestand der allgemeinen Marktbehinderung, Tübingen 2006 (zitiert: *Lux*).
- Mankowski, Peter*, E-Commerce und Internationales Verbraucherschutzrecht, MMR-Beilage Heft 7/2000, 22–37.
- Maunz, Theodor / Dürig, Günter*, Grundgesetz - Kommentar, Stand: Mai 2013, München (zitiert: *Maunz/Dürig/Bearbeiter*).
- Medicus, Dieter*, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Privatrecht, AcP 192 (1992), 35–70.
- Meessen, Karl M.*, Prinzip Wettbewerb, JZ 2009, 697–706.
- Meller-Hannich, Caroline*, Verbraucherschutz im Schuldvertragsrecht - Private Freiheit und staatliche Ordnung, Tübingen 2005 (zitiert: *Meller-Hannich*).
- Merz, Andreas*, Die Vorfeldthese - Die Anwendung von § 1 UWG im Vorfeldbereich der horizontalen Marktbehinderungstatbestände des GWB, 1. Aufl., Baden-Baden 1988 (zitiert: *Merz*).

- Mestmäcker, Ernst-Joachim*, Der verwaltete Wettbewerb - Eine vergleichende Untersuchung über den Schutz von Freiheit und Lauterkeit im Wettbewerbsrecht, Tübingen 1984 (zitiert: *Mestmäcker*).
- Mestmäcker, Ernst-Joachim / Schweitzer, Heike*, Europäisches Wettbewerbsrecht, 2. Aufl., München 2004 (zitiert: *Mestmäcker/Schweitzer*).
- Michael, Lothar*, Grundfälle zur Verhältnismäßigkeit, JuS 2001, 654–659.
- Micklitz, Hans W. / Keßler, Jürgen*, Europäisches Lauterkeitsrecht Dogmatische und ökonomische Aspekte einer Harmonisierung des Wettbewerbsverhaltensrechts im europäischen Binnenmarkt, GRUR Int 2002, 886–901.
- Micklitz, Hans W. / Keßler, Jürgen*, Funktionswandel des UWG, WRP 2003, 919–936.
- Micklitz, Hans W. / Reich, Norbert*, „Und es bewegt sich doch“? – Neues zum Unionsrecht der missbräuchlichen Klauseln in Verbraucherverträgen, EuZW 2012, 126–129.
- Mönkemöller, Lutz*, Kommunales Standortmarketing - Erscheinungsformen, Rechtscharakter und wettbewerbsrechtliche Grenzen kommunaler Mediawerbung im öffentlichen Recht, Köln 2006 (zitiert: *Mönkemöller*).
- Möschel, Wernhard*, Pressekonzentration und Wettbewerbsgesetz : Marktbeherrschung, unlauterer Wettbewerb u. Sanierungsfusionen im Pressebereich, Tübingen 1978 (zitiert: *Möschel*, Pressekonzentration).
- ders.*, Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, Köln 1983 (zitiert: *Möschel*, Wettbewerbsbeschränkungen).
- Muckel, Stefan*, Praktische Konkordanz gegenläufiger Grundrechte im Zivilrecht - Hausverbot im Wohnungseigentumsrecht, JA 2010, 670–672.
- Müller-Graff, Peter-Christian*, Das verschleierte Antlitz der Lissaboner Wirtschaftsverfassung, ZHR 173 (2009), 443–453.
- Musielak, Hans-Joachim* (Hrsg.), Kommentar zur Zivilprozessordnung - Mit Gerichtsverfassungsgesetz, 11. Aufl., München 2014 (zitiert: *Musielak/Bearbeiter*).
- Nowak, Carsten*, Binnenmarktziel und Wirtschaftsverfassung der Europäischen Union vor und nach dem Reformvertrag von Lissabon, EuR-Beih 2009, 129–192.
- Oberheim, Rainer*, Zivilprozessrecht für Referendare, 10. Aufl., München 2014 (zitiert: *Oberheim*).
- Ohly, Ansgar*, Richterrecht und Generalklausel im Recht des unlauteren Wettbewerbs, Köln 1997 (zitiert: *Ohly*).
- ders.*, Das neue UWG - Mehr Freiheit für den Wettbewerb?, GRUR 2004, 889–900.
- ders.*, Bausteine eines europäischen Lauterkeitsrechts, WRP 2008, 177–185.
- Peifer, Karl-Nikolaus*, Vergleichende Werbung und sonst nichts?, WRP 2011, 1–6.
- Peukert, Alexander*, Der Wandel der europäischen Wirtschaftsverfassung im Spiegel des Sekundärrechts - Erläutert am Beispiel des Rechts gegen unlauteren Wettbewerb, ZHR 173 (2009), 536–574.
- ders.*, Das Prinzip der Selbstverantwortung im Lauterkeitsrecht, in: *Riesenhuber, Karl* (Hrsg.), Das Prinzip der Selbstverantwortung: Grundlagen und Bedeutung im heutigen Privatrecht, Tübingen 2010 (zitiert: *Peukert*, in: *Riesenhuber*).
- Pichler, Philipp Daniel*, Das Verhältnis von Kartell- und Lauterkeitsrecht - Eine Standortbestimmung nach den Novellen von GWB und UWG, Baden-Baden 2009 (zitiert: *Pichler*).
- Pieroth, Bodo / Schlink, Bernhard* (Begr.) / *Kingreen, Thorsten / Poscher, Ralf*, Grundrechte. Staatsrecht II, 29. Aufl., Heidelberg 2013 (zitiert: *Pieroth/Schlink/Kingreen/Poscher*).
- Piper, Henning / Ohly, Ansgar / Sosnitza, Olaf* (Hrsg.), Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb - Mit Preisangabenverordnung ; Kommentar, 5. Aufl., München 2010 (zitiert: *Piper/Ohly/Sosnitza*).

