

„DER EIGENPREISVERGLEICH“

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Würde eines

doctor iuris

der Juristischen Fakultät

der Bayrischen Julius-Maximilians-Universität

Würzburg

vorgelegt von

Mario Stark

aus Hamburg

2003

Erstgutachter: Prof. Dr. Scherer

Zweitgutachter: Prof. Dr. Sosnitza

Tag der mündlichen Prüfung: 12. Mai 2004

Meiner Familie
und meinen Freunden
in Dankbarkeit

DANKSAGUNG

Mein Dank gilt in besonderem Maße Frau Professor Dr. Inge Scherer, die diese Arbeit gefördert hat und mir zu jeder Zeit mit Rat und Tat zur Seite stand. Ebenso danke ich Herrn Professor Dr. Sosnitza für die zügige und gewissenhafte Erstellung des Zweitgutachtens.

Großen Dank schulde ich Tobias Mentzel, Timo Alte, Esther Fülcher, Frau Endres, Ilja Schneider und Christian Kattner, die sich die mühsame Arbeit des Korrekturlesens geteilt haben.

Nicht vergessen sollen aber auch all diejenigen sein, die mir einfach durch ihr Dasein in allen Phasen der Bearbeitung mehr geholfen haben, als es ihnen vielleicht bewusst war und ist.

INHALTSVERZEICHNIS

Literaturverzeichnis	VII
Abkürzungsverzeichnis	XXVIII
EINLEITUNG.....	1
GANG DER DARSTELLUNG	4

KAPITEL 1

DER EIGENPREISVERGLEICH - DAS PROBLEM

A. Begriffsbestimmung.....	5
I. Allgemeine Definition.....	5
II. Erscheinungsformen in der deutschen Werbepraxis	5
III. Abgrenzung	6
IV. Motive, Ziele, Strategien.....	7
1. sog. „echtes“ Sonderangebot	7
2. „Lockvogelwerbung“ allgemein.....	8
a. Das „Lockvogelangebot“	8
b. Das „Anlockangebot“	9
3. Zwischenbetrachtung.....	10
V. Die Wirkung des Eigenpreisvergleichs	10
1. Kurzfristiger Effekt.....	10
2. Langfristiger Effekt (Preisimage).....	11
a. empirische Betrachtung.....	11
b. objektiv-rationale Betrachtung.....	12
c. Zwischenbetrachtung	14
B. Der Eigenpreisvergleich im Wettbewerb.....	15
I. Wesen und Funktion von Wettbewerb	15
II. Wettbewerbsfreiheit und ihre Schranken	16
III. Zwischenbetrachtung	17
IV. Die „Schwachstelle“ des Wettbewerbs	17

II

1. Der unvollkommen informierte Verbraucher	18
2. Die Rationalität der Kaufentscheidung beim Eigenpreisvergleich.....	20
3. Die unreflektierte Kaufentscheidung beim Eigenpreisvergleich.....	23
4. Zwischenbetrachtung	24
C. Stellenwert der Werbung mit Preissenkungen	24
I. Funktion und Wirkung von Werbung allgemein.....	24
1. Die Januskopf-These	25
2. Der heutige Ansatz	25
II. Der Lerneffekt (Erinnerungsfunktion)	29
III. Zwischenbetrachtung	30
IV. Der Preis	31
1. Die Freiheit der Preisgestaltung und der Preiswerbung	31
2. Der besondere Werbegegenstand „Preis“	32
3. EXKURS: Die Beurteilung von Preisangaben	33
D. Gefahrenpotential des Eigenpreisvergleichs.....	34
I. Gefährdung von Verbrauchern.....	35
1. Irreführung über das Vorliegen einer Preissenkung	35
2. Irreführung über die Vergleichbarkeit	38
3. Fehlvorstellung hinsichtlich der Günstigkeit des Sonderpreises	38
4. Irreführung über die Preisgestaltung des Gesamtsortiments	40
a. Der betriebswirtschaftliche Ansatz	40
b. Der Ansatz von Rechtsprechung und herrschender Lehre.....	42
c. Der Ansatz des kritischen Schrifttums.....	46
d. Eine kritische Betrachtung	47
e. Zwischenbetrachtung	51
5. Der „Verbundeffekt“	51
II. Gefahren für den Mitbewerber	53
1. Behinderung und Verdrängung des Mitbewerbers	55
2. Der Anschwärzeffekt	57
III. Steigerung des Gefahrenpotenzials durch Verlust an Markttransparenz	59

KAPITEL 2

DIE LAUTERKEITSRECHTLICHEN BEURTEILUNGSGRUNDLAGEN

A. § 6 e UWG a.F.	61
I. Allgemeines.....	62
II. Die wesentlichen Gründe für die Einführung	63
III. Die wesentlichen Gründe für die Aufhebung.....	65
1. Ausgestaltung als Gefährdungstatbestand	65
2. Das strukturpolitische Motiv	65
a. Die These von der wirtschaftspolitischen Neutralität des UWG	67
b. Der „funktionale“ Ansatz.....	70
c. Zwischenbetrachtung	71
d. Lauterkeitsrecht und Preispolitik	73
3. Europarechtliche Vorgaben	75
4. Sonstige Gründe für die Aufhebung	77
IV. Zwischenbetrachtung zu § 6 e UWG a.F.	78
B. Die Beweisproblematik.....	80
I. Grundsatz der Beweislastverteilung.....	81
II. „Darlegungs- und Beweispflicht“ der nicht beweisbelasteten Partei.....	82
1. Inhalt und Umfang der „Darlegungs- und Beweispflicht“	85
2. Allgemeine Aufklärungspflicht der Parteien des Zivilprozesses?.....	90
3. Rechtsfolgen bei Nicht- oder Schlechterfüllung der „Darlegungs- und Beweispflicht“	92
III. Beweislastumkehr	96
1. „Darlegungs- und Beweispflicht“ als Umkehr der Beweislast?.....	97
2. Allgemeine Beurteilung einer Beweislastumkehr i.R.d. § 3 UWG.....	102
3. § 5 Abs. 4 Ref.-Entwurf.....	105
IV. Zwischenbetrachtung	107
V. Der vorprozessuale Auskunftsanspruch.....	109
1. Der vorprozessuale Auskunftsanspruch nach der aktuellen Rechtslage...	110
2. § 9 Abs. 4 UWG-Vorschlag und der aktuelle Referentenentwurf.....	115
VI. Endbetrachtung zur Beweisproblematik	117

IV

C. Der Verbraucher und der Schutz der Entscheidungsgrundlage	119
I. Wettbewerbsrechtlicher Schutz von Verbraucherinteressen	119
1. Verbraucherschutz als Schutzzweck des UWG	120
2. Wettbewerbsrechtlich relevante Verbraucherinteressen	123
a. Optimierung des Angebots	123
b. Entschließungsfreiheit	124
aa. Schaffung und Sicherung von Kommunikationsstrukturen	125
bb. Verwertbarkeit der Informationen	128
(1.) Klarheit und Verständlichkeit von Werbeinformationen	128
(2.) Das Problem der Mehrdeutigkeit beim Eigenpreisvergleich	129
(a.) Durchgestrichene Preise und „statt“-Preis-Werbung	131
(aa.) Das Gegenüberstellen mit einem	
durchgestrichenen Preis	131
(bb.) Die „statt“-Preis-Werbung	134
(b.) Preisgegenüberstellung bei Markenartikeln	136
(c.) Neuer Normalpreis oder vorübergehender Sonderpreis.	137
(3.) Zwischenbetrachtung / Stellungnahme	138
(4.) Eigenpreisvergleich und der „allgemeine Marktpreis“	140
cc. Wahrheit von Verbraucherinformationen	142
II. Das Verbraucherleitbild	144
1. Bedeutung, Sinn und Zweck	144
2. Der europäische Verbraucher nach der Rechtssprechung des EuGH	145
3. Der nationale (deutsche) Verbraucher nach der Rechtssprechung	
des BGH	147
4. Der situationsadäquat aufmerksame Verbraucher	
(Informationsverhalten)	149
a. Das produktbedingte Informationsverhalten (Der Einfluss des	
Preisniveaus auf das Informationsverhalten und die Aufmerksamkeit	
des Verbrauchers)	150
b. Die informationsbedingte Aufmerksamkeit des Verbrauchers	153
c. Zwischenbetrachtung zur Aufmerksamkeit des Verbrauchers bei der	
Preiswerbung	154
III. Endbetrachtung / Stellungnahme: Verbraucherleitbild und Schutz der	
Entscheidungsgrundlage	155

KAPITEL 3**DER EIGENPREISVERGLEICH ALS GEGENSTAND DES PRIVATRECHTS**

A. Der Irreführungstatbestand des § 3 UWG	159
I. Eignung zur Irreführung (Relevanz)	160
II. Zur Irreführung geeignete Tatbestände des Eigenpreisvergleichs	161
B. Der allgemeine Sittenwidrigkeitstatbestand des § 1 UWG.....	167
I. Sittenwidrigkeit durch Täuschung	168
II. „Übertriebenes Anlocken“?.....	169
C. Die Preisangabenverordnung (PAngV)	171
D. Das Irreführungsverbot nach dem Regierungsentwurf zur Novellierung des UWG.....	173
E. Zwischenbetrachtung	174
 RESÜMEE UND AUSBLICK	 177

LITERATURVERZEICHNIS

- Ahlert, Dieter** „Die Bedeutung der offensiven Untereinstandspreispolitik (UEPP) im Handel für die Hersteller hochwertiger Markenartikel des aperiodischen Bedarfs“
WRP 1983, S. 459 ff.
- Ahrens Hans-Jürgen** „Das Herkunftslandprinzip in der E-Commerce-Richtlinie“
CR 2000, S. 835 ff.
- Ahrens Hans-Jürgen** „Verwirrtheiten juristischer Verkehrskreise zum Verbraucherleitbild einer ‚normativen‘ Verkehrsauffassung“
WRP 2000, S. 812 ff.
- Ahrens, Sönke** „Der Irreführungsbegriff im deutschen Wettbewerbsrecht“
WRP 1999, S. 389 ff.
- Aigner, Birgit** „Die Auswirkungen der Richtlinie zur vergleichenden Werbung aus das deutsche Wettbewerbsrecht“
Frankfurt a.M., Diss., 2001
- Alt, Wilfried** „UWG-Novelle und künftige Werbepraxis – Neuerungen und Ausblick“
NJW 1987, S. 21 ff.
- Anders, Hans Jürgen** „Analyse des Einkaufsverhalten“
in: GfK-Nürnberg (Hrsg.) „Der Einzelhandel 1978/80 - Versuch einer Standortbestimmung“, 1978, Nürnberg, S. 3 ff.
(zit.: Anders, Der Einzelhandel 1978/80, S. 3 (S.))
- Andersen, Eduard** „Lockvogelangebote für Markenspirituosen aus der Sicht des Verbrauchers und des Einzelhandels“
WRP 1978, S. 427 ff.
- Arbeitsgruppe „Überprüfung des Wettbewerbs“** „Bericht der Arbeitsgruppe „Überprüfung des Wettbewerbsrechts““
WRP 1997, S. 167 ff.
- Arens, Peter** „Zur Aufklärungspflicht der nicht beweisbelasteten Partei im Zivilprozess“
ZPP 96 (1983), S. 1 ff.
- Arndt, Helmut** „Macht und Wettbewerb“
in: Cox/Jens/Markert (Hrsg.) „Handbuch des Wettbewerbs“, 1981, München, S.49 ff.
(zit.: Arndt, HdW, S.)

- Ballmann, Jürgen** „Der Machtaspekt im UWG – Die Bedeutung der Macht eines Wettbewerbers für die Anwendung des § 1 UWG“
1990, Frankfurt a.M., Bern, New York, Paris, Lang
Zugl.: Mannheim, Diss., 1989
- Baudenbacher, Carl** „Zur funktionalen Anwendung von § 1 des deutschen und Art. 1 des schweizerischen UWG“
ZHR 144 (1980), S. 145 ff.
- Baudenbacher, Carl** „Machtbedingte Wettbewerbsstörung als Unlauterkeitstatbestände“
GRUR 1981, S. 19 ff.
- Baudenbacher, Carl** Buchbesprechung: Jürgen Ballmann „Der Machtaspekt im UWG“
ZHR Nr. 157 (1993), S. 437 ff.
- Baumbach, Adolf /
Hefermehl, Wolfgang** „Wettbewerbsrecht – Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, Zugabeverordnung, Rabattgesetz und Nebengesetze“
22. Aufl. 2001
- Baumbach, Adolf /
Lauterbach, Wolfgang
Albers, Jan /
Hartmann, Peter** „Zivilprozessordnung – mit Gerichtsverfassungsgesetz und anderen Nebengesetzen“
61. Aufl. 2003, München
- Beater, Axel** „Unlauterer Wettbewerb“
2002, München
- Beater, Axel** „Zum Verhältnis von europäischem und nationalem Wettbewerbsrecht – Überlegungen am Beispiel des Schutzes vor irreführender Werbung und des Verbraucherbegriffs“
GRUR Int. 2000, S. 963 ff.
- Beater, Axel** „Verbraucherschutz und Schutzzweckdenken im Wettbewerb“
1. Aufl. 2000 Tübingen
- Beater, Axel** „Die stillen Wandlungen des Wettbewerbsrechts – zugleich ein Beitrag zur Oriet-Teppichmuster-Entscheidung des BGH“
JZ 2000, S. 973 ff.
- Becker, Claus Dieter** „Die Aufhebung des Verbotes der Werbung mit Preisgegenüberstellungen gemäß § 6 e UWG und das neue EG-Recht“
1996, Münster
Zugl.: Münster, Diss., 1996

- van den Bergh, Roger / Lehmann, Michael** „Informationsökonomie und Verbraucherschutz im Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht“
GRUR Int. 1992, S. 588 ff.
- Berlit, Wolfgang** „Das neue Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb; Von den guten Sitten zum unlauteren Verfälschen“
WRP 2003, S. 563 ff
- BKartA** „Verkauf unter Einstandspreis“ – Bekanntmachung Nr. 147 / 2000 des BKartA zur Anwendung des § 20 Abs.4 Satz 2 GWB
WuW 2000, S. 1221 ff.
- Bodewig, Frauke** „Die wettbewerbsrechtliche Beurteilung der organisierten kostenlosen Kundenbeförderung nach deutschem, belgischem und französischem Recht“
GRUR Int. 1979, S. 29 ff.
- Böhm, Franz** „Wettbewerb und Monopolkampf – Eine Untersuchung zur Frage des wirtschaftlichen Kampfrechts und zur Frage der rechtlichen Struktur der geltenden Wirtschaftsordnung“
1933, Berlin
- Borck, Hans-Günther** „Die Interessenabwägung bei Irreführender Werbung“
WRP 1985, S. 63 ff.
- Borck, Hans-Günther** „Irreführende Werbung und Umkehr der Beweislast“
GRUR 1982, S. 657 ff.
- Brandmaier, Lothar** „Die freiwillige Selbstkontrolle der Werbung“
1978, Köln, Berlin, Bonn, München
- Braun, Kurt** „Werbung und Meinungsfreiheit nach Art. 5 Abs.1 Satz 1 Grundgesetz (GG)“
WRP 1982, S. 510 ff.
- Brehm, Wolfgang** „Bindung des Richters an den Parteivortrag und Grenzen freier Verhandlungswürdigung“
Tübingen 1982
- Buck-Freytag, Christina** „Auswirkungen der Richtlinie 97/55/EG über irreführende und vergleichende Werbung auf das nationale Wettbewerbsrecht“
Bonn, Diss., 2002
- Bülow, Peter** „Preisgestaltung und Rechtswidrigkeit – Zivilprozessrechtliche Grenzen der wettbewerbsrechtlichen Erfassung von Verkäufen unter Einstandspreis“
BB 1985, S. 1297 ff.

- Burmann, Hans, Fr.** „Wettbewerbsrecht und gewerblicher Rechtsschutz – Die Entwicklung vom Persönlichkeitsrecht zum Funktionsrecht im Wettbewerb“
WRP 1968, S. 258 ff.
- Canaris, Claus-Wilhelm** “Handelsrecht”
23. Aufl. (2000) München
- Dalai Lama, Seine Heiligkeit der XIV.** „Das Buch der Menschlichkeit – Eine neue Ethik für unsere Zeit“
1. Aufl., 2002
- Dall, Ulrich** „Das Preisgegenüberstellungsverbot gemäß § 6 e UWG – Problematik und Kritik der Auslegung dieser Norm in Rechtsprechung und Literatur“
Bonn, Diss., 1992
- Deutsche Vereinigung für gewerblichen Rechtsschutz** „Eingabe betr. Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb“
GRUR 1968, S. 355 ff.
- Deutsche Vereinigung für gewerblichen Rechtsschutz** „Mitteilung der Deutschen Vereinigung für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht - Eingabe betr. Stellungnahme der Deutschen Vereinigung für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht zu dem Gesetzesentwurf der Fraktion der CDU/CSU und FDP zur Änderung des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (BT-Drucks. 10/4741)“
GRUR 1986, S. 439 ff.
- Diller, Hermann** „Verkäufe unter Einstandspreis“
Marketing 1979, S. 7 ff.
- Diller, Hermann** „Theoretische und empirische Grundlagen zur Erfassung der Irreführung der Preisbemessung“
WiSt 1978, S. 249 ff.
- Diller, Hermann / Schneider, Karl-Heinz** „Die Wirkung von Verkäufen unter dem Einstandspreis auf den Wettbewerb“
WRP 1981, S. 243 ff.
- Diller, Hermann** „Die Preispolitik als Wettbewerbswaffe in der Marktwirtschaft“
WRP 1982, S. 63 ff.
- Diller, Hermann** „Markenschädigung durch Untereinstandspreis-Verkäufe?“
Der Markenartikel 1983, S. 52 ff.

- Diller, Hermann** „Preiskenntnis von Konsumenten“
1987, Hamburg
(zit.: Diller I, S.)
- Diller, Hermann** „Das Preisimage als Wettbewerbsfaktor im Einzelhandel“
Nürnberg, 1991
(zit.: Diller II, S.)
- Dilly, Torsten** „Das Irreführungsverbot des Art. 3a der Richtlinie über
irreführende und vergleichende Werbung“
Heidelberg, Diss., 2001
- Doepner, Ulf** „Verbraucherleitbild zur Auslegung wettbewerbsrechtli-
chen Irreführungsverbots – Anmerkungen zum Diskussi-
onsstand“,
WRP 1997, S. 999 ff.
- Droste, Helmut** Anmerkung zum BGH-Urteil vom 20.12.1977 – Kredit-
vermittlung
GRUR 1978, S. 251
- Eichmann, Helmut** „Gegenwart und Zukunft der Rechtsdemoskopie“
GRUR 1999, S. 939 ff.
- Ekey, Friedrich L. /
Klippel, Diethelm /
Kotthof, Jost /
Meckel, Astrid /
Plass, Gunda** „Heidelberger Kommentar zum Wettbewerbsrecht“,
Heidelberg, 2000
(zit.: HK-WettbR/Bearbeiter, § Rn.)
- Emmerich, Volker** „Unlauterer Wettbewerb“
6. Aufl. 2002, München
(zit.: Emmerich, UWG § Anm.)
5. Aufl. 1998, München
(u.d.T. „Das Recht des unlauteren Wettbewerbs“)
- Emmerich, Volker** „Übertriebenes Anlocken – was ist das eigentlich?“
in: Festschrift für Piper (1996), S. 171 ff.
- Emmerich, Volker** „Unlauterer Wettbewerb“
in: Festgabe 50 Jahre BGH Bd. II (2000), S. 627 ff.
zit.: Emmerich FS (2000), S. 627 (S.)
- Emmerich, Volker** „Wettbewerbsbeschränkungen durch die Rechtsprechung“
in: Festschrift für Joachim Gernhuber zum 70. Geburtstag
(1993) S.857 ff.
- Emmerich, Volker** „Kartellrecht“
9. Aufl. 2001 (München)
(zit.: Emmerich, KartellR § Anm.)

- Eppe, Mark** „Der Fall C&A – Ein Impuls zur Liberalisierung des § 7 Abs. 1 UWG“
WRP 2003, S. 29 ff.
- Eser, Gisbert** „Verkauf unter Einstandspreis aus wettbewerbs- und kartellrechtlicher Sicht“
BB 1985, S. 699 ff.
- Feldmann, Wolfgang** „Die UWG-Novelle im Überblick“
GewArch 1987, S. 360 ff.
- Fezer, Karl-Heiz** „Modernisierung des deutschen Rechts gegen den unlauteren Wettbewerb auf der Grundlage einer Europäisierung des Wettbewerbsrechts“
WRP 2001, 989 ff.
- Fezer, Karl-Heiz /
Koos, Stefan** „Das gemeinschaftsrechtliche Herkunftslandprinzip und die e-commerce-Richtlinie – Zur dringenden Notwendigkeit einer Harmonisierung des Wettbewerbs in den Mitgliedsstaaten der Europäischen Union als einer gemeinschaftlichen Aufgabe“
IPRax 2000, S. 349 ff.
- Fikentscher, Wolfgang** „Wirtschaftsrecht“
Band II: Deutsches Wirtschaftsrecht
1983, München
- Fritze, Ulrich** „Die Umkehr der Beweislast“
GRUR 1975, S.61 ff.
- Gaedertz, Alfred-Carl** „Lockvogelangebot unter Berücksichtigung von § 1 UWG“
GRUR 1980, S. 613 ff.
- von Gamm, Otto-
Friedrich Frhr.** „Wettbewerbsrecht“
Erster Halbband: Grundlagen, Europäisches Gemeinschaftsrecht, Internationales Wettbewerbsrecht, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb – unter Einschluss kartellrechtlicher Aspekte
5. Aufl., 1987 Köln, Berlin, Bonn, München
- von Gamm, Otto-
Friedrich Frhr.** „Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb“
3. Aufl. 1993, Köln, Berlin, Bonn, München
(zit.: vGamm UWG § Rn.)
- Gaul, Hans Friedhelm** „Zur Frage nach dem Zweck des Zivilprozesses“
AcP Band 168 (1968), S. 27 ff.

- Geiger, Herbert** „Sonderangebote werben für das gesamte Sortiment – Ergebnis einer Studie des Instituts für Demoskopie, Allensbach“
Der Markenartikel 1968, S. 414 ff.
- Gloy, Wolfgang (Hrsg.)** „Handbuch des Wettbewerbsrechts“
2. Aufl. 1997, München
(zit.: Gloy/Bearbeiter § Rn.)
- Gloy, Wolfgang** „Werbung mit der Preisstellung in der neueren höchstrichterlichen Rechtsprechung“
GRUR 1980, S. 395 ff.
- Gloy, Wolfgang / Bruhn, Dirk** „Die Zulässigkeit von Preisvergleichen nach der Richtlinie 97/55/EG – Kehrtwende oder Kontinuität?“
GRUR 1998, S. 226 ff.
- Göre, Stefan** „Frischer Wind aus Brüssel?“
WRP 2002, 36 ff.
- v. Godin, Hans Frhr** „Wettbewerbsrecht – Kommentar zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb nebst Warenzeichenverletzungen, Zugabeverordnung und Rabattgesetz“
2. Aufl., 1974, Berlin-New York
- Gottwald, Peter** „Anmerkung zum BGH Urteil vom 20.6.1977“
ZZP 92 (1979) S. 366 ff.
- Gröner, Helmut / Köhler, Helmut** „Verbraucherschutzrecht in der Marktwirtschaft – Ökonomische und rechtliche Aspekte des Konsumentencredits“
Tübingen 1987
- Groeschke, Peer / Kiethe, Kurt** „Die Ubiquität des europäischen Verbraucherleitbildes – Der europäische Pass des informierten und verständigen Verbrauchers“
WRP 2001, 230 ff.
- Gutachter-Ausschuss für Wettbewerbsfragen** WRP 1999, S. 449 ff.
- Gutenberg, Erich** „Grundlagen der Betriebswirtschaftslehre“
Band II: Der Absatz
(Reihe: Enzyklopädie der Rechts- und Staatswissenschaft: Abteilung Staatswissenschaft)
17. Aufl., 1984, Berlin, Heidelberg, New York, Tokio
- Hahn, Rüdiger** „Vorspannungswerbung ohne rechtliche Koppelung und ihre Beurteilung nach § 1 UWG“
WRP 1984, S. 59 ff.

- Hart, Dieter /
Köck, Wolfgang** „Zum Stand der Verbraucherrechtsentwicklung“
ZRP 1991, S. 61 ff.
- Hartwig, Henning** „Verfassungsrechtliche Anforderungen an die Fallgruppenbildung nach § 1 UWG“
NJW 2002, S. 38 ff.
- von Hayek, Friedrich A.** „Der Wettbewerb als Entdeckungsverfahren“
Schriftreihe: Kieler Vorträge
Folge 56 (1968)
(ebenfalls abgedruckt in: Freiburger Studien, Tübingen, 1969, S. 249 ff.)
- von Hayek, Friedrich A.** „Arten des Rationalismus“
in: Freiburger Studien, S. 75 ff.
1969, Tübingen
- Helm, Johann Georg** „Privatautonomie und zivilrechtlicher Verbraucherschutz“
in: Dichtl, Erwin (Hrsg.) „Verbraucherschutz in der Marktwirtschaft“ (1975), S. 61 ff.
- Henckel, Wolfram** „Buchbesprechung: Die Aufklärungspflicht der Parteien des Zivilprozesses (1976) von Rolf Stürner“
ZZP 92 (1979) S. 100 ff.
- Hefermehl, Wolfgang** „Die Konkretisierung der wettbewerbsrechtlichen Generalklausel durch Rechtsprechung und Lehre“
in: Festschrift, Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht in Deutschland, Band II (1991) S.897 ff.
(zit.: Hefermehl FS Band II (1991) S.897 (S.))
- Henning-Bodewig,
Frauke** „Das Europäische Wettbewerbsrecht: Eine Zwischenbilanz“
GRUR Int. 2002, S. 389 ff.
- Hiersemann, Walter** „Preisgegenüberstellung“
WRP 1962, S. 112 f.
- Hilke, Wolfgang /
Mähling, Friedrich W.** „Funktion der Absatzwerbung“
WISU 1980, S. 581 ff.
- Hilke, Wolfgang /
Mähling, Friedrich W.** „Zur Kritik an der Werbung – Die „Januskopf-These“ der Werbung und ihre Unhaltbarkeit nach neueren Erkenntnissen der Marketing-Wissenschaft“
Teil I: WISU 1981, S. 529 ff.
Teil II: WISU 1981, S. 583 ff.
- Hinze, Hans Werner** „Fortschreibung der Gemeinsamen Erklärung zur Sicherung des Leistungswettbewerbs“
WRP 1984, S. 653 ff.

- von Hippel, Eike** „Grundfragen des Verbraucherschutzes“
JZ 1972, S. 417 ff.
- von Hippel, Eike** „Verbraucherschutz“
2. Aufl., 1979, Tübingen
- Hirtz, Bernd** „Die Relevanz der Marktmacht bei der Anwendung des
UWG“
GRUR 1980, S. 93 ff.
- Hörnle, Stefan** „Werbeselbstdisziplin in Deutschland – 10 Jahre Deut-
scher Werberat“
WRP 1982, S. 504 ff.
- Hoppmann, Erich** „Wettbewerb und Werbung“
WuW 1983, S. 776 ff.
- Illert, Sven** „Der Preisvergleich mit empfohlenen Endverbraucherprei-
sen – eine Untersuchung der rechtlichen Grenzen preis-
vergleichender Werbung“
1965, Köln, Berlin, Bonn, München
- Immenga, Ulrich /
Mestmäcker, Ernst-
Joachim** „GWB – Kommentar“
3. Aufl., 2001, München
- Jacobs, Rainer (Hrsg.) /
Lindacher, Walter F.
(Hrsg.) /
Teplitzky, Otto (Hrsg.)** „UWG – Großkommentar“
(zit.: UWG-GK/Bearbeiter § Rn.)
Einleitung
(9. Lieferung, 1994, Berlin, New York)
§ 1 Abschnitt A
(12. Lieferung, 2000, Berlin, New York)
§ 1 Abschnitt C, D, E
(11. Lieferung, 1996, Berlin, New York)
§§ 2-6 e
(5. Lieferung, 1992, Berlin, New York)
- Jänich, Volker** „Überhöhte Verbotsstandards im UWG?“
1993, Köln, Berlin, Bonn, München
Zugl.: Osnabrück, Diss., 1993
- Jakovy, Jacok /
Speller, Donald /
Kohn, Carol A.** „Brand Choise Behavior as a Funktion of Information
Load“
Journal of Marketing Research 1974, S. 63 ff.
- Kantzenbach, Erhard /
Kallfass, Hermann H.** „Das Konzept des funktionsfähigen Wettbewerbs“
in: Cox/Jens/Markert (Hrsg.) „Handbuch des Wettbe-
werbs“, 1981, München, S.103 ff.

- Kehl, Dieter** „Wettbewerbsrecht“
1990, Köln, Berlin, Bonn
- Kellermann, Alfred** „Wettbewerbsbeschränkung durch Wettbewerbsregeln“
WuW 1965, S. 551 ff.
- Keßler, Jürgen** „Marktordnung, Wettbewerb und Meinungsfreiheit –
wettbewerbstheoretische und verfassungsrechtliche Aspekte des § 6 e UWG“
WRP 1987, S. 75 ff.
- Keßler, Jürgen** „Wettbewerbstheoretische Aspekte des Irreführungsverbo-
tes – eine ökonomische und dogmengeschichtliche Analyse“
WRP 1990, S. 73 ff.
- Keßler, Jürgen** „Wettbewerbsrechtliches Irreführungsverbot und Verbrau-
cherinformation – erste Anmerkung zur „Yves Rocher“-
Entscheidung des EuGH“
WRP 1993, S. 571 ff.
- Kilian, Wolfgang** „Marktinformationsverfahren und Wettbewerbsbeschrän-
kung“
NJW 1974, S. 289 ff.
- Kisseler, Marcel** „Die Vernichtung des Gegners als Zweck des Wettbe-
werbs“
WRP 1978, S. 59 ff.
- Kisseler, Marcel** „Preiswahrheit und Preisklarheit in der Werbung“
in: Festschrift Traub 1994, S. 163 ff.
- Kisseler, Marcel** „Die Werbeselbstkontrolle in Deutschland“
in: Festschrift für Piper, S. 283 ff.
- Kloss, Ingomar** „Werbung – Lehr-, Studien- und Nachschlagewerk“
1998, München, Wien, Oldenbourg
- Knöpfle, Robert** „Die marktbezogene Unlauterkeit“
Tübingen 1983
- Köhler, Helmut** „EG-Recht, nationales Wettbewerbsrecht und Verbrau-
cherschutz“
JuS 1993, S. 447 ff.
- Köhler, Helmut /
Piper, Henning** „Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb – mit Zugabe-
verordnung, Rabattgesetz und Preisangabenverordnung“,
2. Aufl., München 2001

- Köhler, Helmut /
Bornkamm, Joachim /
Henning-Bodewig, Frauke** „Vorschlag für eine Richtlinie zum Lauterkeitsrecht und eine UWG-Reform“
WRP 2002, S. 1317 ff.
- Koenigs, Folkmar** „Wechselwirkungen zwischen Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkung und Recht des unlauteren Wettbewerbs“
NJW 1961, S. 1041 ff.
- Konzept Basisreligion** „Glauben-Leben-Moral“,
Wörterbuch des Konzepts Basisreligion (Stand: Juni 2004)
www.basisreligion.de;
<http://217.175.235.200/basisreligion/LEXIKON.htm>
- Koppensteiner, Hans-Georg** „Wettbewerbsrecht“
Band 1: Österreichisches und Europäisches Kartellrecht,
2. Aufl., 1989, Wien
Band 2: Unlauterer Wettbewerb, 2. Aufl., 1987, Wien
- Kraft, Alfons** „Interessenabwägung und gute Sitten im Wettbewerbsrecht“
Berlin, München (1963)
- Kraft, Alfons** „Unlauterer Wettbewerb durch Werbung mit der Preiswürdigkeit?“
WRP 1975, S. 83 ff.
- Kraft, Alfons** „Die Berücksichtigung wirtschaftspolitischer und gesellschaftspolitischer Belange im Rahmen des § 1 UWG“
in: Festschrift für Horst Bartholomeyczik (1973), S.223 ff.
- Kraft, Alfons** „Gemeinschaftsschädliche Wettbewerbsstörung als unlauterer Wettbewerb?“
GRUR 1980, S. 966 ff.
- Kramm, Dietrich** „Verlustpreisunterbietung durch Verkauf unter Einstandspreis“
Der Markenartikel 1983, S. 46 ff.
- Kreuzer, K.** „Wettbewerb um jeden Preis? Zur Problematik des Verkaufs zu Verlustpreisen im Einzelhandel“
WRP 1985, S. 467 ff.
- Krieder, Albrecht** „Ist das UWG reformbedürftig?“
GRUR 1968, S. 511 ff.
- Kroeber-Riel, Werner** „Informationsüberlastung durch Massenmedien und Werbung in Deutschland – Messung, Interpretation, Folgen“
DBW 1987, S. 257 ff.

- Kroeber-Riel, Werner** „Kritik und Neuformulierung der Verbraucherpolitik auf verhaltenswissenschaftlicher Grundlage“
DBW 1977, S. 89 ff.
- Kroeber-Riel, Werner / Weinberg, Peter** „Konsumentenverhalten“
8. Aufl., 2003, München
- Krüger-Nieland, Gerda** „Schwerpunkt der wettbewerbsrechtlichen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes“
WRP 1979, S. 1 ff.
- Krüger-Nieland, Gerda** „Schwerpunkt der wettbewerbsrechtlichen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes“
WRP 1980, S. 311 ff.
- Kur, Annette** „Irreführende Werbung und Umkehr der Beweislast“
GRUR 1982, S. 663 ff.
- Kur, Annette** „Beweislast und Beweisführung im Wettbewerbsprozess“
Köln, Berlin, Bonn, München (1981)
- Laker, Michael** „Marktstrategie in der Krise (Teil II)
– Strategie International / Folge 52 –
Frankfurter Allgemeine Zeitung (FAZ) v. 11.05.2002,
S.67
- Lambsdorff, Hans Georg, Graf** „Handbuch des Wettbewerbsverfahrensrechts“
2000, Neuwied, Kriftel
- Lehmann, Michael** „Verkauf unter Einstandspreis und Lockvogelwerbung –
Eine rechtsvergleichende Untersuchung“
GRUR Int. 1977, S. 136 ff.
- Lehmann, Michael** „Wettbewerbsrecht, Strukturpolitik und Mittelstandsschutz“
GRUR 1980, S. 580 ff. (Teil I)
GRUR 1980, S. 633 ff. (Teil II)
- Lehmann, Michael** „Lockvogelwerbung und Verbraucherschutz in Deutschland“
ZVP 1979, S. 55 ff.
- Lehmann, Michael** „Schutz des Leistungswettbewerbs und Verkauf unter Einstandspreis – Anmerkung zu den BGH-Entscheidungen „Elbe-Markt“, „mini-Preis“, „Der Superhit“ und „Verkauf unter Einstandspreis“
GRUR 1979, S. 368 ff.
- Lehmann, Michael** „Die UWG-Neuregelung 1987 – Erläuterung und Kritik“
GRUR 1987, S. 199

- Lehmann, Michael** „Das Prinzip Wettbewerb“
JZ 1990, S. 60 ff.
- Lindacher, Walter F.** „Lockvogel- und Sonderangebote – Rechtliche Grenzen selektiver Niedrigpreisstellung“
1979, Köln, Berlin, Bonn, München
- Loewenheim, Ulrich** „Aufklärungspflichten in der Werbung – Eine Analyse der neueren Entscheidungspraxis –
GRUR 1980, S. 14 ff.
- Loewenheim, Ulrich** „Suggestivwerbung, unlauterer Wettbewerb, Wettbewerbsfreiheit und Verbraucherschutz“
GRUR 1975, S. 99 ff.
- Lüderitz, Alexander** „Ausforschungsverbot und Auskunftsanspruch bei Verfolgung privater Rechte“
Recht und Staat, Heft 319/320 (1966)
- Luckenbach, Helga** „Zur konsum- und wohlfahrtstheoretischen Relevanz der Konsumentensouveränität“
WiSt 1973, S. 399 ff.
- Maaß, Eckart** „Sortimentsbezogene Preissenkungs-Werbung und § 6 e UWG – Anmerkung zu OLG München WRP 1987, 694“
WRP 1988, S. 349 ff.
- Mähling, Friedrich W.** „Werbung, Wettbewerb und Verbraucherpolitik“
1983, München, Florenz
- von Mangoldt, Hermann/
Klein, Friedrich /
Starck, Christian** “Bonner Grundgesetz - Kommentar”
Band 1, Präambel Art.1-19
4. Aufl. 1999, München
- Mayer, Hans /
Illmann, Tanja** „Markt- und Wettbewerbspsychologie“
3. Aufl. 2000, Stuttgart
- Meffert, Heribert** „Marketing“
9. Aufl., 2000, Wiesbaden
- Mellerowicz, Konrad** Die wirtschaftliche Bedeutung der Lockvogelwerbung im Einzelhandel“
Der Markenartikel 1969, S. 43 ff.
- Melulluis, Klaus-J.** „Handbuch des Wettbewerbsprozesses – unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung“
3. Aufl. 2000, Köln
- Merkel, Rudolf** „Die Bekämpfung unzulässiger Preisunterbietungen“
1962, Köln, Berlin, Bonn, München

- Messing, Hans W.** „Die Hintergründe der Lockvogel-These“
Der Markenartikel 1963, S. 253 ff.
- Mestmäcker, Ernst-Joachim** „Der verwaltete Wettbewerb – Eine vergleichende Untersuchung über den Schutz von Freiheit und Lauterkeit im Wettbewerb“
1984, Tübingen
- Michel, Stefan** „Ungleichgewicht einzelner Angaben bei der Blickfangwerbung am Beispiel der Entscheidungen „Einzelteilräumung“ „Orient-Teppichmuster“ kontra „Computerwerbung“ – Auswirkung des europäischen Verbraucherleitbildes auf die Grundsätze zur Blickfangwerbung“
WRP 2002, S. 389 ff.
- Micklitz, Hans-W. / Keßler, Jürgen** „Funktionswandel des UWG“
WRP 2003, S. 919 ff.
- von Mises, Ludwig** „Nationalökonomie – Theorie des Handelns und des Wirtschaftens“
1940, Genf
- Moser v. Filseck** „Anmerkung zu BGH Urteil vom 20.1.61 – Pressedienst (GRUR 61, 356 ff.)“
GRUR 1961, S.360 ff.
- Müller, Thomas Walter** „Die demoskopische Ermittlung der Verkehrsauffassung im Rahmen des § 3 UWG“
München, Diss., 1987
- Münchener Kommentar** „Bürgerliches Gesetzbuch“
(zit.: MüKom/Bearbeiter § Rn.)
Band 1: Allgemeiner Teil (§§ 1-240, AGB-Gesetz); 4. Aufl., 2001, München
Band 2a: Schuldrecht Allgemeiner Teil (§§ 241-432); 4. Aufl., 2003, München
- Nacken, Gert** „Das Preisgegenüberstellungsverbot nach § 6 e UWG“
WRP 1987, S. 347 ff.
- Nacken, Gert** „Das Verbot der mengenmäßigen Beschränkung § 6 e UWG“
WRP 1987, S. 598 ff.
- Nacken, Gert** „Preisgegenüberstellung, Mengenmäßige Beschränkung, Sonderveranstaltung“
1990, Köln

- Nette, Claus-Georg** „Die kartell- und wettbewerbsrechtliche Beurteilung der Preisunterbietung – Eine rechtsvergleichende Untersuchung des Rechtes der Bundesrepublik Deutschland und der Vereinigten Staaten von Amerika“
1984, Köln, Berlin, Bonn, München
- Neumann, Carl Wolfgang** „Allgemeine Wettbewerbstheorie und Preismissbrauchsaufsicht“
(1983) Neuwied-Darmstadt
- Niemöller, Stefan** „Der Verbraucher in der deutschen und europäischen Rechtsprechung“
(1999) München
- Nieschlag, Robert /
Dichtl, Erwin /
Hörschgen, Hans** „Marketing“
19. Aufl., 2002, Berlin
- Nippe, Wolfgang** „Die Neuordnung des Rechts der Sonder- und Räumungsverkäufe im Vorschlag für eine UWG-Reform und im Referentenentwurf“
WRP 2003, S. 568 ff.
- Nordemann, Wilhelm** „Wie sich die Zeiten ändern – Der Wandel der Rechtsprechung zum Verbraucherleitbild in § 3 UWG“
WRP 2000, S. 977 ff.
- Ohly, Ansgar** „Richterrecht und Generalklausel im Recht des unlauteren Wettbewerbs“
1997, München
Zugl.: München, Diss., 1995
- Ott, Claus** „Systemwandel im Wettbewerbsrecht – Die Generalklausel des § 1 UWG und ihre Rückwirkung auf Rechtsprechung und Dogmatik“
in: Festschrift für Raiser (1994) S.403 ff.
- Palandt** „Bürgerliches Gesetzbuch“
62. Aufl. 2003, München
(zit.: Palandt/Bearbeiter § Rn.)
- Pepels, Werner** „Kommunikations-Management“
2. Aufl. 1996, Stuttgart
- Pietzner, Rainer** „Auskunft, Rechnungslegung und Schadensersatz bei wettbewerbswidrigem Eingriff in Firmenrechte“
GRUR 1972, S. 151 ff.

- Pinger, Winfried** „Brauchen wir ein gesetzliches Verbot des Verkaufs unter Einstandspreis?“
WuW 1984, S. 276 ff. (281 ff.)
- Poth, Ludwig G.** “Grundlagen des Marketing”
2. Aufl. 1990
- Potucek, Vladimir** „Strukturelle Wandlungen im deutschen Lebensmitteleinzelhandel und ihre Auswirkungen auf den Wettbewerb“
1987 Berlin
- Preißner, Andreas /
Engel, Stefan
Prütting, Hanns** „Marketing“
2. Aufl. 1995, München, Wien, Oldenburg
„Gegenwartsprobleme der Beweislast“
München 1983
- Raiser, Ludwig** “Marktbezogene Unlauterkeit”
GRUR Int. 1973, S. 443 ff.
- Reese, Ulrich** „Grenzüberschreitende Werbung in der Europäischen Gemeinschaft – unter besonderer Berücksichtigung der Auswirkung des Gemeinschaftsrechts auf das deutsche Recht des unlauteren Wettbewerbs“
1994, München
Zugl.: Bonn, Diss., 1992
- Rosenberg, Leo /
Schwab, Karl Heiz /
Gottwald, Peter** „Zivilprozessrecht“
15. Aufl. 1993, München
- Rudlowski, Thomas** “Zur Zulässigkeit der Preiswerbung mit Sonderangeboten im Einzelhandel – Analyse der Rechtsprechung zur Anwendung der §§ 6 d und 6 e UWG aus handelswissenschaftlicher Sicht”
1990, Göttingen
- Sack, Rolf** “Schützt § 1 GWB nur den schützenswerten Wettbewerb?”
WuW 1970, S. 395 ff.
- Sack, Rolf** „Der Verkauf unter Selbstkosten im Einzelhandel“
WRP 1983, S. 63 ff.
- Sack, Rolf** “Der Verkauf unter Selbstkosten in Handel und Handwerk”
BB 1988, Beilage 3, S. 1 ff.
- Sack, Rolf** „Der Rechtspolitische Zweck der §§ 6 d, 6 e UWG“ (Irreführungspotential bei Eigenpreiswerbung)
WRP 1989, S. 693 ff.

- Sack, Rolf** „Die Beschränkung der Werbung mit prozentualen Preis-
senkungen durch § 6 e UWG“
GRUR 1989, S. 789 ff.
- Sack, Rolf** “Die Auswirkungen des Art. 30 EG-Vertrag auf das Ver-
bot von Eigenpreisvergleichen (§ 6 e UWG)“
BB 1994, S. 225 ff.
- Sack, Rolf** “Das Verbraucherleitbild und das Unternehmerleitbild im
europäischen und deutschen Wettbewerbsrecht”
WRP 1998, S. 264 ff.
- Sack, Rolf** “Die Präzisierung des Verbraucherleitbildes durch den
EuGH”
WRP 1999, S. 399 ff.
- Sambuc, Thomas** „Monopolisierung als UWG-Tatbestand“
GRUR 1981, S. 796 ff.
- Samwer, Sigmar-Jürgen** „Verbraucherschutz und Wettbewerbsrecht“
GRUR 1969, S.326 ff.
- Scherer, Inge** „Privatrechtliche Grenzen der Verbraucherwerbung“
Berlin, 1996
Zugl.: Giessen, Universität, Habil. (1994/95; u.d.T.: „Zi-
vilrechtliche Grenzen der Verbraucherwerbung”)
- Scherer, Inge** „Wechselwirkung zwischen Kartellrecht und UWG“
WRP 1996, S. 174 ff.
- Scherer, Inge** „Divergenz und Kongruenz der Rechtsprechung des
EuGH und des BGH zur Verbraucherwerbung“
WRP 1999, S. 991 ff.
- Scherer, Inge** „Normative Bestimmung von Verwechslungs- und Irre-
führungsgefahr im Markenrecht“
GRUR 2000, S. 273 ff.
- Scheiger, Günter /
Schrattenecker, Gertrud** „Werbung“
4. Aufl., 1995, Stuttgart u.a.
- Schmalen, Helmut** „Wettbewerb im Meinungsstreit“
WiSt 1975, S. 496 ff.
- Schotthöfer, Peter** „Handbuch des Werberechts in den EU-Staaten – ein-
(Hrsg.) schließlich Norwegen, Schweiz, Lichtenstein und USA“
2. Aufl. 1997, Köln
(zit.: Schotthöfer/*Bearbeiter*, [Land], Rn.)