- Plager, Anton*, Schutzzwecke des Lauterkeitsrechts - Entfaltung und Entwicklung zwischen 1909 und 2004, Frankfurt am Main 2010 (zitiert: *Plager*).
- Raiser, Ludwig*, Rechtsschutz und Institutionenschutz im Privatrecht, in: *Rechtswissenschaftliche Abteilung der rechts- und wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät der Universität Tübingen* (Hrsg.), *summum ius summa iniuria, Individualgerechtigkeit und der Schutz allgemeiner Werte im Rechtsleben*, Tübingen, 1963, S. 145–167 (zitiert: *Raiser*, in: *summum ius*).
- ders.*, Marktbezogene Unlauterkeit, GRUR Int 1973, 443–446.
- Reich, Anke*, Die wettbewerbsrechtliche Beurteilung der Haustürwerbung, GRUR 2011, 589–596.
- Reichold, Hermann*, Lauterkeitsrecht als Sonderdeliktsrecht, AcP 193 (1993), 204–239.
- Remmert, Barbara*, Verfassungs- und verwaltungsrechtsgeschichtliche Grundlagen des Übermaßverbotes, Heidelberg 1995 (zitiert: *Remmert*).
- Rittner, Fritz*, Drei Grundfragen zum Wettbewerb, in: *Hönn, Günther / Konzen, Horst / Kreutz, Peter* (Hrsg.), *Festschrift für Alfons Kraft zum 70. Geburtstag*, Neuwied, 1998, S. 519 (zitiert: *Rittner*, in: *FS Kraft*).
- Rittner, Fritz / Kulka, Michael*, Wettbewerbs- und Kartellrecht, 7. Aufl., Heidelberg 2008 (zitiert: *Rittner/Kulka*).
- Rüthers, Bernd / Fischer, Christian / Birk, Axel*, Rechtstheorie mit juristischer Methodenlehre, 7. Aufl., München 2013 (zitiert: *Rüthers/Fischer/Birk*).
- Sack, Rolf*, Vergleichende Werbung nach der UWG-Novelle, WRP 2001, 327.
- ders.*, Die relevante Irreführung im Wettbewerbsrecht, WRP 2004, 521.
- ders.*, Gesetzwidrige Wettbewerbshandlungen nach der UWG-Novelle, WRP 2004, 1307.
- ders.*, Die lückenfüllende Funktion der Generalklausel des § 3 UWG, WRP 2005, 531–544.
- ders.*, Der Gewinnabschöpfungsanspruch von Verbänden in der geplanten UWG-Novelle, WRP 2008, 549–558.
- Säcker, Franz Jürgen / Rixecker, Roland* (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 6. Aufl., München 2012 (zitiert: *MüKoBGB/Bearbeiter*).
- Saenger, Ingo* (Hrsg.), *Zivilprozessordnung - FamFG, europäisches Verfahrensrecht ; Handkommentar*, 5. Aufl., Baden-Baden 2013 (zitiert: *Saenger/Bearbeiter*).
- Scherer, Inge*, Markverhaltensregeln im Interesse der Marktbeteiligten - Funktionsorientierte Ausrichtung des neuen Rechtsbruchtatbestandes in § 4 Nr. 11 UWG, WRP 2006, 401–406.
- dies.*, Die Verletzung der Menschenwürde durch Werbung, WRP 2007, 594–601.
- dies.*, Die "wesentliche Beeinflussung" nach der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken, WRP 2008, 708–714.
- dies.*, Die "Verbrauchergeneralklausel" des § 3 II 1 UWG – eine überflüssige Norm, WRP 2010, 586–592.
- dies.*, Was bringt die "Schwarze Liste" tatsächlich? - Bestandsaufnahme und Konsequenzen, WRP 2011, 393–400.
- dies.*, Die Leerformel vom "hohen Verbraucherschutzniveau", WRP 2013, 977–980.
- Schlüter, Fritz-Peter*, Ökonomische Funktion als Basis wettbewerbsrechtlicher Zulässigkeit am Beispiel der vergleichenden Werbung, München 1992 (zitiert: *Schlüter*).
- Schmidt, Ingo / Haucap, Justus*, Wettbewerbspolitik und Kartellrecht – eine interdisziplinäre Einführung, 10. Aufl., München 2013 (zitiert: *Schmidt/Haucap*).
- Schmidt, Marlene*, Zur Annäherung von Lauterkeitsrecht und Verbraucherprivatrecht, JZ 2007, 79–84.