- Schramm, Carl /
Schade, Peter** „Das Recht der Preisgegenüberstellung“
WRP 1970, S. 204 ff.
- Schricker, Gerhard** „Die wettbewerbsrechtliche Beurteilung der Gratisverteilung von Fachzeitschriften“
GRUR 1980, S. 194 ff.
- Schricker, Gerhard** „Deregulierung im Recht des unlauteren Wettbewerbs?“
GRUR Int. 1994, S. 586 ff.
- Schüller, Renate** „Verkäufe unter Einstandspreis“
1988, Pfaffenweiler
Zugl.: Giessen, Diss., 1987
- Schulte-Nölke, Hans** „Europäisierung und Reform des UWG“
NJW 2003, Heft 36, Editorial
- Schweizer, Robert** „Die normative Verkehrsauffassung“ – ein doppeltes Missverständnis – Konsequenzen für das Leitbild des „durchschnittlich informierten, verständigen und aufmerksamen Durchschnittsverbraucher“
GRUR 2000, S. 923 ff.
- Sebastian, Karl-Heinz /
Maessen, Andrea** „Preis- und Preisnachlasskonzepte“
DBW 2002, S. 547 ff.
- Seibt, Katrin** „Das europäische Verbraucherleitbild – ein Abschied von der Verwechslungsgefahr als Rechtsfrage?“
GRUR 2002, S. 465 ff.
- Simitis, Konstantin** „Verbraucherschutz – Schlagwort oder Rechtsprinzip?“
1976, Baden-Baden
- Simon, Hermann** „Preismanagement“
2. Aufl., 1992 Wiesbaden
- Simon, Hermann** „Preispolitik“
in: Enzyklopädie der Betriebswirtschaftslehre, Band 4: Handwörterbuch des Marketing, hrsg. von Bruno Tietz, 2. Aufl., 1995, Stuttgart, S.2068 ff.
(zit.: Simon „Preispolitik“, 2068 (S.))
- Spätgens, Klaus** „Irreführende Werbung – Verbraucherleitbild – Marktforschung“
WRP 2000, S. 1023 ff.
- Speckmann, Gerhard** „Die Wettbewerbssache – UWG, MarkenG (gesch. Bez.), Wettbewerbsverfahren – Strategien in Wettbewerbstreitigkeiten“
3. Aufl. 2000, Köln, Berlin, Bonn, München

- Spliethoff, Hans Peter** „Verkehrsauffassung und Wettbewerbsrecht – Ein Beitrag zu Begriff, Ermittlung und Relevanz eines lauterkeitsrechtlichen Zentralbegriffs“
1992, Baden-Baden
Zugl.: Dortmund, Diss., 1991
- Staudinger** „J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen“
Zweites Buch: Recht der Schuldverhältnisse,
Einleitung zu §§ 241 ff.; §§ 241-243
13. Aufl., 1995, Berlin
- Stein-Jonas** „Zivilprozessordnung“
Hrsg. von Friedrich Stein
Band 2 (§§ 91-252)
21. Aufl. 1994, Tübingen
(zit. Stein/Jonas/Bearbeiter § Rn.)
- Streissler, Erich /
Streissler, Monika** „Konsum und Nachfrage“
1966, Köln, Berlin
- Streit, Michael** „Der Verlustpreisverkauf im Einzelhandel als Form des unzulässigen Nichtleistungswettbewerbs“
Gießen, Diss., 1986
- Strodthoff, Hans-Jürgen** „Werbung in Wirtschaft und Recht“
Hamburg, Diss., 1964
- Stürner, Rolf** „Die Aufklärungspflicht der Parteien des Zivilprozesses“
1. Aufl. 1976, Tübingen
- Stürner, Rolf** „Parteipflichten bei der Sachverhaltsaufklärung im Zivilprozess – Zugleich ein Beitrag zur Lehre der Beweisvereitelung“
ZZP 98 (1985), S. 237 ff.
- Teplitzky, Otto** „Zur Methodik der Interessenabwägung in der neueren Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zu § 3 UWG“
in: Festschrift Ralf Vieregge (1995)
- Tetzner, Heinrich** „Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb“
2. Aufl. 1957, Köln
- Thomas, Heinz /
Putzo, Hans** „Zivilprozessordnung – mit Gerichtsverfassungsgesetz, den Einführungsgesetzen und europarechtlichen Vorschriften“
25. Aufl. 2003, München

- Tilmann, Winfried** „Die Verkehrsauffassung im Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht – Möglichkeiten und Grenzen der demoskopischen Wahrheitsfindung im Prozess“
GRUR 1984, S. 716 ff.
- Tilmann, Winfried** „Der Auskunftsanspruch“
GRUR 1987, S. 251 ff.
- Tonner, Klaus** „Verbraucherschutz im UWG und die UWG-Reform von 1986“
NJW 1987, S. 1917 ff.
- Träger, Werner** „Das Verbot irreführender Werbung nach § 3 UWG im europäischen Binnenmarkt“
1993, Konstanz
Zugl.: Konstanz, Diss., 1993
- Treis, Bartho /
Rudlowski, Thomas** „Zur Zulässigkeit der Preiswerbung nach § 6 e UWG“
GRUR 1990, S. 961 ff.
- Trube, Claus Moritz** „Befristet-pauschale Preisherabsetzung nach der Preisangabenverordnung“
WRP 1999, S. 1241 ff.
- Trube, Claus Moritz** „ ‚Mondpreiswerbung‘ und der geplante § 5 Abs. 4 UWG“
WRP 2003, S. 1301 ff.
- Ulmer, Peter** „Der Begriff ‚Leistungswettbewerb‘ und seine Bedeutung für die Anwendung von GWB und UWG-Tatbeständen“
GRUR 1977, S. 565 ff.
- Ulmer, Eugen (Hrsg.)** „Das Recht des unlauteren Wettbewerbs in den Mitgliedstaaten der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft – Gutachten erstattet im Auftrag der Kommission der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft vom Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Patent-, Urheber- und Wettbewerbsrecht in München“
Band III: Deutschland
Bearbeiter: Reimer, Dietrich
1968, Köln
(zit.: Ulmer/*Bearbeiter*, Bd. III, Nr.)
- Vahlens Großes Wirtschaftslexikon** In zwei Bänden,
Hrsg. Dichtl, Erwin / Issing, Otmar
1987 München
- Völker, Stefan** „Preisangabenrecht – Recht der Preisangaben und Preiswerbung“
2. Aufl., München 2002

- Völp, Fromut** „Kritische Bemerkung zu § 6 d und e UWG“
GRUR 1987, S. 676 ff.
- Wagner, Peter A.** „Zur Speicherung der Werbebotschaft durch das Gedächtnis“
Der Markenartikel 1968, S. 629 ff.
- Wendlandt, Werner** „Das Preisrecht der Wettbewerbsgesetze“
1941, Berlin
- Westen, Heinz** „Unbillige Behinderung von Wettbewerbern durch Verkäufe unter Einstandspreis“
1987, Berlin
- Westermann, Ingo** „Bekämpfung irreführender Werbung ohne demoskopische Gutachten“
GRUR 2002, S. 403 ff.
- Weyers, Hans-Leo** „Über Sinn und Grenzen der Verhandlungsmaxime im Zivilprozess“
in: „Dogmatik und Methode“, Josef Esser zum 65. Geburtstag (1975)
- Weyhenmeyer, Hans** „Rechtswidrige Preisvergleich – Wettbewerbsrechtliche und wettbewerbspolitische Grenzen“
WRP 1979, S. 766 ff.
- Wiebe, Andreas** „Die „guten Sitten“ im Wettbewerb – eine europäische Regelungsaufgabe?“
WRP 2002, S. 283 ff.
- Wirtschaftsausschuss** „Bericht des Ausschusses für Wirtschaft vom 21.2.80 zu dem Entwurf eines vierten Gesetzes zur Änderung des GWB“
WuW 1980, S. 366 ff.
- Wübker, Georg** „Preiskrieg und Strategie“
- Strategie International / Folge 24 -
Frankfurter Allgemeine Zeitung v. 13.10.2001, S.74
- Würdiger, Hans** „Schenkung als Werbemaßnahme – Eine grundsätzliche Auseinandersetzung mit der Rechtsprechung des Reichsgerichts“
WuW 1955, S. 71 ff.
- Zöller, Richard** „Zivilprozessordnung – mit Gerichtsverfassungsgesetz und den Einführungsgesetzen, mit Internationalem Zivilprozessrecht, EG-Verordnungen, Kostenanmerkungen“
23. Aufl. 2002, Köln
(zit.: Zöller/Bearbeiter § Rn.)

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

a.A.	andere Ansicht
Abs.	Absatz
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
a.F.	alte Fassung
allgA	Allgemeine Auffassung
a.M.	am Main
Anm.	Anmerkung
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
BB	Der Betriebs-Berater
Bearb.	Bearbeiter
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
bspw.	beispielsweise
BT.-Drs.	Drucksachen des Bundestages
bzw.	Beziehungsweise
CR	Computer und Recht
DBW	Die Betriebswirtschaft
d.h.	das heißt
Diss.	Dissertation
DVgRU	Deutsche Vereinigung für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
FAZ	Frankfurter Allgemeine Zeitung
Fn.	Fußnote
FS	Festschrift
gem.	gemäß
GewArch	Gewerbearchiv
GK	Großkommentar
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
GRUR Int.	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Internationaler Teil
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
Habil.	Habilitation
HK-WettbR	Heidelberger Kommentar zum Wettbewerbsrecht
hM	herrschende Meinung
Hrsg.	Herausgeber
IPRax	Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts
i.R.d.	im Rahmen des/der
i.S.d.	im Sinne des
i.w.S.	im weiten Sinne
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristenzeitung
Kap.	Kapitel
KartellR	Kartellrecht
KOM	Kommission
MA	Der Markenartikel

MarkenG	Markengesetz
MüKom	Münchener Kommentar
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen
n.F.	neue Fassung
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJW-RR	NJW-Rechtsprechungs-Report Zivilrecht
PAngV	Preisangabenverordnung
RabelsZ	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
Reg.-Entwurf	Regierungsentwurf
Rn.	Randnummer
s.	siehe
S.	Seite
Slg.	Sammlung der Rechtsprechung des Gerichts der Europäischen Gemeinschaften
s.o.	siehe oben
sog.	sogenannte
stRspr.	ständige Rechtsprechung
s.u.	siehe unten
u.a.	unter anderem
u.d.T.	unter dem Titel
u.U.	unter Umständen
UWG	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb
vgl.	vergleiche
WettbR	Wettbewerbsrecht
WiSt	Wirtschaftswissenschaftliches Studium
WISU	Das Wirtschaftsstudium
WRP	Wettbewerb in Recht und Praxis
WuW	Wirtschaft und Wettbewerb
z.B.	zum Beispiel
ZFP	Zeitschrift für Forschung und Praxis (auch: Marketing)
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht
zit.	zitiert
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
z.T.	zum Teil
Zugl.	Zugleich
ZVP	Zeitschrift für Verbraucherpolitik
ZZP	Zeitschrift für Zivilprozess

„Bis wir die eigentlichen Grenzen der Vernunft bei der Regelung unserer gesellschaftlichen Angelegenheiten erkennen gelernt haben, besteht in der Tat die große Gefahr, dass wir bei dem Versuch der Gesellschaft einen, wie wir denken, rationalen Plan aufzuzwingen, jene Freiheit ersticken, die die wesentliche Bedingung für eine graduelle Entwicklung bildet.“

(von Hayek in: Freiburger Studien (1969), 75 (89)).

EINLEITUNG

Zentrales Ordnungsprinzip in einer freiheitlich-liberalen Wirtschaftsordnung, wie der im deutschen Rechtsraum vorherrschenden sozialen Marktwirtschaft, ist der Wettbewerb. Dieser wird bestimmt durch den Wettstreit der an ihm beteiligten Anbieter von Waren und Leistungen um die Gunst des Abnehmers. Dabei gilt der Preis als das wohl effektivste und wirksamste Mittel des Wettbewerbs überhaupt. Zwar pflegt man landläufig davon zu sprechen, dass eine Ware für sich durch „Preis und Güte“ wirbt. Doch wird der Käufer einer qualitativ hochwertigen Ware nur dann den Vorzug geben, wenn er das „in aller Regel geforderte Mehr des Preises als gerechtfertigtes Entgelt des Qualitätsunterschiedes anerkennt“¹. Das verdeutlicht die Ausnahmestellung des Faktors Preis, der gerade in konjunkturschwachen Zeiten bzw. allgemein in Zeiten gesteigerten Preisbewusstseins zusätzlich an Bedeutung gewinnt.

Doch obwohl der Preis bereits an sich einen erheblichen Aufmerksamkeitswert besitzt, entfaltet er seine ganze Wirkung erst dann, wenn die Werbung sich seiner bemächtigt, da Werbung neben dem informativen ein suggestives Element besitzt, das die Aufmerksamkeit des Umworbenen erregt und auf das beworbene Angebot lenkt. In besonderem Maße anlockende Wirkung kommt dabei dem werblichen Herausstellen einer Preissenkung zu. Denn diese suggeriert dem Betrachter eine besondere Günstigkeit des Angebots. Das kann in unterschiedlichster Art und Weise geschehen. Eine tradierte Methode ist das Gegenüberstellen eines niedrigeren (Sonder-) Preises mit dem von dem werbenden Unternehmer zuvor verlangten Preis – auch bekannt als Eigenpreisvergleich. Dieser Art der Auszeichnung einer Preissenkung widmet sich die vorliegende Untersuchung.

Der Eigenpreisvergleich ist seit jeher von besonderer wettbewerbsrechtlichen Relevanz, da es sich um ein von der Wirtschaft bevorzugtes und weit verbreitetes, weil effektives Werbemittel handelt, welches aber ein erhebliches Irreführungspotential in sich trägt und zudem in besonderem Maße missbrauchsanfällig ist. Nichts liegt dem hemmungslosen Unternehmer näher und lässt sich einfacher umsetzen, als das Vortäuschen einer

¹ Wendlandt (1941) S. 6.

Senkung des eigenen Preises, um so die Anlock- bzw. Werbewirkung zu seinen Gunsten und zu Lasten der Mitbewerber auszunutzen.

Ansatzpunkt der lauterkeitsrechtlichen Problematik ist dabei die Irreführung des Betrachters (Verbraucher²) und damit der Eingriff in dessen Entscheidungsfreiheit. Stützt der Verbraucher seine Entscheidung auf die täuschende Angabe, was bei Informationen über den Preis bzw. dessen Veränderung mit einiger Wahrscheinlichkeit der Fall ist, so basiert diese Entscheidung auf einer Grundlage, die der Wirklichkeit nicht entspricht, und die der Verbraucher bei Kenntnis der tatsächlichen Umstände nicht oder nicht so getroffen hätte. Die so erwirkte Fehlleitung der Konsumententscheidung führt zu einer spürbaren Verzerrung des angestrebten leistungsbezogenen Wettbewerbs. Dahinter verbirgt sich eine nicht zu unterschätzende Gefahr für die Funktionen des Leistungswettbewerbs, was letztlich eine Gefährdung für die leistungsfähigen Mitbewerber bedeuten kann. Wie sich diese Gefährdung durch den Eigenpreisvergleich konkret äußert und wie ihr aus lauterkeitsrechtlicher Sicht zu begegnen ist, bildet den Gegenstand der nachfolgenden Untersuchung.

Kartellrechtliche Aspekte bleiben dabei außer Betracht, als der (Markt-) Machtfaktor für die lauterkeitsrechtliche Beurteilung der im Zusammenhang mit dem Eigenpreisvergleich bestehenden Problematik einer Irreführungsgefahr ohne Relevanz ist. Denn die Größe eines Wettbewerbers hat keinen Einfluss auf die lauterkeitsrechtliche Qualität einer irreführenden Werbung. Der Anspruch an ein faires Wettbewerbsverhalten gilt insofern für alle Wettbewerber gleichermaßen. Entscheidend wird es dagegen auf den Faktor „Verbraucher“ ankommen. Dieser ist Maßstab dafür, ob eine Angabe irreführend ist oder nicht, und sein Verhalten ist grundlegend für die wettbewerbsrechtliche Beurteilung der Werbemaßnahme.

Ein weiteres, aus wettbewerbsrechtlicher bzw. prozessrechtlicher Sicht grundlegendes Problem bei der Erfassung missbräuchlicher Handhabung des Eigenpreisvergleichs stellt die Beweisbarkeit der Irreführung durch die Werbung mittels Eigenpreisvergleichs dar. Der Hauptgrund liegt darin, dass die für den Nachweis des Täuschungstatbestandes erforderlichen Tatsachen in wesentlichen Punkten aus der Sphäre des Werbenden selbst stammen, zu denen Außenstehende keinerlei Zugang oder sonst eine zumutbare Möglichkeit der Kenntnisnahme haben. Der Kläger kann sich daher weder auf den Prozess bzw. die Beweisführung entsprechend vorbereiten noch kann er sich hinsichtlich der

² Die nachfolgende Untersuchung bezieht sich primär auf den Verkehr mit dem Verbraucher i.S.d. § 13 BGB, der damit als „Betrachter“ des Eigenpreisvergleiches zu behandeln ist.

Richtigkeit seines Klagebegehrens Gewissheit verschaffen und die Erfolgsaussichten einer Klage einschätzen. Auf diese Problematik lässt sich ein Großteil der als überaus erheblich eingeschätzten Dunkelziffer an nicht (gerichtlich) geahndeten Verstößen gegen das Irreführungsverbot durch die Werbung mittels Eigenpreisvergleichs zurückführen, in denen aus Gründen des Prozess- bzw. Kostenrisikos gar nicht erst Klage erhoben wird. Es ist daher die Frage zu stellen, wie es dem Kläger, der sich gegen einen seiner Meinung nach irreführenden Eigenpreisvergleich wendet, ermöglicht werden kann, dass der Prozess nicht bereits an der für ihn unüberwindbar erscheinenden Hürde der Beweisermittlung bzw. Beweisführung scheitert. Des Weiteren stellt sich in diesem Zusammenhang die Frage einer vorprozessualen Kenntnisnahme der täuschungsrelevanten Umstände durch Außenstehende bzw. die Frage einer vorprozessualen Auskunftspflicht des Werbenden hinsichtlich irreführungsrelevanter Umstände.

Der Eigenpreisvergleich ist aufgrund seines Irreführungspotentials und der Missbrauchsanfälligkeit bereits in der Vergangenheit Gegenstand einer kontrovers geführten Diskussion in Rechtswissenschaft und Politik gewesen. Diese führte zwischenzeitlich (von 1986 – 1994) zu einem grundsätzlichen Verbot des Eigenpreisvergleiches durch § 6 e UWG a.F.. War die Auseinandersetzung mit der Thematik zunächst eher politisch motiviert und wurde die Werbung mittels Eigenpreisvergleich von der Rechtswissenschaft nur punktuell und wenig erschöpfend aufgegriffen, hat die Normierung und später die Aufhebung von § 6 e UWG a.F. den Anstoß zu eingehenden und umfassenden Untersuchungen speziell zum Thema Eigenpreisvergleich gegeben. In Anbetracht der bereits erschöpfend geführten Auseinandersetzung um die Norm des § 6 e UWG a.F., soll der Tatbestand dieser, mittlerweile ersatzlos gestrichenen Regelung nicht Gegenstand der vorliegenden Untersuchung sein. Es erscheint aber durchaus hilfreich, sich mit der geführten Diskussion, speziell mit den Gründen der Einführung und der baldigen Aufhebung der Norm, auseinander zu setzen. Besonderes Augenmerk ist dabei auf das dem Verbot anhaftende strukturpolitische Motiv zu legen, zu dem sich der Gesetzgeber zwar nicht offiziell bekannte, das aber nach weit verbreiteter Ansicht in der Rechtslehre ein wesentlicher Grund für den Normerlass war.

Seit nunmehr geraumer Zeit hat der Eigenpreisvergleich in der wettbewerbswissenschaftlichen Diskussion keine nähere Beachten gefunden. Den aktuellen Anlass zu einer erneuten eingehenden lauterkeitsrechtlichen Untersuchung dieser Thematik gibt neben §

5 Abs. 4 des aktuellen Regierungsentwurfs zur Novellierung des UWG³, die allgemein spürbare Tendenz zur Liberalisierung des Wettbewerbsrechts, insbesondere mit Blick auf die von der Rechtsprechung eingeleitete und vom Gesetzgeber aufgegriffene Neuausrichtung der Verbraucherpolitik im Werberecht. So macht nicht nur die im Jahre 2001 erfolgte Aufhebung des Rabattgesetzes und der Zugabeverordnung, sondern gerade auch die im Regierungsentwurf von 2003 zur UWG-Reform geplante Aufhebung der Reglementierung von Sonderveranstaltungen (§ 7 und § 8 UWG) die Richtung einer weitgehenden Freigabe des Wettbewerbs mit Sonderleistungen deutlich. Gleichzeitig führt der zu beobachtende Konzentrationsprozess am Markt zu einem gesteigerten Wettbewerb, in dem sich vor allem markt- bzw. kapitalstarke Wettbewerber erfahrungsgemäß verstärkt des Preiskampfes bzw. der Preiswerbung bedienen. In diesem Zusammenhang kommen Methoden zur Bekanntmachung von Preissenkungen durch deren werbliches Herausstellen eine besondere Bedeutung zu, deren wettbewerbsrechtliche Zulässigkeitsprüfung gerade auch im Interesse der werbenden Wirtschaft ist. Die Untersuchung des Eigenpreisvergleichs als eine Grundform der Preissenkungswerbung gibt dabei nicht nur Aufschluss über die lauterkeitsrechtliche Beurteilung des Eigenpreisvergleichs selbst, sondern kann zudem Anhaltspunkt zur Bewertung weiterer Werbemethoden auf dem Gebiet der Werbung mit Sonderangeboten sein.

GANG DER DARSTELLUNG

Zunächst sollen in einer detaillierten Darstellung allgemeine Zusammenhänge und die Ausgangsproblematik bei der Werbung mit dem Eigenpreisvergleich offengelegt, sowie grundlegende Fragen aufgeworfen und vorab geklärt werden (*Kapitel 1*). Sodann sind in einem zweiten Schritt die einer wettbewerbsrechtlichen Beurteilung des Eigenpreisvergleichs zugrundeliegenden wesentlichen Faktoren schwerpunktmäßig zu untersuchen (*Kapitel 2*). Bezug genommen wird dabei auf die zurückliegende rechtliche Entwicklung des Eigenpreisvergleichs im UWG und der hierzu geführten Diskussion (*Kapitel 2, A.*), auf die Beweisproblematik (*Kapitel 2, B.*) sowie auf die Beurteilung unter Verbraucherschutzgesichtspunkten in Anbetracht der neueren Entwicklung in der Verbraucherpolitik (*Kapitel 2, C.*). Abschließend ist der Eigenpreisvergleich als Gegenstand des materiellen Privatrechts zu betrachten (*Kapitel 3*). Die Abhandlung verläuft unter Berücksichtigung des aktuellen Regierungsentwurfs zur Reformierung des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (Stand: 22.8.2003).

³ Stand: 22.8.2003 - abgedruckt in BT-Drs. 15/1487.

KAPITEL 1

DER EIGENPREISVERGLEICH – DAS PROBLEM

A. Begriffsbestimmung

I. Allgemeine Definition

Unter dem Begriff des „Eigenpreisvergleichs“ wird allgemein das Gegenüberstellen des von dem werbenden Unternehmer bisher geforderten (Normalpreis) mit dem aktuell geforderten Preis verstanden⁴. Dabei kann es sich entweder um die Bekanntmachung eines neuen Normalpreises oder um das Herausstellen einer vorübergehenden Preisveränderung (Sonderpreis) handeln.

Unter den Eigenpreisvergleich fällt dabei nicht nur die Gegenüberstellung mit einem neuen niedrigeren Preis - auch wenn dies wohl das typische Erscheinungsbild ist -, sondern auch die Ankündigung, in näherer Zukunft einen höheren Preis zu fordern⁵. Letztere Variante soll wegen ihrer geringen Bedeutung in der täglichen Werbepraxis nicht Gegenstand dieser Untersuchung sein.

II. Erscheinungsformen in der deutschen Werbepraxis

Aus der deutschen Werbepraxis sind die folgenden Erscheinungsformen des Eigenpreisvergleichs bekannt. Ganz allgemein werden Alt- und Neupreis nebeneinander gestellt und mittels eines *wörtlichen Zusatzes* in Bezug gesetzt bzw. erläutert (beispielsweise „statt ... jetzt ...“; „früher ... jetzt ...“) oder der (vorübergehend) nicht geltende Preis wird *durchgestrichen*. Diese Art der Preisauszeichnung kann an der Ware selbst (beispielsweise Preisetikett) oder in anderer Weise mit Bezug zur Ware angebracht sein (beispielsweise Schild über der räumlich abgegrenzten Ware). Grundsätzlich wird der Eigenpreisvergleich in werbewirksamer Weise optisch hervorgehoben, wobei der grafische Akzent auf den niedrigeren Preis gelegt wird. Ergänzend wird hin und wieder durch einen Zusatz die Preisdifferenz angegeben (beispielsweise „Sie sparen ... EUR“), wobei dann der grafische Akzent entweder auf der Differenz-Angabe oder den niedrigeren Preis gelegt wird (nur selten auf beide gleichzeitig).

⁴ Vgl. *Baumbach/Hefermehl* § 3 Rn. 294.

Des weiteren kann die Konstellation, bei der nur der aktuell verlangte Preis angegeben und mit einem *Zusatz* kombiniert wird, aus dem der Umfang der Preissenkung hervorgeht (beispielsweise „nur ... EUR – Sie sparen ...“; „ nur ... EUR - ...% billiger“), unter den Tatbestand des Eigenpreisvergleichs subsumiert werden. Hier ergibt sich der Vergleichswert (d.h. der nicht geltende Preis) aus der Werbeanzeige selbst. Auch wenn dieser bei der Methode mit Prozentangabe nicht immer für jeden einfach zu ermitteln ist, so bekommt der Verbraucher doch einen Eindruck vom Umfang der Preissenkung.

Ebenfalls bekannt ist das Gegenüberstellen eines günstigeren Gesamt- oder Set-Preises mit den jeweiligen Einzelpreisen, die zusammen einen höheren Gesamtpreis ergeben (Preisbündelung) ⁶.

III. Abgrenzung

Abzugrenzen ist der Eigenpreisvergleich von der Preisgegenüberstellung mit *anderen Bezugspreisen* wie beispielsweise den Preisen der Konkurrenz (Fall der vergleichenden Werbung, § 2 UWG), einer unverbindlichen (Hersteller-) Preisempfehlung, dem allgemeinen Marktpreis o.ä.

Ebenfalls nicht unter den hier zu behandelnden Begriff des Eigenpreisvergleichs fallen sog. *preisbezogene Angaben*⁷. Dabei wird nur der aktuell zu zahlende Preis angegeben, wobei mittels eines Zusatzes das Vorliegen einer besonders günstigen Kaufgelegenheit suggeriert wird. Diese Angaben können zum einen direkt durch beigefügte Worte (beispielsweise „Sonderpreis“, „so billig wie nie“) ihren Ausdruck finden, aber auch aus den Umständen hervorgehen (beispielsweise roter Preishintergrund). Ein Vergleichswert lässt sich in diesen Fällen aus der Werbeangabe heraus nicht ermitteln, weshalb diese Form der Sonderpreiswerbung nicht unter den Begriff des Eigenpreisvergleichs fällt. Im Gegensatz zum Eigenpreisvergleich wird der Sonderangebotscharakter also nicht durch einen Vergleich mit dem früheren höheren Preis verdeutlicht, sondern mittels eines preisbezogenen Zusatzes.

⁵ Bspw. Einführung eines neuen Produktes oder Geschäfteöffnung (Einstiegspreise), wobei der Zeitpunkt der Preiserhöhung anzugeben ist, vgl. BGH GRUR 85, 929 (930) – Späterer Preis; vGamm Kap. 44 Rn. 3.

⁶ Gloy/Helm § 49 Rn. 252 a.E.; LG Frankfurt WRP 86, 361; BGH NJW-RR 96, 1194 – Setpreis.

⁷ Baumbach/Hefermehl § 3 Rn. 277.

Nicht zu verwechseln ist die dem Eigenpreisvergleich zugrunde liegende Preissenkung mit der Gewährung eines *Rabattes*⁸ oder einer *Zugabe*⁹. Bei einem Rabatt hat die Preissenkung nur im Einzelfall gegenüber dem jeweiligen Verhandlungspartner Gültigkeit, wogegen der niedrigere Preis des Eigenpreisvergleichs Allgemeingültigkeit hat, d.h. er gilt gegenüber jedem Kunden¹⁰. Und anders als bei der Zugabe, bei der dem Kunden ein geltwerter Vorteil in Form einer zusätzlichen Ware oder Leistung gewährt wird (Nebenware/-leistung; „Zu-Gabe“) ¹¹, schlägt sich die Preissenkung beim Eigenpreisvergleich unmittelbar in der erworbenen Ware oder Leistung nieder.

IV. Motive, Ziele, Strategien

Besondere Aufmerksamkeit ist den unterschiedlichen Motiven bzw. Strategien, die hinter einem Eigenpreisvergleich stecken, zu widmen. Wie grundsätzlich mit jedem betriebsbezogenen Verhalten, verfolgt der Unternehmer mit dem Herausstellen herabgesetzter Preise mittels Eigenpreisvergleich ein bestimmtes Ziel. Ebenso wie jede menschliche Handlung eine gewisse Finalität besitzt, sind gewerbliche Handlungen zumeist Teil einer betriebswirtschaftlichen Strategie, auf deren Verwirklichung sie gerichtet sind. So hat das Herausstellen von Preissenkungen eine Werbefunktion und dient allgemein der Absatzförderung, Umsatzsteigerung und damit der Gewinnmaximierung.

In diesem Zusammenhang zu unterscheiden sind das - wie Sack¹² es bezeichnet - „echte“ Sonderangebot und die sog. „Lockvogelwerbung“¹³. Bei letzterem wird wiederum zwischen dem „Lockvogelangebot“ und dem „Anlockangebot“¹⁴ zu differenzieren sein.

1. sog. „echtes“ Sonderangebot

Das sog. „echte“ Sonderangebot zielt auf den beschleunigten und/oder erhöhten Absatz der Angebotsware selbst ab¹⁵. Der Unternehmer wird hier grundsätzlich einen sachlichen Grund für die Preissenkung haben. Der Verkauf der Ware zu einem niedrigeren

⁸ I.S. d. RabattG, aufgehoben seit dem 24.7.2001 (BGBl. I 1663).

⁹ I.S. d. ZugabeVO, aufgehoben seit dem 24.7.2001 (BGBl. I 1661).

¹⁰ *Baumbach/Hefermehl* § 1 RabattG Rn. 18.

¹¹ *Baumbach/Hefermehl* § 1 ZugabeVO Rn. 1, 2.

¹² *Sack* BB 1988, Beilage Heft 3, S. 4; *Sack* WRP 83,63 (65); *Sack* WRP 89, 693.

¹³ Allgemeine Bezeichnung, vgl. *Baumbach/Hefermehl* § 3 Rn. 279; BGH GRUR 70, 33 (34) - Lockvogel; BGH GRUR 99, 1011 (1012) - Werbebeilage.

¹⁴ Z.T. auch als „Verlockungsangebot“ bezeichnet.

¹⁵ *Sack* BB 1988, Beilage Heft 3, S. 4.

Preis ist in diesen Fällen nach kaufmännischen Grundsätzen geboten, beispielsweise bei verderblicher Ware, Sortimentsumstrukturierung sowie technischer oder modischer Veralterung¹⁶. Diese Ware muss schnell ihren Absatz finden, da sie anderenfalls nicht mehr oder nur noch vereinzelt zu verkaufen sein wird. Bevor der Unternehmer mangels Absatz einen Totalverlust hinnehmen muss, wird die Gewinnspanne z.T. drastisch reduziert oder auch zu Verlustpreisen verkauft. Es handelt sich also um eine betriebliche Schadensbegrenzung. Das Vorliegen eines sachlichen Grundes kann insofern Indizwirkung für ein „echtes“ Sonderangebot haben.

2. „Lockvogelwerbung“ allgemein

Charakteristisch an den Fällen der „Lockvogelwerbung“ ist das verfolgte Ziel, mit ihr nicht den Absatz der beworbenen Ware selbst, sondern vielmehr den des gesamten Sortiments des Werbenden zu beschleunigen und/oder zu erhöhen. Der Abnehmer soll zunächst nur in die Verkaufsstätte gebracht werden, in der Hoffnung, er würde auf das gesamte Sortiment aufmerksam und seinen Bedarf (zumindest einen Teil davon) ebenfalls bei dem werbenden Unternehmen decken. Der Lockvogelwerbung kömmt insofern eine „Köderfunktion“ zu¹⁷. Im Gegensatz zum „echten“ Sonderangebot, ist der beschleunigte Absatz der reduzierten Ware nicht unbedingt der Ware selbst wegen geboten, was dies aber nicht ausschließt. Ganz im Gegenteil ist für die „Lockvogelwerbung“ typisch, dass von den Verbrauchern bevorzugt gekaufte Waren im Preis herabgesetzt werden, da von ihnen eine besonders starke Anlockwirkung ausgeht¹⁸.

a. Das „Lockvogelangebot“

Hauptfall der „Lockvogelwerbung“ ist das Werben mit im Preis herabgesetzter Ware, die gar nicht, nicht in hinreichender Menge, nicht in dem örtlich werbenden Warenlokal, nicht zu den angegebenen Konditionen oder zu dem angekündigten Zeitpunkt vorhanden ist („Lockvogelangebot“)¹⁹. Ebenso ein Fall des „Lockvogelangebots“ ist es,

¹⁶ BT-Ausschuss GRUR 69, 338 (339); *Sack* BB 1988, Beilage Heft 3, S. 4; *Krüger-Nieland* WRP 79, 1 (4/5).

¹⁷ *Baumbach/Hefermehl* § 3 Rn. 279; *Sack* WRP 83, 63 (65); *Lehmann* ZVP 79, 55; dazu auch *Diller* I, S. 21 f..

¹⁸ Bspw. Markenware, vgl. *Baumbach/Hefermehl* § 3 Rn. 279; *Gloy/Helm* § 50 Rn. 127.

¹⁹ *Köhler/Piper* § 3 Rn. 404 ff.; *Baumbach/Hefermehl* § 3 Rn. 280 f..

wenn die Ware zwar in hinreichender Menge vorhanden ist, aber versucht wird, den Verbraucher zum Kauf eines anderen (teureren) Produkts zu bewegen²⁰.

Charakteristisch an Lockvogelangeboten ist also, dass der Absatz der Lockvogelware, sofern diese überhaupt vorhanden ist, möglichst verhindert werden soll. Der Unternehmer „missbraucht“ das (vermeintliche) Angebot, um die Verbraucher in sein Warenlokal zu locken, in der Hoffnung, sie würden trotz Enttäuschung über die Fehlleitung normal kalkulierte oder selbst überteuerte Waren bei ihm erwerben.

b. Das „Anlockangebot“

Bei der hier als „Anlockangebot“ bezeichneten Preissenkung macht sich der werbende Unternehmer den sog. „Verbundeffekt“²¹ zunutze. Dieser Effekt besteht darin, dass wenn der Verbraucher – angelockt durch die verbilligt angebotene Ware – das Warenlokal erst einmal betreten hat, er auf das weitere Sortiment aufmerksam wird und seinen Einkauf meist nicht auf die sonderangebotene (Anlock-) Ware beschränken, sondern zusätzlich seinen sonstigen Bedarf (zumindest einen Teil davon) bei dem werbenden Unternehmen decken wird. Ein solches Verbraucherverhalten mag unterschiedliche Gründe haben. So können beispielsweise:

- die Überzeugung, das Gesamtsortiment sei preiswert,
- Bequemlichkeit oder
- Zeitmangel zum umfassenden Preisvergleich

eine Rolle spielen²². Was genau der Grund für dieses Verhaltensmuster ist, sei der Wirtschaftswissenschaft überlassen und kann an dieser Stelle dahingestellt bleiben. Für die wettbewerbsrechtliche Beurteilung von Werbemaßnahmen ist letztlich die allgemeine Erkenntnis von Bedeutung, dass der „Verbundeffekt“ realer Bestandteil des Konsumalltags ist und damit gerade auch im Zusammenhang mit dem Eigenpreisvergleich einer besonderen Beachtung bedarf.

Für die lauterkeitsrechtliche Bewertung sei beachtet, dass im Gegensatz zum „Lockvogelangebot“, bei dem ein Absatz der Angebotsware im Grunde nicht stattfindet bzw. nicht stattfinden soll, dieser beim „Anlockangebot“ als fester Bestandteil der Verkaufsstrategie einkalkuliert ist.

²⁰ *Lehmann ZVP* 79, 55.

²¹ Zum „Verbundeffekt“ S. Kap. 1, D., I., 5.

²² Vgl. *Sack WRP* 89, 693 (696); *Andersen WRP* 78, 427 (429/430); *Diller I*, S. 22; *Baumbach/Hefermehl* § 1 Rn. 258; *BGH GRUR* 79, 55 (57) – Tierbuch.

3. Zwischenbetrachtung

Gegenstand der vorliegenden Untersuchung soll allein der Eigenpreisvergleich als solcher sein, d.h. die Art und Weise der Bekanntmachung einer Preissenkung und ihre Wirkung auf das (Kauf-) Verhalten der Verbraucher. Dabei können die unterschiedlichen Motive und Zielsetzungen, die hinter einem Eigenpreisvergleich stehen, für dessen rechtliche Bewertung von wesentlicher Bedeutung sein. Davon zu unterscheiden ist die Problematik hinsichtlich des Lockvogelangebots²³, die für die lauterkeitsrechtliche Beurteilung des Eigenpreisvergleichs ohne Relevanz und damit nicht Gegenstand der Untersuchung ist.

V. Die Wirkung des Eigenpreisvergleichs

Allgemein betrachtet hat der Eigenpreisvergleich als Werbemittel absatzfördernde Wirkung. Das In-Aussicht-Stellen von Preisvorteilen bewirkt grundsätzlich eine gesteigerte Konsumbereitschaft beim Abnehmer, was insoweit einer in der Wirtschaftswissenschaft allgemein anerkannten Tatsache entspricht²⁴. Dabei stellt sich aber die Frage, ob die Wirkung der Absatzförderung ein nur kurzfristiger oder auch ein langfristiger Effekt ist.

1. Kurzfristiger Effekt

Ein nur vorübergehend gesenkter Preis hat unter anderem den Effekt, auf den Verbraucher einen psychischen Druck in der Weise auszuüben, als dieser schnell zugreifen muss, wollte er in den Genuss des Sonderangebots kommen. Um die Gelegenheit einer besonders preiswerten Einkaufsmöglichkeit nicht verstreifen zu lassen, und sich im nachhinein vielleicht über die verpasste Chance zu ärgern, sieht sich so mancher Kunde quasi „gezwungen“²⁵, das Sonderangebot wahrzunehmen. Das führt letztlich zu einem Ansteigen des Absatzes der beworbenen als auch der sonstigen²⁶ Ware für die Zeit der Sonderaktion (kurzfristiger Effekt). Handelt es sich dagegen bei dem niedrigeren Preis um den neuen Normalpreis, wird dieser Effekt einer kurzfristigen Absatzsteigerung eher

²³ Eingehend dazu *Köhler/Piper* § 3 Rn. 404; *Baumbach/Hefermehl* § 3 Rn. 280.

²⁴ BT-Ausschuss GRUR 69, 338 (339); eingehend dazu Kap. 1, C., IV..

²⁵ Nicht zu verwechseln mit den Fällen des (psychologischen oder rechtlichen) Kaufzwangs, vgl. *Baumbach/Hefermehl* § 1 Rn. 46; *Köhler/Piper* § 1 Rn. 201 ff..

²⁶ Beachte hier den Verbundeffekt, dazu Kap. 1, D., I., 5..

ausbleiben, denn das Angebot kann von nun an jederzeit in Anspruch genommen werden.

2. Langfristiger Effekt (Preisimage)

Über den Umstand, dass das regelmäßige Werben mit Sonderangeboten in einigem Umfang einen auch langfristigen Effekt in Form eines günstigen Preisimages haben kann bzw. zur Suggestion eines solchen beiträgt, herrscht weitestgehend Einigkeit²⁷. Es stellt sich jedoch die Frage, wie sich dieser Effekt begründen bzw. herleiten lässt, und welchen Einfluss diese Wirkung auf die lauterkeitsrechtliche Beurteilung von Werbemaßnahmen wie den Eigenpreisvergleich hat²⁸.

a. empirische Betrachtung

Ausgangspunkt insbesondere des empirischen Ansatzes ist die These, der Verbraucher sei der Auffassung, man könne bei einem Anbieter, der regelmäßig und in erheblichem Umfang mit Preissenkungen wirbt, auch sonst preisgünstig einkaufen²⁹.

Die wenigen empirischen Untersuchungen, auf die im Zusammenhang mit der Ausgangsthese Bezug genommen wird und die diese weitgehend bestätigt haben³⁰, liegen bereits über 20 Jahre zurück und es muss bezweifelt werden, dass sich die Ergebnisse auf die heutigen Gegebenheiten übertragen lassen. Dennoch ist den in der Vergangenheit durchgeführten Untersuchungen zu entnehmen, dass der Verbraucher mit der Zeit gegenüber Sonderpreisaktionen kritischer geworden ist³¹. Geht man von einer normalen wirtschaftlichen Entwicklung des Verbrauchers aus und wollte man die zuletzt erkennbare Tendenz auf die heutigen Gegebenheiten übertragen, dann müsste der Anteil der

²⁷ Vgl. *Diller*, Marketing 79, 7 (11); *Geiger* MA 68, 414 (418 u. Tabelle 5); *Sack* WRP 89, 693 (696) m. w. N. zum werbewissenschaftlichen Schrifttum; unterstützend auch die Ergebnisse von *Andersen* WRP 78, 427 ff..

²⁸ Vgl. dazu Kap. 1, D., I., 4., c..

²⁹ Vgl. *Sack* WRP 89, 693 (696); dazu auch (1968) Institut für Demoskopie Allensbach, veröffentlicht von *Geiger* in: MA 68, 414 (418 – Tabelle 4); (1978) *Andersen* WRP 78, 427 (429, Tabelle Nr.6); ob diese Fragestellung für die Ermittlung eines Preisimages von Relevanz ist, bleibt an dieser Stelle zunächst dahingestellt, vgl. dazu Kap. 1, D., I., 4., d..

³⁰ (1968) Institut für Demoskopie Allensbach, veröffentlicht von *Geiger* in: MA 68, 414 (418 – Tabelle 4); *Andersen*, Der Einzelhandel 1978/80, S. 3 ff.; (1978) *Andersen* WRP 78, 427 (429, Tabelle Nr.6).

Verbraucher, die der Ausgangsthese entsprechend denken, sich weiterhin reduziert haben und dürfte heute nur noch einen unwesentlichen Teil der Verbraucherschaft ausmachen. Diese Folgerung steht jedoch ohne eine empirisch-faktische Grundlage der heutigen Verkehrsauffassung auf einem äußerst schwachen Fundament und bietet insofern keinen Anhaltspunkt für die Bewertung des heutigen Verbraucherverhaltens hinsichtlich der Werbepaxis mit Sonderpreisen. Mithin sind der Demoskopie hinsichtlich der vorliegenden Untersuchung mangels aktuellen Umfrageergebnisse keine weiterführenden Erkenntnisse zu entnehmen³².

b. objektiv-rationale Betrachtung

Betrachtet man die Ausgangsthese des empirischen Ansatzes rein objektiv-rational, so wird man sich der Feststellung nicht verschließen können, dass von einem einzelnen Sonderangebot, dessen Ausnahmecharakter wie beim Eigenpreisvergleich durch die Art der Preisauszeichnung hervorgehoben wird, nicht auf das Preisniveau des gesamten Sortiments geschlossen werden kann³³. Denn durch die Verdeutlichung des Ausnahmecharakters wird dem Betrachter offenbart, dass es sich um ein „Sonder“-Angebot handelt, dessen Preisstellung also gerade nicht repräsentativ für die Preisgestaltung des Gesamtsortiments ist³⁴.

³¹ 1968 waren 46% der befragten Verbraucher der Ansicht, das gesamte Sortiment sei preiswerter als bei anderen Anbietern, wogegen 1978 nur noch 21,9% dieser Meinung waren, vgl. Fn. 30; Vgl. dazu *Lehmann GRUR 79, 368 (375)*; so auch *Diller WiSt 78, 249 (252)*; *BGH GRUR 78, 649 (651)* – Elbe-Markt.