- Schnieders, Christine*, Allgemeininteressen im Wettbewerbsrecht, Baden-Baden 1999 (zitiert: *Schnieders*).
- Schöttle, Hendrik*, Aus eins mach zwei, die neuen Generalklauseln im Lauterkeitsrecht, GRUR 2009, 546–551.
- Schünemann, Wolfgang B.*, Grundprobleme der Gesamthandsgesellschaft unter besonderer Berücksichtigung des Vollstreckungsrechts, Bielefeld 1975 (zitiert: *Schünemann*, Grundprobleme der Gesamthandsgesellschaft).
- ders.*, Selbsthilfe im Rechtssystem - Eine dogmatische Studie am Beispiel der §§ 227, 229ff. BGB, Tübingen, 1985 (zitiert: *Schünemann*, Selbsthilfe).
- ders.*, Wettbewerbsrecht, München, 1989 (zitiert: *Schünemann*, Wettbewerbsrecht).
- ders.*, "Unlauterkeit" in den Generalklauseln und Interessenabwägung nach neuem UWG, WRP 2004, 925–936.
- ders.*, Generalklausel und Regelbeispiele, JZ 2005, 271–279.
- ders.*, Ökonomische Analyse der europäischen und deutschen Regelung, in: *Krejci, Heinz / Keßler, Jürgen / Augenhöfer, Susanne* (Hrsg.), Lauterkeitsrecht im Umbruch, Europa - Deutschland - Österreich, Wien 2005, S. 41–80 (zitiert: *Schünemann*, in: *Krejci/Keßler/Augenhöfer*).
- ders.*, Wirtschaftspolitische Neutralität des Grundgesetzes, in: *Kluth, Winfried / Müller, Martin / Peilert, Andreas* (Hrsg.), Wirtschaft - Verwaltung - Recht: Festschrift für Rolf Stober, Köln 2008, S. 147–162 (zitiert: *Schünemann*, in: *FS Stober*).
- ders.*, Der Beitrag der Ökonomik für das Europäische Lauterkeitsrecht, in: *Hilty, Reto M. / Henning-Bodewig, Frauke* (Hrsg.), Lauterkeitsrecht und Acquis Communautaire, Heidelberg 2009, S. 97–121.
- Schwipps, Karsten*, Wechselwirkungen zwischen Lauterkeitsrecht und Kartellrecht, Baden-Baden 2009 (zitiert: *Schwipps*).
- Seichter, Dirk*, Der Umsetzungsbedarf der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken, WRP 2005, 1087–1095.
- Sosnitza, Olaf*, Wettbewerbsbeschränkungen durch die Rechtsprechung - Erscheinungsformen und Ursachen auf dem Gebiet des Lauterkeitsrechts, Baden-Baden 1995 (zitiert: *Sosnitza*).
- ders.*, Der Gesetzesentwurf zur Umsetzung der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken, WRP 2008, 1014–1034.
- Stern, Klaus*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band III/2: Allgemeine Lehren der Grundrechte, München 1994.
- Stober, Rolf* (Hrsg.), Deutsches und internationales Wirtschaftsrecht - Grundzüge des Wirtschaftsprivat-, Wirtschaftsverwaltungs- und Wirtschaftsstrafrechts, 1. Aufl., Stuttgart 2007.
- ders.*, Allgemeines Wirtschaftsverwaltungsrecht - Grundlagen des deutschen, europäischen und internationalen öffentlichen Wirtschaftsrechts, 17. Aufl., Stuttgart 2011 (zitiert: *Stober*, Allgemeines Wirtschaftsverwaltungsrecht).
- Stürner, Michael*, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Schuldvertragsrecht - Zur Dogmatik einer privatrechtsimmanenten Begrenzung von vertraglichen Rechten und Pflichten, Tübingen 2010 (zitiert: *Stürner*).
- Teplitzky, Otto / Peifer, Karl-Nikolaus / Leistner, Matthias*, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb: UWG; Großkommentar, 2. Aufl., Berlin 2014 (zitiert: *GK-UWG/Bearbeiter* (2. Aufl.)).
- Tilmann, Winfried*, Das UWG und seine Generalklausel, GRUR 1991, 796–799.
- Trstenjak, Verica / Beysen, Erwin*, Das Prinzip der Verhältnismäßigkeit in der Unionsrechtsordnung, EuR 2012, 265–284.
- Ullmann, Eike*, Das Koordinatensystem des Rechts des unlauteren Wettbewerbs im Spannungsfeld von Europa und Deutschland, GRUR 2003, 817–825.