³² Zudem bestehen grundlegende Zweifel bezüglich der Genauigkeit von empirischen Befunden zur Wirkung von Sonderangeboten (vgl. *Simon*, „Preismanagement“, S. 530 f.; *HK-WettbR/Ekey*, § 3 Rn. 159 f.). Das wirft die grundlegende Frage nach dem Erkenntniswert von Umfrageergebnissen für die Beurteilung von Wettbewerbshandlungen auf, die jedoch nicht Gegenstand der vorliegenden Untersuchung sein soll. Vgl. zur wieder erstarkten Diskussion um die Ermittlung der Verkehrsauffassung im Prozess *Scherer WRP 99, 991 ff.*; *Westermann GRUR 02, 403 ff.*; *Groeschke/Kiethe WRP 01, 230 (235 ff.)*; *Seibt GRUR 02, 465 ff.*; *Schweizer GRUR 00, 932*; *Ahrens WRP 00, 812 ff. (814 ff.)*; *Spätgens WRP 00, 1023 ff.*

³³ Eingehend dazu Kap. 1, D., I., 4., b..

³⁴ Vgl. *BGH GRUR 70, 33 (34)* – Lockvogel; *BGH GRUR 78, 652 (653)* – mini-Preis; *Baumbach/Hefermehl § 3 Rn. 283 ff.*; *vGamm UWG § 1 Rn. 186 Esser BB 85, 699 (700)*; *Kreuzer WRP 85, 467 (470)*; Mit Blick auf den empirischen Ansatz wäre von daher ganz allgemein die Frage zu stellen, ob bzw. in welcher Weise ein empirischer Befund, der eine Verkehrsauffassung „nachweist“, die der objektiv zutreffenden Aussage einer Preisangabe widerspricht, überhaupt wettbewerbsrechtliche Beachtung finden kann, vgl. dazu bereits *Kraft GRUR 75, 83 (85 f.)*, sowie zur Diskussion bzgl. der Ermittlung der Verkehrsauffassung im Prozess die Literaturhinweise in Fn. 679.

Gegen eine derart objektiv-rationale Betrachtung der Dinge wurde vorgebracht, sie verkenne die „langfristig wirkenden suggestiven Mechanismen von regelmäßigen Sonderangeboten“³⁵ und werde der komplexen Struktur der Thematik nur ungenügend gerecht³⁶. Im werbewissenschaftlichen Schrifttum sei allgemein anerkannt, dass regelmäßiges Werben mit Sonderangeboten in erheblichem Umfang insgesamt ein günstiges Preisimage vermittelt, möge dies auch nicht gerechtfertigt sein³⁷. Durch repetierenden Einsatz, d.h. durch gleichartige oder in ihrer Gestalt wechselnde Wiederholung, würde eine nachhaltige (Werbe-) Wirkung erzielt. So biete der Einkauf von Sonderangeboten allgemein ein hohes „*Gratifikationspotenzial*“, das als persönliche positive Erfahrung die Einstellung zu einer Einkaufsstätte erfahrungsgemäß stärker präge als negative Erfahrungen³⁸, und somit einen vorteilhaften Eindruck beim Käufer hinterlässt³⁹. Dieser bleibende Eindruck fungiere in bestimmten Entscheidungssituationen unbewusst als Stimulus⁴⁰.

Ein Image sei stets ein „compositum mixtum aus Dichtung und Wahrheit“⁴¹ – es entstehe aus der Symbiose von Suggestion und sachlicher (nachprüfbarer) Information⁴². Dementsprechend begründe sich ein günstiges Preisimage zum einen aus den tatsächlich verlangten Preisen und zum anderen aus dem Gefühl, dass der Käufer bei seinem Einkauf erlebt⁴³. Der Verbraucher entwickle auf diese Weise eine positive Beziehung zu einem Anbieter, den er in Zukunft bevorzugt aufsuchen wird. Insofern trägt das regelmäßige Werben mit Sonderangeboten zur Bildung eines günstigen Preisimages bei.

³⁵ Sack WRP 89, 693 (696).

³⁶ Sack WRP 89, 693 (696).

³⁷ Vgl. Sack WRP 89, 693 (696); Diller, Marketing 79, 7 (11); Geiger MA 68, 414 (418 u. Tabelle 5); unterstützend die Ergebnisse von Andersen WRP 78, 427 ff.; Sebastian/Maessen DBW 02, 547 (Anm. 4.1); Potucek, S. 181 f..

³⁸ Vgl. Schmalen WiSt 75, 496 (497).

³⁹ Diller, Marketing 79, 7 (11).

⁴⁰ Gloy/Gloy § 14 Rn. 10; dazu auch Niemöller S. 19 (Erinnerungs-Impulsentscheidung).

⁴¹ Hilke/Mähling WISU 80, 581 (584).

⁴² Hilke/Mähling WISU 80, 581 (584); Mähling, S. 125 f..

Die Bildung eines günstigen Preisimages aufgrund von regelmäßigem Werben mit Sonderangeboten lässt sich theoretisch aber auch auf andere Weise erklären. Denn das wiederholte und umfangreiche Werben mit reduzierten Preisen kann – zumindest in den Augen des Betrachters – Ausdruck besonderer Leistungsstärke sein. Das werbende Unternehmen erscheint so im Lichte eines aktiven Wettbewerbers. Geht man mit dem Betrachter davon aus, dass das restliche Sortiment zwar nicht entsprechend günstig, dafür aber zu normal und nicht überhöht kalkulierten Preisen angeboten wird⁴⁴, bekommt das werbende Unternehmen den „Stempel“ einer allgemein günstigen Einkaufsstätte. Dieses günstige Preisimage lässt sich dann aber nicht mit einem besonders günstigen Niveau der Normalpreise begründen, sondern vielmehr mit dem Verbraucher-Eindruck eines günstigen *Durchschnittspreisniveaus* (aus Sonder- und Normalpreisen). Denn durchaus nachvollziehbar wird sein, dass der Verbraucher bei seiner Gesamtbewertung die von ihm erwarteten (potentiellen) Sonderangebote mit einschließt. Im Vergleich zu Anbietern, deren Normalpreise auf dem gleichen Niveau liegen, ist daher bei dem zusätzlich mit Sonderangeboten lockenden Anbieter ein günstigerer Gesamteinkauf zu erwarten.

c. Zwischenbetrachtung

Es bleibt zunächst festzuhalten, dass dem regelmäßiger Werben mit Sonderangeboten ein langfristiger Effekt in Form eines günstigen Preisimages des Werbenden zukommt. Die sich anschließende Frage, ob bzw. inwieweit diese Feststellung Beachtung bei der wettbewerbsrechtlichen Beurteilung einer entsprechenden Sonderangebotspraxis zukommt bzw. dies Auswirkungen auf die lauterkeitsrechtliche Zulässigkeit der Werbung mit dem Eigenpreisvergleich hat, wird im Rahmen der vorliegenden Untersuchung noch zu stellen und eingehend zu behandeln sein⁴⁵.

⁴³ Angemerkt sei, dass der Begriff des Images im werbewissenschaftlichen Schrifttum allgemein als ein verschwommenes und uneinheitliches Konstrukt betrachtet wird, vgl. eingehend dazu *Mayer/Illmann*, S. 77; *Kloss*, S. 83 f..

⁴⁴ An dieser Stelle wird zu Darstellungs Zwecken bewusst die Gefahren von Mischkalkulation außer Acht gelassen, vgl. dazu Kap. 1, D., I., 4..

⁴⁵ Siehe Kap. 1, D., I., 4., c. und d..

B. Der Eigenpreisvergleich im Wettbewerb

I. Wesen und Funktion von Wettbewerb

Nach dem gewöhnlichen Sprachgebrauch ist Wettbewerb ein Vorgang, bei dem mindestens zwei Personen zur gleichen Zeit das gleiche Ziel zu erreichen suchen, wobei nur einer von ihnen das begehrte Ziel erreichen kann⁴⁶. Das Wort Wettbewerb ist die deutsche Entsprechung des Wortes Konkurrenz (lat. concurrere: zusammenlaufen, sich in einen Kampf einlassen)⁴⁷. Immer wieder dient die sportliche Auseinandersetzung (Wettkampf) zum Vergleich oder als Parallele für den hier interessierenden wirtschaftlichen Wettbewerb. Die Rechtsprechung beschreibt ihn als ein Verhalten, das auf den Abschluss von Geschäften mit Kunden gerichtet ist und dessen (objektive) Eignung, den Absatz des handelnden Wettbewerbers zu Ungunsten desjenigen eines Mitbewerbers zu fördern, von der Absicht des Handelnden (Wettbewerbsabsicht) getragen wird⁴⁸. In der wirtschaftlichen Realität tritt Wettbewerb in unterschiedlichster Form und Intensität in Erscheinung⁴⁹. Dabei gehört bei allen seinen Ausprägungen die Verdrängung von leistungsschwachen Wettbewerbern zum Wesen des Wettbewerbs (*Auslesefunktion*)⁵⁰. Wettbewerb begünstigt aber nicht nur den leistungsstarken Wettbewerber, dem ermöglicht wird, sich von seinen Konkurrenten abzusetzen und seine Leistungskraft voll zu entfalten. Gewinner eines funktionierenden (gesunden) Wettbewerbs sind zudem die Umworbene – die Verbraucher. Denn das mit Wettbewerb einhergehende Streben der Wettstreitenden nach der bestmöglichen Leistung, führt zur Optimierung des dem Verbraucher Angebotenen. Dabei entwickelt sich das Angebot nicht bloß nach den Vorstellungen der Anbietenden, sondern gerade auch nach den (individuellen) Wünschen der Nachfrager. Denn sie sind es, auf die der Anbieter sein Angebot ausrichtet⁵¹. Das

⁴⁶ *Baumbach/Hefermehl* Allg. Rn. 1, 5; *UWG-GK/Schünemann*, Einl. A8..

⁴⁷ *Baumbach/Hefermehl* Allg. Rn. 1.

⁴⁸ Vgl. stRspr. BGHZ 3, 270 (277); BGH GRUR 66, 509 (512) – Assekuranz; BGH GRUR 97, 473 (474) – Versierter Ansprechpartner; *Köhler/Piper* Einf. Rn. 210; *Baumbach/Hefermehl* Allg. Rn. 6, 7 führt an, dass eine abstrakte Definition des wirtschaftlichen Wettbewerbs aufgrund seiner Mannigfaltigkeit nicht gefunden werden kann, dies für die Rechtsanwendung aber auch entbehrlich sei.

⁴⁹ Eingehend zu den Erscheinungsformen S. *Baumbach/Hefermehl* Allg. Rn. 18 ff..

⁵⁰ *Baumbach/Hefermehl* Allg. Rn. 22; *Sack* BB-Beilage 3 / 1988, 1 (15).

⁵¹ Vgl. *vMises* 1940, S. 258, 271; zum Ganzen auch *Baumbach/Hefermehl* Allg. Rn. 70 a.E..

Wirtschaftssystem der freien Konkurrenz ist in dieser Hinsicht auf die bestmögliche volkswirtschaftliche Versorgung gerichtet⁵².

II. Wettbewerbsfreiheit und ihre Schranken

Grundlage jeden Wettbewerbs ist seine Freiheit. Mit dem Begriff der Wettbewerbsfreiheit wird allgemein die jedem gewährleistete Möglichkeit verstanden, sich auf einem bestimmten Markt wirtschaftlich zu betätigen⁵³. In Anbetracht dessen, dass diese Freiheit Marktteilnehmern mit gegenläufigen Interessen gewährt wird (Wettbewerber), besteht jedoch die Gefahr, dass sie sich gegen sich selbst richtet („Der Wettbewerb selbst kann den Wettbewerb beseitigen“⁵⁴). Sinn und Zweck einer allen Teilnehmern gleichermaßen gewährten Freiheit ist aber nicht, dass sie nur von einzelnen Teilnehmern auf Kosten derselben Freiheit anderer wahrgenommen wird. So findet jede grundrechtlich garantierte Freiheit ihre Grenzen dort, wo sie in ein (Freiheits-) Recht anderer mit Verfassungsrang eingreift und dieses verkürzt (sog. verfassungsimmanente Schranke)⁵⁵. Im Falle einer solchen Kollision von Freiheitsrechten bedarf es eines angemessenen Ausgleiches der sich gegenüberstehenden Interessen, bei dem beiden Seiten zur größtmöglichen Geltung verholfen wird und der Wesensgehalt aller betroffenen Rechte gewahrt bleibt (praktische Konkordanz)⁵⁶.

Im deutschen Wirtschaftsbereich hat sich weitgehend das Prinzip der sozialen Marktwirtschaft durchgesetzt⁵⁷. Es basiert auf der Freiheit von Wettbewerb als rechtlich abgesichertem Prinzip unter Berücksichtigung seiner sozialen Aufgabe⁵⁸. Der Wettbewerb ist kein autarkes Gebilde. Die ihn beeinflussenden wettbewerbsfremden Umstände sind vielfältig und können von solcher Komplexität sein, zu deren Kompensierung die wiederholt angeführten Selbstheilungskräfte des Wettbewerbs nicht im Stande zu sein scheinen⁵⁹. Zur Wahrung einer für alle Beteiligten bestmöglichen freien wirtschaftlichen Entfaltungsmöglichkeit kann insofern dort, wo die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs

⁵² *Baumbach/Hefermehl* Allg. Rn. 70 a.E..

⁵³ *Baumbach/Hefermehl* Allg. Rn. 26 ff.; *Köhler/Piper* Einf. Rn. 173.

⁵⁴ *Baumbach/Hefermehl* Allg. Rn. 33.

⁵⁵ BVerfGE 28, 243 (261); *Jarass/Pieroth* Vorb. vor Art.1 Rn. 45; *vMünch* Vorb. Art.1-19 Rn. 56 f..

⁵⁶ BVerfGE 93, 1 (21); *Jarass/Pieroth* Vorb. vor Art.1 Rn. 49; *vMünch* Vorb. Art.1-19 Rn. 47.

⁵⁷ *Fikentscher*, Bd. II, § 20 II 7 (S. 31 ff.); *Baumbach/Hefermehl* Allg. Rn. 70.

⁵⁸ Vgl. *Baumbach/Hefermehl* Allg. Rn. 1.

⁵⁹ *Kramm*, MA 83, 46 (51); *Sack* BB Beilage 3/88, 1 (15); *Piper* WuW 84, 281; zur Selbstständigkeit des Wettbewerbs, vgl. *Baumbach/Hefermehl* Allg. Rn. 70 .

durch Marktunvollkommenheiten gestört wird, ein ausgleichendes bzw. regelndes Eingreifen durch den Gesetzgeber angezeigt bzw. gerechtfertigt sein („soziale“ Marktwirtschaft)⁶⁰. Allerdings muss der Eingriff selbst wiederum auf die bestmögliche Förderung, Erhaltung und Entfaltung von freiem Wettbewerb gerichtet sein. Er darf nicht zu einer gleichwertigen Beschränkung des freien Wettbewerbs führen, deren Beseitigung er gerade dient.

III. Zwischenbetrachtung

Die Funktionsfähigkeit des in der Bundesrepublik vorherrschenden Wirtschaftssystems der sozialen Marktwirtschaft setzt den Bestand von Wettbewerb sowie dessen größtmögliche Freiheit voraus. Nach dem diesem Wirtschaftssystem zugrundeliegenden Gedanken, ist (gesunder) Wettbewerb gut für die Gesellschaft und ihre Wirtschaft. Er regt sie zum Ausbau ihrer Fähigkeiten an und fördert so ihr Fortkommen – er ist quasi ihr Lebenselixier. Ausgehend vom Grundsatz der Wettbewerbsfreiheit, lässt sich die Unzulässigkeit einer Wettbewerbshandlung nur anhand ihrer Art und Weise oder ihrer Wirkung begründen⁶¹.

Als Wettbewerbshandlung⁶² ist der Eigenpreisvergleich also prinzipiell zulässig und wettbewerbskonform. Ob sich seine Unlauterkeit dennoch aus einer wettbewerbsstörenden Wirkung oder einer wettbewerbsfremden Eigenschaft ergibt, und damit ein Eingriff in das verfassungsrechtlich geschützte Rechtsgut der Wettbewerbsfreiheit gerechtfertigt wäre, ist Gegenstand dieser Untersuchung.

IV. Die „Schwachstelle“ des Wettbewerbs

Eine eingehende Diskussion der wirtschaftswissenschaftlich-theoretischen Ansätze bezüglich der Frage nach dem optimalen Maß an Wettbewerb (Wettbewerbskonzeptionen) entzieht sich zwar der Grundlage der vorliegenden Untersuchung⁶³. Doch können die in

⁶⁰ *Baumbach/Hefermehl* Allg. Rn. 72, 70; *Fikentscher*, Bd. II, § 20 II 7 (S. 31 ff.).

⁶¹ *Baumbach/Hefermehl* Allg. Rn. 21.

⁶² *Köhler/Piper* § 3 Rn. 80 ff..

⁶³ In der Wirtschaftswissenschaft werden zu der Frage des optimalen Maßes an Wettbewerb zwei grundlegende Konzepte vertreten: das *Konzept der Wettbewerbsfreiheit* (auch *neoklassisches Konzept*), das ausgehend von dem Vertrauen in die Selbstregulierungskräfte des Wettbewerbs für die Beschränkung auf ein Minimum von ordnungspolitischem Eingreifen plädiert, und das *Konzept des funktionsfähigen Wettbewerbs* (*workable competition*), das den Wettbewerb als Instrument zur Erreichung volkswirtschaftlich erwünschter Ziele betrachtet. Diese Konzeptionen finden ihre Bedeutung in ordnungspolitischen Fragen,

der Wirtschaftswissenschaft gewonnenen Erkenntnisse den Blick auf die tatsächlichen Umstände des Wettbewerbs eröffnen. So sollten die in der Realität vorzufindenden Gegebenheiten, Basis aller rechtlichen Beurteilung sein⁶⁴. Fraglich ist, welche Erkenntnisse und Erfahrungen aus der Ökonomie, als auch der Verhaltensforschung eine rechtliche Erfassung des Eigenpreisvergleichs rechtfertigen und für ihre Beurteilung von Bedeutung sein könnten.

1. Der unvollkommen informierte Verbraucher

War Grundlage früherer Wettbewerbskonzeptionen das Modell des vollkommenen Marktes⁶⁵, dessen Teilnehmer über vollkommene Informationen verfügen und sich rein rational verhalten (Modell des *homo oeconomicus*), hat die heutige Wirtschafts- bzw. Wettbewerbswissenschaft dieses statische (Gleichgewichts-) Modell als realitätsfern verworfen⁶⁶. Der Markt, wie er sich in der wirtschaftlichen Realität darstellt, sei unvollkommen, d.h. seine Teilnehmer besitzen nur unvollkommene Informationen, weshalb Unsicherheit den Prozess des Wettbewerbs bestimme und niemand seine Ergebnisse im Voraus kennen kann. Das für wirtschaftliche Entscheidungen (gleich welcher Marktseite) erforderliche und relevante Wissen muss im Verlauf des Wettbewerbsprozesses zunächst hervorgebracht und entsprechend verwertet werden⁶⁷. Mithin streben die Marktteilnehmer – sowohl auf Anbieter- als auch Nachfragerseite – nach mehr oder weniger umfassendem Wissen als Grundlage ihrer wirtschaftlichen Entscheidungen, weshalb das Wesen des Wettbewerbs auch als dynamisches Entdeckungsverfahren bezeichnet wird (Wettbewerb als ein Verfahren zur Entdeckung und Verwertung von Wissen)⁶⁸.

Tatsache sei, und das wird als Grundlage der vorliegenden Untersuchung anerkannt, dass auch der Abnehmer grundsätzlich über nur unvollkommene Informationen hin-

nicht jedoch für die rechtliche Beurteilung der Lauterkeit im Wettbewerb, vgl. *Baumbach/Hefermehl* Allg. Rn. 16 ff.; sowie zu den Konzepten *Kantzenbach/Kallfass* in: *Handbuch des Wettbewerbs*, S. 105 ff.; *Lehmann JZ* 90, 61 ff.; *UWG-GK/Schünemann*, Einl. A6 ff..

⁶⁴ Vgl. *Illert*, S. 15; *Tetzner* § 1 UWG, Rn. 8.

⁶⁵ Zur sog. neoklassisch mikroökonomischen Theorie (Marktgleichgewichtstheorie) S. bei *Meyer WiSt* 98, 71.

⁶⁶ Siehe bei *Meyer WiSt* 98, 71; *Hart/Köck ZRP* 91, 61 (62) – es handle sich dabei um ein nur „theoretisches Konstrukt“.

⁶⁷ Vgl. *vHayek* 1968, S. 3; S. auch bei *Meyer WiSt* 98, 71 (73).

⁶⁸ Vgl. *vHayek* 1968, S. 3; *Immenga/Mestmäcker* Einl. Rn. 3; zum Ganzen *Meyer WiSt* 98, 71 (74).

sichtlich des Angebotes am Markt verfügt. Genau das ist die Feststellung, die die hier relevante „Schwachstelle“ des Wettbewerbs verdeutlicht. Dem Abnehmer bzw. dem Umworbenen wird im abstrakten Gebilde „Wettbewerb“ eine Art Schiedsrichterrolle zugeteilt⁶⁹. Indem er sich für ein Angebot entscheidet, benennt er den „Sieger“ des wirtschaftlichen Wettstreits zwischen den Wettbewerbern auf der Anbieterseite. Um dieser ihm zugefallenen Rolle gerecht werden zu können, bedürfte es eines umfassend informierten Abnehmers, der sich souverän und in rationaler Weise für das aus seiner Sicht „günstigste“⁷⁰ Angebot entscheidet. Das ist aber nur in den seltensten Fällen so. Grundsätzlich muss mit einem nur unvollkommen informierten Verbraucher gerechnet werden. Dessen Informationsquelle ist neben sonstigen Verbraucherinformationen oder anders erlangtem Wissen zum Großteil der Anbieter selbst, der den Verbraucher über sein Angebot informiert. Das geschieht hauptsächlich über die Werbung. Werbung wiederum ist sehr einseitig. Denn den Werbenden trifft nur in seltenen Ausnahmefällen eine umfassende Aufklärungspflicht über sein Produkt oder seine Leistung⁷¹. Ansonsten kann er sich in seiner Werbung auf die für ihn vorteilhaften Angaben beschränken und wird dies mit Blick auf die absatzfördernde Werbewirkung auch tun.

Nicht nur, dass der Verbraucher einen Großteil seiner Informationen über das Angebot am Markt von seinem „Gegenspieler“, dem Anbieter, erhält. Darüber hinaus muss er auf deren Richtigkeit zumeist mangels eigener Nachprüfungsmöglichkeit vertrauen. Die Gefahr, dass der Verbraucher aus dieser auf Unwissenheit basierenden Abhängigkeit heraus in die Irre geführt und getäuscht wird, liegt da sehr nahe. Es ist ein Leichtes, jemanden zu täuschen, der auf die Richtigkeit der ihm gemachten Angaben vertrauen muss bzw. vertraut und seine Entscheidungen (entsprechend „rational“⁷²) auf deren Grundlage trifft.

Bezogen auf den Informationsgehalt „Preissenkung“ des Eigenpreisvergleichs bedeutet dies, der unvollkommen informierte Verbraucher muss darauf vertrauen (können), dass eine entsprechende Preissenkung tatsächlich vorliegt. Denn er selbst kann das entweder gar nicht oder nur mit unverhältnismäßigem Aufwand nachprüfen. Anders liegt der Fall

⁶⁹ Der Verbraucher als Souverän des Wettbewerbs, vgl. *Keßler WRP* 79, 75 (87); *Diller WRP* 82, 63 (64); *Loewenheim GRUR* 75, 99 (104); *Kroeber-Riel DBW* 77, 89 (92); *Scherer*, S. 35; *Beater* § 13 Rn. 22; *Gröner/Köhler*, S. 11 f..

⁷⁰ „Günstig“ ist hier nicht nur im Sinne von billig zu verstehen, sondern vielmehr i.S.v. Preis-Leistungs-Verhältnis.

⁷¹ *Köhler/Piper* § 3 Rn. 102 ff..

hinsichtlich der Preisgünstigkeit⁷³ des verlangten (Sonder-) Preises. Ob dieser im Verhältnis zum sonstigen Angebot am Markt günstig ist, lässt sich prinzipiell durch Preisvergleiche feststellen – auch wenn das durch differenzierte Preisstrukturen der Anbieter z.T. bewusst erschwert wird⁷⁴. Inwieweit Preisvergleiche tatsächlich vorgenommen werden und wenn nicht, warum das so ist, ist eine andere Frage. An dieser Stelle soll zunächst festgehalten werden, dass die Unvollkommenheit der Information des Verbrauchers und die z.T. eingeschränkte Nachprüfbarkeit des Wahrheitsgehalts einer Werbebehauptung Ansatzpunkt für täuschendes Verhalten des Werbenden ist.

2. Die Rationalität der Kaufentscheidung beim Eigenpreisvergleich

Immer wieder wird die Rationalität von Kaufentscheidungen der Verbraucher in Frage gestellt⁷⁵. Einer Einschätzung dessen ist die Betrachtung voranzustellen, was unter Rationalität in diesem Zusammenhang zu verstehen ist, mithin was Rationalität gemeinhin bedeutet: Nach dem allgemeinen Sprachgebrauch ist das Ergebnis „rationalen Entscheidens“ berechenbar, d.h. durch Logik und nach allgemeinem Maßstab vorgegeben⁷⁶:

„(lat. Vernunft) Wir nennen Menschen rational, wenn sie die Fähigkeit besitzen, sich ein zutreffendes Realitätsbewusstsein [Wirklichkeitsbewusstsein; inneres Abbild der Wirklichkeit⁷⁷] aufzubauen und dieses nach den Grundsätzen der Plausibilität und Wahrscheinlichkeitsrechnung in die Praxis umzusetzen. Ein rationaler Mensch – i.S.v. Rationalität – wird seine Chancen und Risiken abschätzen, dabei auch Unvorhergesehenes einplanen und sich bei seiner Entscheidung nicht oder nur kontrolliert von Gefühlen und Vorurteilen leiten lassen.“⁷⁸

⁷² Zum Begriff der Rationalität S. Kap. 1, B. IV., 2..

⁷³ Zur Differenzierung zwischen Preisgünstigkeit und Preiswürdigkeit S. Kap. 1, C., IV., 3..

⁷⁴ Bspw. durch Bilden eines Mengen- bzw. Setpreises oder Aufspaltung einer Gesamtleistung, vgl. *Wübker* FAZ vom 13.10.01, S. 74; ebenso *Laker* FAZ 11.05.02, S. 67; *Diller*, Marketing 79, 7 (11).

⁷⁵ Vgl. *Hart/Köck* ZRP 91, 61 (62); *Kraft* WRP 75, 83 (87); *Diller*, Marketing 79, 7 (11); *Pinger* WuW 84, 281 (282); *Simitis*, S. 134; *Streissler/Streissler*, S. 18 ff.; *Mähling*, S. 135 ff. (136).

⁷⁶ Vgl. Brockhaus Enzyklopädie, zu den Begriffen „Rationalismus“ und „Rationalisierung“ (zentrale Begriffe der Definitionen sind „Logik“ und „gesetzmäßige Berechenbarkeit“).

⁷⁷ Wörterbuch des Konzepts Basisreligion (<http://mitglied.lycoS.de/basisreligion/realitaet.htm>).

⁷⁸ Wörterbuch des Konzepts Basisreligion (<http://mitglied.lycoS.de/basisreligion/rational.htm>); vgl. auch *Streissler/Streissler*: „Rationalverhalten ist der „bewusste und überlegte (reflektierte) Einsatz von Mitteln zur Erreichung von Zielen unter bestmöglicher Verwertung verfügbarer Information.“.

Danach muss „rationales (Kauf-) Verhalten“ in zwei Momente geteilt werden: (1.) Die Schaffung einer Entscheidungsgrundlage durch Informationssammlung und Verarbeitung⁷⁹ und darauf folgend (2.) die Beachtung des Ergebnisses von (1.) im Moment der Entscheidung durch logisch, berechnende und gefühlunabhängige Anwendung. Damit wird ein sehr komplexer Vorgang beschrieben und es fällt nicht schwer, der eingehenden Behauptung beizupflichten, dass Kaufentscheidungen der Verbraucher in den seltensten Fällen diesen Anforderungen an rationales Verhalten genügen oder auch nur nahe kommen⁸⁰. U.a. würde eine umfassende Informiertheit über die Gegebenheiten am Markt (hier: die unterschiedlichen Angebote und das jeweilige Preis-Leistungs-Verhältnis) den vorausgegangenen Ausführungen zum unvollkommen informierten Verbraucher widersprechen.

Dennoch geht der BGH in seiner Rechtsprechung zum sog. „übertriebenen Anlocken“ von einem grundsätzlich rationalen Verhalten des Verbrauchers aus⁸¹. Dabei scheinen die Anforderungen des BGH an eine rationale Kaufentscheidung geringer. Der BGH ist der Ansicht, die Verbraucherentscheidung sei so lange rational, wie sie auf der Bewertung von „Güte und Preiswürdigkeit“ beruht⁸². Welcher Maßstab an den „rational“ entscheidenden Verbraucher zu legen ist, d.h. in welchem Umfang sich der Verbraucher informieren muss und wie eingehend und nüchtern er sein Wissen im Moment der Entscheidungsfindung „auswerten“ muss, hat der BGH nicht weiter festgelegt. Allerdings wird auch hier die heutige Linie der Rechtsprechung zum Verbraucherleitbild im Wettbewerbsrechts richtungsweisend sein, nach der der durchschnittlich informierte und aufmerksame, verständige Durchschnittsverbraucher maßgebend sein soll⁸³. Keinesfalls wird jedoch ein Verhaltensmaßstab, wie er eingehend beschrieben wurde, als Beurteilungsgrundlage für „rationales Verbraucherverhalten“ geeignet sein⁸⁴ – dieser entspricht

⁷⁹ In der obigen Definition als Aufbau eines Realitätsbewusstseins bezeichnet

⁸⁰ So auch *Diller*, Marketing 79, 7 (11); *Mähling*, S. 136.

⁸¹ Vgl. stRspr.: BGH GRUR 01, 752 (754) – Eröffnungsangebot m. w. N..

⁸² Vgl. stRspr.: BGH GRUR 01, 752 (754) – Eröffnungsangebot m. w. N.; S. auch *Köhler/Piper* § 1 Rn. 196.

⁸³ BGH WRP 00, 517(520) – Orient-Teppischmuster; BGH WRP 00, 724 (726) – Space Fidelity Peep Show; BGH WRP 00, 1278 (1280) – Möbel-Umtauschrecht; EuGH WRP 98, 848 – 6-Korn-Eier – Gut Springenheide; EuGH WRP 00, 289 (292) – Lifting-Crème.

⁸⁴ Man bedenke, dass der BGH mit dem aktuellen Verbraucherleitbild des mündigen Verbrauchers das Verbraucherschutzniveau im Vergleich zur bisherigen Rspr. abgesenkt hat. Eine Rationalität wie sie ein-

eher einem Idealverbraucher. Für die Rationalität von Verbraucherentscheidungen kommt es nach dem BGH also entscheidend darauf an, dass die Bewertungsgrundlagen sachlich sind und damit den Ansprüchen an eine rationale Entscheidungsfindung gerecht werden. Danach wäre es unerheblich, wie der Verbraucher Preis und Güte im Einzelfall würdigt und wie nachhaltig die (sachliche) Entscheidungsgrundlage tatsächlich ermittelt wurde.

Unter Zugrundlegung der BGH-Rechtssprechung und in Anbetracht der wirtschaftswissenschaftlichen Erkenntnis, dass die vom BGH angeführten Produktattribute Güte und Preis allgemein einen dominierenden Einfluss auf die Kaufentscheidung von Verbrauchern haben⁸⁵, wäre dessen Verhalten grundsätzlich als rational zu bewerten.

Bezüglich des Eigenpreisvergleich ist jedoch folgendes zu beachten: Betrachtet man den Informationskern des Eigenpreisvergleichs „Preissenkung“, so wird man zugeben müssen, dass eine darauf gestützte Kaufentscheidung durchaus das Erscheinungsbild von Rationalität besitzt. Zum einen bilden Preis und Güte (i.S.e. Preisleistungsverhältnisses) die Grundlage dieser Entscheidung. Und zum anderen scheint die Entscheidung für einen Kauf durchaus plausibel, da weniger Geld für die gleiche Leistung verlangt wird. Nun werden beim Eigenpreisvergleich aber der Normal- und der Sonderpreis nur eines Anbieters verglichen und in Relation zueinander gesetzt. Der Informationsgehalt des Eigenpreisvergleichs sagt aber weder etwas über die Preisgünstigkeit⁸⁶ des zu zahlenden Sonderpreises im Verhältnis zum Angebot konkurrierender Anbieter aus noch etwas über das Preisverhältnis zu anderen qualitativ gleichwertigen Produkten. Dieser Feststellung zum Trotz neigt der Verbraucher bei einem Sonderpreis zunächst davon auszugehen, dass der Sonderpreis im Verhältnis zum „allgemeinen Marktpreis“⁸⁷ nicht teuer, sondern eher günstig ist⁸⁸. Der Eigenpreisvergleich wird quasi als Ersparnis eines umfassenden Preisvergleiches herangezogen. Der Informationsgewinnungsprozess wird mehr oder weniger auf die Angabe des Eigenpreisvergleichs reduziert. So bekommt der Verbraucher das Gefühl, ein zum Gesamtmarkt verhältnismäßig „gutes“ i.S.v. preiswer-

gehend beschrieben wurde, hätte der BGH dem Verbraucher mit seiner früheren Rspr. also erst recht nicht zugemutet bzw. zugetraut.

⁸⁵ Simon, „Preismanagement“ S. 6; Wendlandt (1941) S. 6, Kisseler in: FS Traub S. 163.

⁸⁶ Siehe zum Begriff der Preisgünstigkeit in Abgrenzung zur Preiswürdigkeit Kap. 1, C., IV., 3..

⁸⁷ Einen solchen gibt es grundsätzlich nicht bzw. lässt sich dieser nur schwer ermitteln. Hier ist „allgemeiner Marktpreis“ i.S. e. am Markt regelmäßig verlangten Preises zu verstehen.

tes Geschäft zu tätigen. Eine dahingehende Angabe lässt sich dem Eigenpreisvergleich jedoch objektiv betrachtet nicht entnehmen.

Bei einer auf die Angabe des Eigenpreisvergleichs gestützten Entscheidung wird die Schaffung eines Gesamteindrucks der konkurrierenden Angebote am Markt vernachlässigt. Die auf dem Eigenpreisvergleich basierende Kaufentscheidung – wie sie in der wirtschaftlichen Praxis so oft vorzufinden ist – erfüllt somit nur sehr bedingt die Anforderungen an ein rationales (Kauf-) Verhalten, wie es von dem Verbraucher als Schlichter des wirtschaftlichen Wettbewerbs im Idealfall zu verlangen wäre.

Der Eigenpreisvergleich gleicht so einem Wolf im Schafspelz. Was nach außen durchaus als Grundlage einer rationalen Kaufentscheidung geeignet scheint, erweist sich bei näherer Betrachtung als Trugschluss. Die abstrakte Gefahr einer irreführenden Wirkung des Eigenpreisvergleichs wird damit deutlich.

3. Die unreflektierte Kaufentscheidung beim Eigenpreisvergleich

Bei dem hier angesprochenen Punkt der unreflektierten Kaufentscheidung handelt es sich im Grunde um einen Unterfall mangelnder Rationalität. Der Sachverhalt einer unreflektierten Kaufentscheidung beim Eigenpreisvergleich lässt sich am deutlichsten mit dem ihm zugrunde liegenden typisch menschlichen Verhalten darstellen, welches sich der Werbende gezielt zu Nutze macht: Wird der Verbraucher durch das „Signal“, ein Sonderangebot liege vor, auf das (Sonder-) Angebot aufmerksam, wird er sich mit großer Wahrscheinlichkeit auf die Preisdifferenz zwischen Normal- und Sonderpreis konzentrieren und wird von der Überprüfung der Preiswürdigkeit des Sonderpreises abgelenkt. Die Frage, ob der Sonderpreis tatsächlich (im Vergleich zu Konkurrenzangeboten) ein „günstiges“ Angebot darstellt, oder ob der letztlich zu zahlende Sonderpreis für die Leistung angemessen bzw. günstig ist, tritt bei der Beurteilung des (Sonder-) Angebots in den Hintergrund. Dieses Verhaltensmuster wird um so eher zu beobachten sein, desto größer der Preisnachlass ist. Mit der Zeit hat sich der Verbrauchertyp des sog. „Schnäppchenjäger“ entwickelt, der quasi reflexartig zuschnappt, wenn er auf ein besonders gutes „Schnäppchen“ stößt bzw. meint, gestoßen zu sein. Gekauft wird quasi die Preisdifferenz, ohne den letztlich zu zahlenden Preis zu hinterfragen. Dieses Verhalten wird auch als „Impulsivverhalten“ bezeichnet und definiert sich als „[...] ein unmittelbar reizgesteuertes Auswahlverhalten mit starker emotionaler Aufladung, bei dem

⁸⁸ Zu dieser These eingehend Kap. 1, D., I., 3..

keine gedankliche Steuerung durch den Konsumenten stattfindet.“⁸⁹ Dabei kann es vorkommen, dass der Verbraucher eine Ware kauft, die er (in der Menge) gar nicht braucht oder zumindest bisher kein Verlangen oder Bedürfnis danach hatte⁹⁰. Es ist die (vermeintlich) günstige Gelegenheit, die ihn zum Kauf der Ware verleitet.

4. Zwischenbetrachtung

Die hier gemachten Ausführungen zum unvollkommen informierten Verbraucher, sowie zur Rationalität von Kaufentscheidungen beim Eigenpreisvergleich machen eines deutlich: Im wirtschaftlichen Wettbewerb fällt die Rolle des „Schiedsrichters“ einem Verbraucher zu, der dieser Aufgabe nur bedingt gewachsen ist. Der Verbraucher scheint äußerst anfällig für irreführendes Handeln der Wettbewerber und damit leicht beeinflussbar, was die Gefahr einer Wettbewerbsverzerrung mit sich bringt. Ob und inwieweit diese Feststellung bei der Beurteilung des Eigenpreisvergleichs Berücksichtigung finden kann bzw. muss, ist dann eine andere, im Laufe der Untersuchung zu stellende Frage.

C. Stellenwert der Werbung mit Preissenkungen

I. Funktion und Wirkung von Werbung allgemein

Im heutigen wirtschaftswissenschaftlichen Sprachgebrauch umfasst Werbung allgemein „... Kommunikationsmaßnahmen, die das Ziel haben, gleichzeitig bei einer Vielzahl von Umworbenen Aufmerksamkeit zu erzeugen, sie zu informieren und ihre Einstellungen und Verhaltensweisen zu steuern.“⁹¹ Beim Eigenpreisvergleich handelt es sich um ein Werbemittel, dessen grundlegende Botschaft die Preisveränderung ist und zum Kauf der beworbenen Ware anregen soll.

Rechtswissenschaftlich betrachtet liegt der Schwerpunkt von Werbung auf der Absatzförderung⁹². Das BVerwG hat festgestellt, Sinn von Werbung sei nicht die Äußerung einer bestimmten Ansicht, sondern die Beeinflussung des Käufers mit dem Ziel, diesen

⁸⁹ *Preißner/Engel* S. 64 f.; *Niemöller* S. 19.

⁹⁰ *Preißner/Engel* S. 64 f..

⁹¹ *Preißner/Engel*, S. 188; ebenso *Nieschlag/Dichtl/Hörschgen*, S. 531; *Kroeber-Riel/Weinberg*, S. 605; *Strodthoff*, S. 2 f.; *HK-WettbR/Ekey*, § 3 Rn. 65.

⁹² *Baumbach/Hefermehl* vor § 3-8 Rn. 1.

kaufbereit zu machen⁹³. Und in Artikel 2 lit. 2 der RL 84/450/EWG⁹⁴ wird der Begriff „Werbung“ als „... jede Äußerung bei der Ausübung eines Handels, Gewerbes, Handwerks oder freien Berufs mit dem Ziel, den Absatz von Waren oder die Erbringung von Dienstleistungen [...] zu fördern“ definiert. Mithin ist es die verhaltenssteuernde Wirkung von Werbung, die wettbewerbsrechtliche Relevanz besitzt und daher für die rechtliche Beurteilung von Bedeutung ist.

1. Die Januskopf-These

Werbung hat nach allgemeiner Erkenntnis zwei Elemente: ein informatives und ein suggestives⁹⁵. Vertreter der sog. *Januskopf-These*⁹⁶ meinten, soweit Werbung informativ sei, nutze sie dem Markt, indem sie den Verbraucher über die Marktverhältnisse unterrichte und so eine größere Markttransparenz schaffen könne – u.a. würde dadurch der Preiswettbewerb zu Gunsten der Verbraucher verschärft. Dem lag das Bild eines stets zur Informationsaufnahme und -verarbeitung fähigen und bereiten, zudem streng rational handelnden Verbraucher zugrunde (Modell des *homo oeconomicus*)⁹⁷. Hingegen manipulierte das suggestive Element den Verbraucher und beeinflusse ihn unbewusst in seiner Kaufentscheidung, was ausnahmslos als unerwünscht betrachtet wurde⁹⁸. Dieses neoklassische Modell entspricht nicht mehr den heutigen wirtschaftswissenschaftlichen Erkenntnissen und wurde daher aufgegeben. Zwar wird weiterhin die These der zwei Elemente von Werbung beibehalten. Doch ist die aufgezeigte Beurteilung nach heutiger Sicht so nicht mehr haltbar und bedarf einer Korrektur.

2. Der heutige Ansatz

Das dem wirtschaftlichen Wettbewerb allgemein zugrunde liegende Modell sieht den Verbraucher als zentrales Lenkungsorgan des Marktgeschehens⁹⁹. Seine Entscheidung

⁹³ BVerwGE 2, 172 (175, 178 f.).

⁹⁴ GRUR Int. 84, 688 (689).

⁹⁵ Hoppmann WuW 83, 776; Braun WRP 82, 510 (512); Hilke/Mähling WISU 81, 529; Loewenheim GRUR 75, 99; Preißner/Engel, S. 51, sprechen von „aktivierenden und kognitiven Prozess“.

⁹⁶ Siehe dazu Hilken/Mähling WISU 81, 529 (530).

⁹⁷ Zum *homo oeconomicus* in der neoklassisch mikroökonomischen Theorie vgl. Meyer WiSt 98, 71.

⁹⁸ Es erscheint widersprüchlich, wenn der Verbraucher einmal als leicht durch suggestive Elemente in der Werbung beeinflussbar angesehen wird und dann wieder als „*homo oeconomicus*“ betrachtet werden soll, der streng rational, d.h. nicht emotional, entscheidet.

⁹⁹ Loewenheim GRUR 75, 99 (104).

über Kauf oder Nicht-Kauf bestimmt im Wesentlichen die Verhältnisse und das Geschehen am Markt (der Verbraucher als Schiedsrichter¹⁰⁰). Die zentrale Funktion des Verbrauchers bleibt durchaus unbestritten. Doch hat ihre Aufgabe wesentlich an Komplexität gewonnen. Die aufzunehmenden und zu verarbeitenden Informationen haben in großem Maße zugenommen. Produktinhomogenitäten sowie immer mehr im Detail zu beachtende Kriterien machen aus dem (alltäglichen) Konsum einen extensiven Entscheidungsprozeß. Dagegen steigern sich die kognitiven Fähigkeiten der Verbraucher nur unwesentlich. Bei immens zunehmender Komplexität der Sachverhalte bleibt es dagegen bei der Feststellung, dass der Verbraucher eine nur begrenzte Kapazität zur Aufnahme und Verarbeitung von Informationen hat¹⁰¹, was eine rationale Entscheidung nur schwer ermöglicht.

Dieser Umstand muss zudem vor dem Hintergrund betrachtet werden, dass der Verbraucher tagtäglich eine Vielzahl von Entscheidungen unterschiedlichster Art und in allen möglichen Lebensbereichen zu treffen hat. Die hierzu gebotenen und – zum Großteil – erforderlichen Informationen strömen in umfangreichem Maße unkoordiniert und ungefiltert auf ihn ein. Werbebotschaften bilden hierbei nur einen Teil der Informationsflut. Da der Verbraucher nicht alle Informationen gleichermaßen wahrnehmen und verarbeiten kann, kommt es zu einer Beachtungskonkurrenz¹⁰² von Werbebotschaften untereinander sowie mit allen anderen auf den Verbraucher einströmenden Informationen.

Angesichts dieser Erkenntnis ist die von den Anhängern der Januskopf-These beharrlich vertretene Ansicht, informative Werbung sei ausnahmslos förderlich für den Wettbewerb, da sie eine umfangreiche Markttransparenz schaffe, in ihrer Ausschließlichkeit nicht haltbar. Folge des oben dargestellten Überangebotes an Informationen, dem sich der Verbraucher von heute ausgesetzt sieht, ist eine sog. Informationsüberlastung¹⁰³. Es kommt zu einer Reizüberflutung. Nach der aus der wirtschaftswissenschaftlichen Litera-

¹⁰⁰ Siehe dazu Kap. 1, B., IV., 1..

¹⁰¹ *Hilken/Mähling* WISU 81, 529 (532, 585); ebenso *Diller*, Marketing 79, 7 (11); *Kroeber-Riel/Weinberg* S. 369; *Simitis*, S. 119.

¹⁰² *Hilken/Mähling* WISU 81, 529 (533); *Niemöller* (1999) S. 11.