- Ullmann, Eike* (Hrsg.), *Juris Praxiskommentar UWG - Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*, 3. Aufl., Saarbrücken 2013 (zitiert: *jurisPK/Bearbeiter*).
- Ulmer, Eugen*, Wandlungen und Aufgaben im Wettbewerbsrecht, GRUR 1937, 769–773.
- Ulmer, Peter*, Der Begriff "Leistungswettbewerb" und seine Bedeutung für die Anwendung von GWB und UWG-Tatbeständen, GRUR 1977, 565–580.
- Veelken, Winfried*, Kundenfang gegenüber dem Verbraucher, WRP 2004, 1–30.
- von der Groeben, Hans / Schwarze, Jürgen* (Hrsg.), *Kommentar zum Vertrag über die Europäische Union und zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft*, 6. Aufl., Baden-Baden 2003 (zitiert: *Bearbeiter*, in: von der Groeben/Schwarze).
- Wank, Rolf*, *Die Auslegung von Gesetzen*, 5. Aufl., Köln 2011 (zitiert: *Wank*).
- Wunderle, Timo*, *Verbraucherschutz im Europäischen Lauterkeitsrecht*, Tübingen, Bayreuth 2010 (zitiert: *Wunderle*).
- Wuttke, Tobias*, *Die Europäisierung des Wettbewerbsrechts - Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz im lauterkeitsrechtlichen Irreführungsverbot 2005*.
- ders.*, Die Bedeutung der Schutzzwecke für ein liberales Wettbewerbsrecht (UWG), WRP 2007, 119–127.
- Zippelius, Reinhold*, *Juristische Methodenlehre*, 11. Aufl., München 2012 (zitiert: *Zippelius*).

## Eidesstattliche Erklärung

*„Jedes einzelne Wort dieses zählen, schlecht geschriebenen Durcheinanders habe ich mir eigenhändig abgerungen.“<sup>961</sup>*

Hiermit erkläre ich an Eides statt, dass ich die vorliegende Arbeit selbständig verfasst habe. Die Arbeit habe ich ohne Benutzung anderer als der angegebenen Hilfsmittel angefertigt. Die aus fremden Quellen direkt oder indirekt entnommenen Gedanken sind als solche kenntlich gemacht.

Die Arbeit hat nicht zuvor in ihren wesentlichen Teilen einer anderen Prüfungsbehörde vorgelegen und ist nicht zuvor in gleicher oder ähnlicher Form bereits veröffentlicht worden.

Dortmund, 28. März 2014

---

<sup>961</sup> *Groucho Marx, Groucho & Marx: zwei Autobiographien, übersetzt von Sven Böttcher, Zürich 2010, S. 20.*