¹⁰³ (information overload) auch als Informationsstress bezeichnet, vgl. *Niemöller* (1999) S. 11; *Kroeber-Riel*, DBW 87, 257 (257, 261 f.); *Kroeber-Riel/Weinberg*, S. 370; *Gutenberg*, S. 361; *Hilken/Mähling* WISU 81, 581 (585), die jedoch anmerken, dass die Erkenntnisse in diesem Bereich nicht unumstritten sind und noch in der wissenschaftlichen Diskussion stecken.

tur stammenden sog. *Lambda-Hypothese* (inverse U-Hypothese)¹⁰⁴ werden Verbraucherentscheidungen ab einer gewissen Menge an Informationen immer schlechter. Die Gedanken werden ungeordnet, die Entscheidungskapazität schlechter und die Reaktionszeit länger¹⁰⁵.

Dabei ist ein Großteil der Informationen für die tatsächliche Entscheidungsfindung überflüssig. Insbesondere im Zusammengang der Kommunikationsbedingungen, von denen die Werbewirkung maßgeblich bestimmt sei, könne von Informationsmüll gesprochen werden, der auf den Verbraucher niedergeht („Was der Verpackungsmüll für die Konsumgesellschaft, das ist der Informationsmüll für die Informationsgesellschaft.“)¹⁰⁶. Die eintretende Verwirrung des Verbrauchers sowie die Fehlinterpretation von Informationen verzerrt das Bild des Angebotes und führt zu fehlgeleiteten Entscheidungen.

Mit dem Gesagten lässt sich das Entstehen von Vermeidungsstrategien¹⁰⁷ auf Seiten des Nachfragers erklären und nachvollziehen. Darunter fällt auch das Phänomen der *selektiven Wahrnehmung*¹⁰⁸: Dabei werden durchlaufende Informationen vom Verbraucher unterschiedlich wahrgenommen. Nur bestimmte Informationen, die dem Verbraucher von einiger Wichtigkeit (und tendenziell positiv angenehm) erscheinen, werden näher betrachtet und bleiben möglicherweise hängen. Andere werden „abgewehrt“. Zudem versucht der Verbraucher komplexen Sachverhalten mittels Vereinfachungsstrategien Herr zu werden. Das Ziel ist ein maximaler Entscheidungserfolg bei minimalem Entscheidungsaufwand¹⁰⁹. In diesem Zusammenhang spielen sog. *Schlüsselinformationen*¹¹⁰ eine wesentliche Rolle. Dabei handelt es sich um Informationsinhalte, die der Verbraucher aus eigener Erfahrung als für seine Entscheidungsfindung wesentlich ansieht, beispielsweise der Markennahme, ein Qualitätsurteil eines unabhängigen Test-

¹⁰⁴ Kroeber-Riel/Weinberg, S. 78; Hilken/Mähling WISU 80, 581 (583); Preißner/Engel, S. 51; Mähling, S. 100 ff., 105 ff..

¹⁰⁵ Vgl. Keßler WRP 90, 73 (84) unter Hinweis auf die Untersuchung von Jakob/Speller/Kohn in: Journal of Marketing Research 1974, S. 63 ff..

¹⁰⁶ Niemöller S. 11.

¹⁰⁷ Vgl. Niemöller (1999) S. 11.

¹⁰⁸ Niemöller (1999) S. 11; Hilken/Mähling WISU 80, 581 (582 f.); Hilken/Mähling WISU 81, 529 (532); Diller WRP 82, 63 (68); Kroeber-Riel DBW 87, 257 (262).

¹⁰⁹ Mayer/Illmann, S. 184.

¹¹⁰ Vgl. dazu Hilken/Mähling WISU 81, 583 (585); Keßler WRP 87, 75 (79); dazu Kroeber-Riel/Weinberg, S. 373 f.; Mayer/Illmann, S. 185.

Unternehmens oder eben der Preis bzw. dessen Veränderung. Bei der Vielfalt an Informationen und Komplexität der Entscheidungen haben Schlüsselinformationen für den Verbraucher einen gebündelten Aussagewert¹¹¹. Die Sinne des Verbrauchers werden sensibel für solche Informationen, aufgrund dessen sie bevorzugt wahrgenommen werden und sich nachhaltig in das Gedächtnis einprägen¹¹². Die Entscheidungsfindung wird auf diese wesentlichen Kriterien reduziert, wodurch sich der Informationsbedarf verringert. Schlüsselinformationen haben in Anbetracht der Informationsüberflutung eine entlastende Wirkung¹¹³. Es kommt also in Bezug auf die Aktivierung der Aufmerksamkeit grundsätzlich nur sekundär auf die objektive Qualität der Information an; primär ist entscheidend, ob sie aus der Sicht des Verbrauchers für die Entscheidungsfindung eine gewisse Relevanz besitzt.

Mithin kann festgestellt werden, dass ebenso wie die Fähigkeit zur Informationsverarbeitung auch die Bereitschaft und Fähigkeit zur Informationsaufnahme unter den heutigen Gegebenheiten ein Schwachpunkt des Verbrauchers ist.

An dieser Stelle ist der Bogen zurück zu den zwei Elementen von Werbung zu schlagen. Das informative Element beinhaltet zwar letztlich den wesentlichen Kern einer Werbebotschaft, führt zu Markttransparenz und ist Grundvoraussetzung einer sachlich-rationalen Kaufentscheidung, doch muss die Information erst einmal bis zum Verbraucher durchdringen, sie muss von ihm wahrgenommen werden. Hier bekommt das suggestive Element seine tragende Rolle. Seine Aufgabe besteht darin, die Aufmerksamkeit des Verbrauchers auf der Ebene des Bewussten oder Unbewussten zu wecken und ihn empfänglich für die nachfolgende Information zu machen – ihn zu „aktivieren“¹¹⁴. Die Wirksamkeit der Werbung hängt wesentlich von dem Grad der Aufmerksamkeit ab, denn diese ist vorentscheidend dafür, wie nachhaltig sie in die bewusste oder unbewusste Erinnerung des Umworbenen eindringen kann¹¹⁵. Dieser Zusammenhang zwischen

¹¹¹ *Keßler* WRP 87, 75 (79).

¹¹² *Wagner* MA 68, 629 (630).

¹¹³ *Hilken/Mähling* WISU 81, 583 (585).

¹¹⁴ *Hilken/Mähling* WISU 81, 529 (583 f.), WISU 81, 583 ff. (sog. Aktivierungstheorie); *Hoppmann* WuW 83, 776 (777); Im Wesentlichen wird das Suggestive einer Werbung als ein „Prozess der Einflussnahme auf dem Weg der Kommunikation, in dessen Verlauf der Beeinflusste Einstellungen, Urteile oder Verhaltensweisen im Sinne einer Anpassung verändert, ohne sich dieser Änderung bewusst zu sein oder eine rationale Begründung für sie geben zu können“ verstanden, vgl. *Loewenheim* GRUR 75, 99 (100).

¹¹⁵ *Gloy/Gloy* § 14 Rn. 10; *Gutenberg*, S. 381 f.; *Niemöller* S. 11; *Keßler* WRP 90, 73 (83).

Aktivierungsstärke und Erinnerungsvermögen ist durchaus nachweisbar¹¹⁶, womit im Gegenschluss die Informationsaufnahme und –speicherung beim Fehlen suggestiver Werbeelemente unter den gegebenen Umständen erschwert oder gar verhindert werden würde¹¹⁷. Suggestives und informatives Element sind mithin zu kumulieren¹¹⁸. Die jeweilige Gewichtung ist zwar situationsabhängig, doch bilden sie einen Verbund, bei dem grundsätzlich keines der beiden Elemente völlig vernachlässigt werden kann.

Der Eigenpreisvergleich, d.h. die Art und Weise der Bekanntmachung einer Preisveränderung, trägt ein solch suggestives Element in sich. Dabei ist es nicht nur der sachliche Informationsgehalt einer Preissenkung, sondern bereits das vorgeschaltete optische Signal, welches von der werbewirksam hervorgehobenen Gegenüberstellung zweier Preise ausgeht, das die Aufmerksamkeit des Verbrauchers erregt. Das bedeutet, dass der die Aufmerksamkeit erregende Effekt einerseits durch die graphische Darstellung als solche erzielt wird, der darüber hinaus durch die Gegenüberstellung zweier Preise, und damit durch den suggerierten Informationsgehalt Preissenkung, eine besondere Qualität erhält. Insofern ist der allgemeine Hinweis auf eine Besonderheit (beispielsweise ein rotes Ausrufezeichen – Signal: „Achtung Besonderheit“) vom konkreten Eigenpreisvergleich (Signal: „Achtung Preissenkung“) zu unterscheiden. Letzterer setzt den Reiz gezielt an einer Stelle, an der er beim Betrachter (dem Verbraucher) von besonderer Wirkung ist: Dem Geldbeutel.

II. Der Lerneffekt (Erinnerungsfunktion)

Damit sich die Werbebotschaft nachhaltig in das Gedächtnis bzw. Bewusstsein des Umworbenen einprägt (Erinnerungsfunktion), ist ihre Wiederholung und damit ständige Präsenz von großer Bedeutung¹¹⁹. Dies hat rein „menschliche“ Gründe. Der kognitive Speicher-Prozess im menschlichen Gehirn spielt sich auf drei Ebenen ab (sog. Dreispeichermodell)¹²⁰: Je häufiger und deutlicher der Empfänger einer Botschaft diese wahr-

¹¹⁶ Vgl. Tietz, S. 684.

¹¹⁷ Zur sog. Aktivierungstheorie Hilken/Mähling WISU 81, 529 (584).

¹¹⁸ Hoppmann WuW 83, 776; Gloy/Gloy § 14 Rn. 14; Hilken/Mähling WISU 81, 529 (583).

¹¹⁹ Wagner MA 68, 629; Hilke/Mähling WISU 80, 581 (584), Gutenberg, Grundlagen der Betriebswirtschaftslehre, S. 382.

¹²⁰ 1. Ultrakurzzeit- bzw. sensorischer Speicher (äußerst kurze – Bruchteile einer Sekunde – Speicherung von Sinneseindrücken), 2. Kurzzeitspeicher (Umwandlung von Sinneseindrücken in Informationen mit

nimmt, desto höher wird die Speicherebene und damit der Erinnerungseffekt. Grundsätzlich besteht erst nach mehrfach wiederholter Wahrnehmung die Möglichkeit, dass die Botschaft auf der höchsten Ebene (dem Langzeitspeicher) gespeichert wird. Diesen Prozess nennt man lernen¹²¹. Auf die Preiswerbung übertragen bedeutet das, dass erst wenn dem Verbraucher zum wiederholten Male ein günstiges Preisniveau des Werbenden vermittelt wird, sich in seinem Kopf die Verknüpfung „günstige Preise“ mit dem werbenden Unternehmen erstellen wird. Darüber hinaus ist es erforderlich, dass diese Verknüpfung fortlaufend aktiviert und damit „gepflegt“ wird. Andernfalls verliert sie an Intensität und wird letztlich gelöscht („vergessen“)¹²². Folglich besteht für einen Wettbewerber erst bei regelmäßigem Werben mit Sonderangeboten die reelle Chance auf ein aus Verbrauchersicht günstiges Preisimage.

Des weiteren sei angeführt, dass der Lernprozess von dem Gefühl beeinflusst wird, das der Lernende im Moment der Informationsaufnahme empfindet. Gedächtnisinhalte mit unangenehmem Gefühlston werden kaum behalten, wogegen solche mit angenehmem Gefühlston deutlich besser aufgenommen und gespeichert werden¹²³. In diesem Zusammenhang wurde bereits auf das hohe „Gratifikationspotential“ von Sonderpreisen hingewiesen¹²⁴.

III. Zwischenbetrachtung

Werbung ist die Verbindung des Werbenden zum Umworbenen. Sie ist in weiten Teilen Kommunikationsmedium zur Vermittlung von Informationen und schärft das Bewusstsein des Verbrauchers für die Beurteilung ihm angebotener Leistungen. Dieser Umstand macht Werbung zum festen Bestandteil des wirtschaftlichen Wettbewerbs, ohne die wesentliche Impulse für das Funktionieren der Wirtschaft entfielen¹²⁵. Insofern liegt in

einer Speicherzeit von einigen Sekunden), 3. Langzeitspeicher, vgl. *Preißner/Engel* S. 61; *Meffert*, S. 115 f..

¹²¹ *Hilke/Mähling* WISU 80, 581 (585); Selbstverständlich können bei einem komplexen Vorgang wie dem des Lernens weitere Punkte eine wesentliche Rolle spielen, bspw. die gemachten Erfahrungen durch ausprobieren („Carry-Over-Effect“: Übertragung von Produkt- und Preiserfahrung auf Nachkäufe, vgl. *Poth*, Rn. 181); *Preißner/Engel*, S. 66 ff.; *Mähling*, S. 127 f..

¹²² *Hilke/Mähling* WISU 80, 581 (585).

¹²³ *Schmalen* WiSt 75, 496 (497).

¹²⁴ *Diller*, Marketing 79, 7 (11); zum Gratifikationseffekt S. Kap. 1, A., V., 2., b..

¹²⁵ *Kraft* WRP 75, 83

der Werbung eine unentbehrliche Kraft für den wirtschaftlichen Wachstum und Fortschritt der Gesellschaft¹²⁶.

Zudem sei festzuhalten, dass der Verbraucher, in Anbetracht der deutlichen Diskrepanz zwischen der Menge an Informationen und der Fähigkeit des Verbrauchers zur Aufnahme und Verarbeitung dieser, Vermeidungsstrategien wie beispielsweise die selektive Wahrnehmung und das Reduzieren komplexer Sachverhalte auf Schlüsselinformationen entwickelt. Einem solchen Typus von Information, die vom Verbraucher bevorzugt wahrgenommen und verarbeitet wird, entspricht die Werbung mit dem Eigenpreisvergleichs, dem damit eine wesentliche Bedeutung bei der Entscheidungsfindung des Verbrauchers zukommt.

IV. Der Preis

1. Die Freiheit der Preisgestaltung und der Preiswerbung

Die Freiheit der eigenen, selbstverantwortlichen Preisgestaltung sowie deren (kurzfristige) Veränderung ist Grundvoraussetzung für die Funktionsfähigkeit einer marktwirtschaftlich orientierten Wirtschaftsordnung¹²⁷. Sie ist Bestandteil einer demokratisch freiheitlichen Werteordnung und fällt als Ausfluss der Vertragsfreiheit unter den verfassungsrechtlichen Schutz der allgemeinen [wirtschaftliche] Handlungsfreiheit¹²⁸. Der Preis ist Teil der am Markt angebotenen Gesamtleistung, deren inhaltliche Gestaltung prinzipiell im (wirtschaftlichen) Ermessen des Anbieters liegt¹²⁹. Dieser trägt die Verantwortung und das wirtschaftliche Risiko seiner Wettbewerbshandlungen. Daher muss ihm – als Kehrseite der Medaille – prinzipiell eine eigenverantwortliche Entscheidungsmöglichkeit zugestanden werden.

Ebenso wie das Prinzip der freien Preisgestaltung ist die Freiheit zu werben ein von der Verfassung geschütztes Gut (Werbefreiheit)¹³⁰. Davon umfasst wird die Freiheit, die

¹²⁶ So der Minister für Bundesangelegenheiten des Landes Baden-Württemberg Dr. Seifriz bei einer Ansprache auf der Feier zum 25-jährigen Bestehen des Werbeverbandes Südwest e.V. am 26.7.1971 in Stuttgart (WRP 71, 532); vgl. auch *Strodthoff*, S.6 ff..

¹²⁷ *Gloy/Helm* § 49 Rn. 245; *GK/Brandner/Bergmann* § 1 Rn. A36; *GK/Köhler* § 1 Rn. D72; *Baumbach/Hefermehl* § 1 Rn. 251; *Kreuzer* WRP 85, 467 (469); *Merkel*, S. 33; BGH WuW 55, 118 (122) – Händlerrabatt; BGH GRUR 95, 690 (692) – Hitlisten-Platten.

¹²⁸ BVerfGE 8, 274 (328); *Beater* § 9 Rn. 15, 27 m.w.N..

¹²⁹ *Gloy/Helm* § 49 Rn. 252; *vGodin* § 3 Anm. 38.

¹³⁰ *vMangoldt/Klein/Strack*, Art.5 Rn. 25.

eigenen Preise und deren (vorübergehenden) Veränderungen werbewirksam herauszustellen. Es soll dem Unternehmer grundsätzlich freistehen, den Verkehr über sein Angebot zu unterrichten und die potentiellen Abnehmer auf das eigene Angebot aufmerksam zu machen.

Diese wirtschaftlichen Freiheiten finden ihre Grenzen erst dort, wo die konkrete Preispolitik bzw. Werbemaßnahme den Wettbewerb in unverhältnismäßiger Weise zu beschränken oder zu beseitigen droht¹³¹.

2. Der besondere Werbegegenstand „Preis“

Seit jeher wird davon gesprochen, eine Ware werbe für sich durch Preis und Güte. Dies seien „die wesentlichen Parameter in einem freiheitlich, marktwirtschaftlich orientierten Leistungswettbewerb“¹³². Den Ansatz aufgreifend wurde vorgebracht, es handele sich bei der Werbung mit der Qualität genau genommen (sehr häufig) auch um eine Werbung mit dem Preis. Denn bei gleicher Beschaffenheit der Ware entscheide nur der Preis, und wenn die eine Ware auch an Güte überlegen sei, so würde sie vom Käufer nur bevorzugt, wenn dieser das dann geforderte Mehr an Preis als gerechtfertigtes Entgelt für den Qualitätsunterschied anerkennt¹³³. Dem ließe sich entnehmen, dass der Verbraucher im allgemeinen eher gewillt sei, Einbussen bei der Qualität hinzunehmen und dafür einen geringeren Preis zu zahlen, als für bessere Qualität auch einen entsprechend höheren Preis zahlen zu müssen. Die Behauptung, der Preis sei *ein* wichtiges Produktattribut¹³⁴ ist so nicht verkehrt, wird der grundsätzlich herausragenden Bedeutung des Preises aber nicht ganz gerecht. Nach dem Gesagten müsste es richtig heißen: Der Preis ist *das* wichtigste Produktattribut. Es entspricht wirtschaftswissenschaftlicher Erfahrung, dass die Nachfrage auf preispolitische Maßnahmen oft schneller reagiert als auf andere (absatzfördernde) Maßnahmen¹³⁵. Bei Sonderangeboten spricht man daher von einer besonders hohen „Preiselastizität“¹³⁶. Es lässt die besondere Sensibilität erkennen, mit der der Verbraucher auf Konsumenteninformationen reagiert, die auf besondere Preis-

¹³¹ Rudlowski, S. 19; vgl. dazu Kap. 2, A., III., 2..

¹³² Kisseler in: FS Traub S. 163.

¹³³ Wendlandt (1941) S. 6.

¹³⁴ Vgl. Poth, Rn. 175.

¹³⁵ Simon, „Preispolitik“, S. 2068 (2070); Simon, „Preismangement“ S. 11 BT-Ausschuss GRUR 69, 338 (339).

¹³⁶ Lehmann GRUR 79, 368 (375); vgl. auch Diller WiSt 78, 249 ff..

vorteile hinweisen. Der Preis ist damit der Inbegriff einer sog. Schlüsselinformation¹³⁷, die als Beurteilungsgrundlage für an sich komplexe Verbraucherentscheidungen dient. Begründet werden kann dieses Verhalten mit der „Mangelware Geld“. Die meisten Verbraucher haben nur eine – mehr oder weniger – begrenzte Menge an Geld zur Verfügung. Der Bedarf an Gütern hingegen ist groß und das Verlangen nach materiellem Glück meist grenzenlos¹³⁸. Das Bestreben liegt darin, das verfügbare Geld in optimalster Weise gegen Waren und andere Leistungen einzutauschen, d.h. so viel wie möglich an Gegenleistung / -wert dafür zu erlangen und seinen Bedarf so gut es geht zu decken. Der Eine kämpft dabei um die Deckung seines Mindestbedarfs zum Überleben, der Nächste versucht sein unbegrenztes Verlangen nach materiellen Werten zu befriedigen. Desto weniger der Verbraucher also für eine Ware oder Leistung bezahlen muss, desto mehr Geld hat er für seine sonstigen Bedürfnisse zur Verfügung. Das macht den Verbraucher zu einem Geschäftsmann in eigener Sache, immer auf der Suche nach einem „guten“ – das bedeutet preiswerten – Geschäft.

Das alles verdeutlicht die Zielgerichtetheit des Verbrauchers hinsichtlich der Preisinformation bzw. der Information über Preisveränderungen. Es macht verständlich, warum das Werben mit günstigen bzw. (vorübergehend) herabgesetzten Preisen als das effektivste, hervorragendste und wirksamste Mittel des Wettbewerbs überhaupt¹³⁹ gilt, und weshalb der Eigenpreisvergleich einen solch starken Kaufreiz auslösen kann. Das eigentliche Instrument ist zwar die Preispolitik, auf die eine Preissenkung zurückgeht. Allerdings spielt der Eigenpreisvergleich als kommunikativ-vermittelndes Element eine zentrale Rolle bei der tatsächlichen Umsetzung der zugrundeliegenden Preispolitik¹⁴⁰.

3. EXKURS: Die Beurteilung von Preisangaben

Interessant, auch mit Blick auf die Rationalität von Kaufentscheidungen, ist das Verhältnis zwischen der Wahrnehmung eines Preises und seiner Beurteilung durch den Betrachter. Zu unterscheiden ist das Urteil der Preiswürdigkeit und der Preisgünstigkeit.

¹³⁷ *Keßler* WRP 87, 75 (79); *Schüller*, S. 7 f.; zur Schlüsselinformation s. Kap. 1, C., I.

¹³⁸ Genügsamkeit ist bekanntlicherweise keine Stärke des (kapitalistischen) Menschen, vgl. dazu die Ausführungen Seiner Heiligkeit der XIV. Dalai Lama, S. 13 ff.

¹³⁹ *Wendlandt* (1941) S. 94, 6; ebenso *Simon*, „Preispolitik“, S. 2068 (2070); *Simon*, „Preismanagement“ S. 11; BT-Ausschuss GRUR 69, 338 (339); *Lehmann* GRUR 79, 368 (375); *Diller* WiSt 78.

¹⁴⁰ *Simon*, „Preispolitik“, S. 2068 (2070); BT-Ausschuss GRUR 69, 338 (339).

Bei dem Preiswürdigkeitsurteil wird der Preis in Relation zur Ware gesetzt (Frage: Steht der Preis im Verhältnis zu meinem Nutzen?). Beim Preisgünstigkeitsurteil wird der Preis in Relation zum sonstigen Preisniveau gesetzt (Frage: Ist der Preis im Verhältnis zu den (anderen) konkurrierenden Angeboten günstig?). Wahrgenommen wird ein Preis durch den Betrachter entweder in seiner (1.) absoluten Höhe, (2.) relativen Höhe zum bisherigen Preis oder in seiner (3.) relativen Höhe zum Preis der Konkurrenz. Eindeutig kommt es bei der Wahrnehmung im Fall (1.) zu einem Preiswürdigkeitsurteil und der Wahrnehmung im Fall (3.) zu einem Preisgünstigkeitsurteil¹⁴¹. Nicht ganz eindeutig ist jedoch die Zuordnung, wenn der Preis in Relation zum bisherigen Preis betrachtet wird. Um einen solchen Fall handelt es sich bei der Betrachtung eines Eigenpreisvergleichs. Rein objektiv gesehen müsste sich daran ein Preiswürdigkeitsurteil anschließen, denn im Grunde handelt es sich um nichts anderes, als den vom Anbieter geforderten Preis, ohne dass hier eine Aussage über das Verhältnis zu Konkurrenzangeboten getroffen wird. Allerdings besteht die Gefahr, dass der Betrachter den aktuellen Preis eben nicht als solchen (d.h. unabhängig von der Preissenkung) seinem Nutzen gegenüberstellt, sondern statt dessen aber den (Sonder-) Preis mit Blick auf den zuvor vom Anbieter verlangten Preis als „günstig“ beurteilt und damit ein vermeintlich positives Preisgünstigkeitsurteil fällt. Das wäre nur dann richtig, wenn sich der Alt-Preis an dem allgemeinen Marktpreis orientiert bzw. diesem entsprochen hätte, was aber nicht unbedingt der Fall sein muss. Der Sonderpreis ist allenfalls in Relation zum Alt-Preis als „günstig“ zu bewerten. Bei einer hier dargestellten Fehlinterpretation der Eigenpreisvergleichs würde diese ein Aussagegehalt entnommen, den er gar nicht hat, der aber für die rationale Beurteilung des (Sonder-) Angebotes von wesentlicher Bedeutung wäre und der daher eine fehlerleitende Wirkung entfaltet¹⁴².

D. Gefahrenpotential des Eigenpreisvergleichs

Mit Blick auf eine bestmögliche Markttransparenz erscheint die Praxis des Eigenpreisvergleichs als eine sinnvolle Information des Verbrauchers über die Preisbewegung des werbenden Unternehmens. Doch informiert Werbung nicht nur. Vielmehr ist sie darauf gerichtet, die Einstellung und das Verhalten der Adressaten zu beeinflussen bzw. zu

¹⁴¹ Zum Ganzen vgl. *Simon*, S. 591 f..

¹⁴² Zu diesem Gedanken bereits die Ausführungen zur „Rationalität der Kaufentscheidung“, vgl. Kap. 1, B., IV., 2..

steuern¹⁴³. So bietet gerade der herausragende Stellenwert der Werbung mit Preisen einen erheblichen Anreiz für „den Hemmungslosen [Unternehmer]“¹⁴⁴, die besondere Wirkung des Eigenpreisvergleichs auf den Verbraucher zu seinen Gunsten in unredlicher Weise auszunutzen. Die damit verbundenen Gefahren sind vielfältig. Der Markt ist ein Netzwerk unterschiedlicher Abläufe und Interessen. Diese bedingen einander derart, dass auf eine Aktion Reaktionen (unmittelbar sowie mittelbar) an verschiedenen Stellen des Geflechts hervorgerufen werden können. Beteiligte des hier relevanten Verbrauchermarktes sind der einzelne Anbieter, dessen Konkurrenten und die Verbraucher. Aber auch die Allgemeinheit und die Wettbewerbsordnung i.S.e Gesamtordnung bilden relevante und zu beachtende Positionen.

I. Gefährdung von Verbrauchern

Der Eigenpreisvergleich richtet sich an den Verbraucher, womit dieser primär Gefahr läuft, Opfer eines unlauteren Verhaltens des Werbenden zu werden. Allgemein betrachtet besteht für den Verbraucher die Gefahr, dass ihm der Eigenpreisvergleich Eindrücke vermittelt, die den tatsächlichen Gegebenheiten nicht entsprechen, er also getäuscht wird (Irreführungsgefahr)¹⁴⁵. Im Folgenden seien die in der Praxis denkbaren bzw. diskutierten Möglichkeiten einer Täuschung bzw. Fehlvorstellung des Verbrauchers zunächst einmal dargestellt¹⁴⁶.

1. Irreführung über das Vorliegen einer Preissenkung

In den hier abstrakt dargestellten Fällen der Irreführung über das Vorliegen einer Preissenkung, hat eine Preissenkung in Wirklichkeit nicht bzw. nicht in der angegebenen Höhe stattgefunden. Dem Verbraucher wird durch den Eigenpreisvergleich eine tatsächliche bzw. in der angegebenen Höhe vorgenommene Preissenkung im Grunde bloß vorgespiegelt. Was nach außen wie eine Preissenkung aussehen mag, kann dann bei genauer Betrachtung ein Fehlurteil sein. Die Preissenkung bzw. ihre Höhe ist in diesen Fällen nur eine Illusion.

¹⁴³ Vgl. Kap. 1, C., I..

¹⁴⁴ *Wendlandt* (1941) S. 95.

¹⁴⁵ Die Gründe für die Täuschungsanfälligkeit des Verbrauchers wurden bereits ausführlich dargelegt, vgl. Kap. 1, B., IV..

¹⁴⁶ Vgl. zur abschließenden wettbewerbsrechtlichen Wertung Kap. 3.

Als Ausgangsfall dient dabei die Konstellation, wenn der herabgesetzte alte (Normal-) Preis höher angegeben wird als er in Wirklichkeit war, oder wenn ein höherer Preis als der neue (Sonder-) Preis tatsächlich nie verlangt wurde¹⁴⁷. Hier wird dem Betrachter das Vorliegen einer Preissenkung an sich bzw. in der angegebenen Höhe bloß vorgetäuscht. In Wirklichkeit wurde der als Altpreis angegebene Betrag jedoch niemals verlangt. Ein typischer Fall für die Irreführung über das Vorliegen eines Sonderpreises ist der sog. *Mondpreis*¹⁴⁸. Dabei wird der Normalpreis zunächst völlig überhöht angesetzt, um so Raum für umfangreiche Preissenkungen zu gewinnen. Die Ware wird eine Zeit lang zu dem Mondpreis tatsächlich ausgezeichnet, bevor eine Preissenkung vorgenommen wird. Je höher der Normalpreis, desto weiter lässt sich der Sonderpreis absenken, was dazu führt, dass der neue (Sonder-) Preis aufgrund der großen Preisdifferenz besonders günstig erscheint, ohne dass dies der Marktrealität entsprechen muss. Dass der Normalpreis so überhöht angesetzt wurde, kann zwar auch Resultat einer zunächst fehlgeschlagenen Kalkulation bzw. unrealistischen Einschätzung der Nachfrage gewesen sein. Ebenso können unvorhergesehene Veränderungen am Markt oder innerhalb des Unternehmens eine Preissenkung erforderlich machen. Das alles kann selbst einem gewissenhaften Kaufmann passieren und es wird darin nur schwer ein unlauteres Verhalten zu finden sein. Doch wenn der Werbende absichtlich zunächst einen reinen Fantasiepreis fordert, um dann einen besseren Anlockeffekt bei der Reduzierung dieses Scheinpreises zu erzielen, liegt die Unlauterkeit und die Notwendigkeit zur Sanktionierung eines solchen Verhaltens auf der Hand.

Entsprechend liegt der Fall, wenn der Werbende den nun geforderten niedrigeren Preis *bereits früher verlangt* hat¹⁴⁹. Hier sind zwei Fallvarianten denkbar. Zum einen kann es sich bei dem heute als Sonderangebot ausgezeichneten Preis um den früheren Normalpreis handeln, was bedeutet, dass zwischenzeitlich eine Preiserhöhung durchgeführt wurde. Andererseits kann der heute verlangte Sonderpreis bereits vorher als Sonderpreis verlangt worden sein. Zusätzlich ist bei letzterer Variante denkbar, dass der jeweilige Normalpreis unterschiedlich ist und somit der Umfang der Preissenkung heute und damals ein anderer ist. Bei all diesen Fallvariationen wird wie im Falle des Mondpreises fraglich sein, ob der Preis tatsächlich gesenkt wurde, d.h. inwieweit der Werbende den

¹⁴⁷ vGodin § 3 Anm. 38.

¹⁴⁸ Baumbach/Hefermehl § 3 Rn. 297; Sack WRP 89, 693 (694); Feldmann GewArch 87, 360 (362).

¹⁴⁹ Baumbach/Hefermehl § 3 Rn. 299.

(zwischenzeitlich) höheren Preis tatsächlich über einen angemessenen Zeitraum ernsthaft verlangt hat.

Auch wird in diesem Zusammenhang fraglich sein, *wie lange* der Werbende mit einer Herabsetzung des Preises werben darf¹⁵⁰. Die Preisauszeichnung soll grundsätzlich den aktuell zu zahlenden (Normal-) Preis angeben. Das folgt aus § 1 Abs.1 und 4 PAngVO¹⁵¹. Bereits das Auszeichnen einer Preisveränderung weicht von diesem Grundsatz ab, ist aber für Werbezwecke und zur Verbraucherinformation durchaus gerechtfertigt und hält sich im Rahmen lauterer Wettbewerbs. Fraglich ist aber, ob es gerechtfertigt ist, dass der Werbende den Werbeeffect des Eigenpreisvergleichs und den damit zu erzielenden Wettbewerbsvorteil über einen beliebig langen Zeitraum für sich soll nutzen können. Das ist mit Sicherheit zu verneinen, was wiederum die Frage nach einer zeitlichen Grenze („angemessenen Zeitraum“) aufwirft.

Die Gefahr, dass der Verbraucher durch eine Gegenüberstellung von Preisen hinsichtlich der Preisgünstigkeit des Sonderpreises einer Fehlvorstellung unterliegt, besteht auch dann, wenn die *Bezugsgrundlage missverständlich* ist. Das bedeutet, der Betrachter muss anhand der Preisauszeichnung erkennen können, was für ein höherer Preis dem niedrigeren Sonderpreis gegenübergestellt wird¹⁵². Es spielt für die richtige Beurteilung des Sonderpreises eine entscheidende Rolle, ob der nun geforderte (Sonder-) Preis unterhalb des früher vom Werbenden selbst geforderten Preises oder unter einem anderen (beispielsweise Konkurrenten-) Preis¹⁵³ liegt. Denn entweder handelt es sich um eine Senkung des eigenen Preises oder der Preis ist im Verhältnis zu einem anderen Bezugswert günstig. Die Beurteilung der Preisangabe kann dann eine völlig andere sein¹⁵⁴.

¹⁵⁰ Dazu Gloy/Helm § 49 Rn. 257; vGodin § 3 Anm. 38; OLG Bremen WRP 71, 530.

¹⁵¹ Nach § 1 Abs. 1 PAngV ist der „zu zahlende“ Endpreis anzugeben. Sodann werden in § 1 Abs. 4 PAngV Ausnahmefälle geregelt, die eine Änderung des angegebenen (zu zahlenden) Preises erlauben.

¹⁵² Gloy/Helm § 49 Rn. 254/255; vGodin § 3 Anm. 38; Koppensteiner Bd. 2, § 5, II, 3., a., aa; BGH GRUR 81, 654 – Testpreiswerbung; BGH GRUR 61, 137 (138) – Canzonetta; vgl. auch BGHZ 42, 134 ff. (135) – 20% unter dem empfohlenen Richtpreis: Dort wurde der Begriff „Richtpreis“ als Bezugsgrundlage verwendet, der jedoch mit einer anderen Bedeutung belegt ist, als er im Zusammenhang der Werbung gebraucht wurde.

¹⁵³ Weitere Beispiele: allgemeine (Hersteller-) Preisempfehlung, Listenpreis.

¹⁵⁴ Zur Beurteilung von Preisangaben (Preiswürdigkeit- und Preisgünstigkeit) vgl. Kap. 1, C., IV., 3..

Ist eine Preisauszeichnung mehrdeutig, so bedarf es eventuell einer Klarstellung¹⁵⁵. Schon an dieser Stelle wird deutlich, dass es sich hierbei hauptsächlich um ein Problem der Klarheit von Preisauszeichnungen handelt¹⁵⁶.

2. Irreführung über die Vergleichbarkeit

Werden wie beim Eigenpreisvergleich zwei Preise zum Vergleich gegenübergestellt, müssen diese grundsätzlich zum Vergleich geeignet sein. So ist zum einen von wesentlicher Bedeutung für die Beurteilung eines Eigenpreisvergleichs, dass die sich gegenüber gestellten Preise auf der gleichen Berechnungsgrundlage basieren und damit überhaupt vergleichbar werden. Beispielsweise müssen mit Sicherheit anfallende zusätzliche Kosten oder sog. Folgekosten entweder bei beiden Positionen enthalten sein oder bei keiner von ihnen. Ansonsten lässt sich die tatsächliche Höhe der Preissenkung – sofern eine solche überhaupt vorliegt – nicht erkennen und wird u.U. wesentlich höher eingeschätzt als dies in Wirklichkeit „unterm Strich“ der Fall ist¹⁵⁷. Zum anderen müssen sich die Preise auf dasselbe Produkt beziehen¹⁵⁸. Ist die Ware gebraucht, beschädigt, modisch veraltet oder gehört sie nur der selben Gattung an, ist der Eigenpreisvergleich anders zu beurteilen, als wenn es sich um ein und dieselbe Ware handelt¹⁵⁹. Das würde vom Verbraucher so auch berücksichtigt. Fehlt jedoch ein entsprechender Hinweis, dann geht der Verbraucher davon aus, dass es sich um dieselbe Ware zu einem günstigeren Preis handelt. Auch im Bereich der vergleichenden (hier i.S.v. gegenüberstellender) Werbung gilt insofern der Grundsatz: Gleiches darf nur mit Gleichem verglichen werden.

3. Fehlvorstellung hinsichtlich der Günstigkeit des Sonderpreises

Als Grundlage der hier angeführten Irreführungsgefahr über die Preisgünstigkeit (d.h. im Verhältnis zu konkurrierenden Angeboten) des Sonderpreises wird folgende These vertreten: Der Verbraucher neigt dazu, bei der Betrachtung bzw. Würdigung eines durch Eigenpreisvergleich herausgestellten Sonderpreises zumindest im ersten Moment davon auszugehen, dass dieser im Verhältnis zum „allgemeinen Marktpreis“ (i.S.e. am Markt

¹⁵⁵ Gloy/Helm § 49 Rn. 254.

¹⁵⁶ Vgl. dazu Kap. 2., C., I., 2., b..

¹⁵⁷ Weiteres Beispiel: Vergleich von Netto- mit Bruttopreisen.

¹⁵⁸ vGodin § 3 Anm. 38.

¹⁵⁹ Vgl. Baumbach/Hefermehl § 3 Rn. 300.

regelmäßig verlangten Preises) nicht teuer, sondern eher günstig zu bewerten ist, wobei das nicht bedeutet, dass der Verbraucher der Ansicht ist, dass es sich um das preiswerteste vergleichbarer Angebote handelt¹⁶⁰.

Der Kauf eines Sonderangebotes gibt dem Verbraucher das Gefühl, für die Ware zumindest keinen überhöhten Preis zu zahlen – vielmehr rechnet er damit, ein zum Gesamtmarkt verhältnismäßig preiswertes Geschäft zu tätigen. Das könnte jedoch ein Trugschluss sein, denn es verbirgt sich in dieser Hinsicht nicht hinter jeder besonders herausgestellten Preissenkung ein (entsprechend umfangreicher) Preisvorteil¹⁶¹. Aber soll deswegen nur dann mit einem Sonderpreis geworben werden dürfen, wenn dieser im Vergleich zum sonst am Markt üblicherweise verlangten Preis eine bestimmte Größe (d.h. Günstigkeit) erreicht? Das erscheint doch sehr fragwürdig, zumal eine Überprüfung mangels Bestehens eines allgemeinen Marktpreises als feste Größe nahezu unmöglich sein wird¹⁶².

In diesem Zusammenhang soll auf eine weitere Beobachtung hingewiesen werden: Immer wieder setzen Unternehmen den eigenen Preis nur unwesentlich herunter und stellen diese Preissenkung mittels Eigenpreisvergleich werbewirksam heraus. Hier vermutet der Betrachter auf den ersten Blick eine besonders günstige Kaufgelegenheit, würde aber bei genauerer Betrachtung von der Höhe der Preissenkung überrascht bzw. enttäuscht sein. Diese bewegt sich dann teilweise im Bereich von unter 5%. Da aber bereits der Eigenpreisvergleich als optische Erscheinung dem Verbraucher eine besondere Kaufgelegenheit suggeriert, besteht die Gefahr, dass nur der Sonderangebotscharakter wahrgenommen wird, ohne dass die tatsächlich ausgezeichnete Preisdifferenz beachtet wird. Seine Aufmerksamkeit wird auf die Preissenkung als solche, allenfalls aber auf den Sonderpreis, gelenkt. Der tatsächliche Vergleich des Sonder- mit dem ausgezeichneten Normal-Preis könnte dabei übersehen werden. Durch die optische Dominanz des Eigenpreisvergleichs als Grafik wird über die Höhe der Preissenkung hinweggetäuscht,

¹⁶⁰ Empirische Untersuchungen mit repräsentativem Charakter liegen zu dieser These nicht vor. Allerdings ist sie nach den vom Verfasser i.R.d. Untersuchung geführten Gespräche und Befragungen durchaus vertretbar.

¹⁶¹ Einer eingeschränkt repräsentativen Untersuchung aus dem Jahre (1978) zur Folge, war der Sonderpreis in 30% der Fälle nicht billiger oder sogar teurer als vergleichbare Angebote der Konkurrenz und bei weiteren 13% wurde nur ein Preisvorteil von 0,1 bis 5% geboten, vgl. *Diller WiSt* 78, 249 (255); dazu OLG Bremen WRP 71, 530 ff..

¹⁶² Darauf eingehend Kap. 2., C., I., 2., b., bb., (4.) sowie Kap. 2, C., I., 2., b., cc..

sie wird quasi ausgeblendet. Der Verbraucher kauft so die Ware in der Meinung, einen besonderen Preisvorteil zu bekommen, obwohl dieser nur sehr gering ist, was jedoch anhand der wahrheitsgemäßen Auszeichnung erkennbar gewesen wäre¹⁶³.

4. Irreführung über die Preisgestaltung des Gesamtsortiments

Im Zusammenhang mit Preissenkungen wird die Gefahr einer Irreführung über das allgemeine Preisniveau diskutiert¹⁶⁴. Diese Gefahr sei bedingt durch die (menschliche) Neigung des Verbrauchers zu generalisieren¹⁶⁵. So wird befürchtet, der Verbraucher könnte von der Preissenkung einzelner Artikel auf die Preisgestaltung des gesamten Sortiments schließen. Diese im Raum stehende Behauptung bedarf einer kritischen Betrachtung.

a. Der betriebswirtschaftliche Ansatz

In der Rechtsprechung und Literatur wurden einige Ansätze diskutiert, wo und wie die Grenze zur Irreführung über das Gesamtsortiment anhand der Preisgestaltung gezogen werden kann. Eingehend wurde die Möglichkeit betrachtet, die Abgrenzung zwischen einer wettbewerbsrechtlich nicht zu beanstandenden Sonderangebotspraxis und einer irreführenden (Anlock-) Werbung mittels betriebswirtschaftlicher Berechnungsmethoden vorzunehmen¹⁶⁶. Der Preis sollte nach dieser Methode eine bestimmte bzw. bestimmbare Untergrenze nicht unterschreiten dürfen, wobei es keinen Unterschied machen sollte, ob es sich um einen besonders günstigen Sonder- oder Normalpreis handelt oder ob der Ausnahmecharakter des Angebots verdeutlicht wird oder nicht. Einzig die Tatsache des Unterschreitens der Preisuntergrenze wäre danach ausschlaggebend für die Unlauterkeit der Preisgestaltung. Mehrfach wurde in diesem Zusammenhang der sog. Einstandspreis angeführt, bei dem der Unternehmer weder kostendeckend kalkuliert, noch einen relativen Gewinn¹⁶⁷ erzielen kann. Erst wenn der Artikel unterhalb dieses

¹⁶³ Darauf eingehend Kap. 2, C., I., 2., b., cc..

¹⁶⁴ Vgl. *Baumbach/Hefermehl* § 3 Rn. 283; *Lehmann* GRUR 79, 368 (374 f.); *Sack* WRP 89, 693 (695 ff.); *Kraft* WRP 75, 83 (84 f.); *Gloy/Helm* § 49 Rn. 253; *K/P* § 3 Rn. 406.

¹⁶⁵ *Preißner/Engel* S. 67 – „Prinzip der Generalisierung“; *Diller* WiSt 78, 249 (252).

¹⁶⁶ Dabei kam es auf das Werben mit dem Preis bzw. mit einer Preissenkung nicht an. Vielmehr sollte die Preisgestaltung als solche wettbewerbswidrig sein, vgl. *Mellerowicz* MA 69, 43 (45 f.); *Merkel*, S. 40 ff..

¹⁶⁷ Ein „relativer Gewinn“ wird erzielt, wenn der Verkauf von Ware, deren Preis nicht kostendeckend kalkuliert wird, zur Steigerung des Gesamtumsatzes führt und so den Betriebsgewinn verbessert. Denn dadurch werden sonst verlorene Fixkosten eingebracht, vgl. *Mellerowicz* MA 69, 43 (45).

Grenzwertes angeboten wird, könne der Unternehmer kein Interesse mehr an seinem Absatz haben. Dann ginge es ihm ausschließlich darum, für das übrige Sortiment zu werben. Die Unterschreitung dieser Preisuntergrenze verdeutliche anhand objektiver Kriterien die Charakterisierung des Sonderangebots als unzulässigen Lockartikel¹⁶⁸.

Letztlich konnte man sich aber nicht darüber einigen, wo die Preisgrenze liegen sollte bzw. wie sie zu berechnen sei. Es wäre mitunter ein aufwendiges und nur bedingt zufriedenstellendes Unterfangen gewesen und hätte zu erheblicher Rechtsunsicherheit geführt¹⁶⁹. Zudem wurde dieser Ansatz verworfen, da es nach Meinung seiner Kritiker für den Verbraucher keinen Unterschied mache, ob der Sonderpreis nun leicht über, unter oder auf dem Einstandspreis o.ä. liegen würde¹⁷⁰. Der Verbraucher habe in solche betriebswirtschaftlichen Angelegenheiten keinen Einblick und mache sich über sie auch keine Gedanken¹⁷¹. Mithin spiele der erzielte (Betriebs-) Gewinn des Unternehmers bei der Kaufentscheidung des Verbrauchers keine entscheidende Rolle¹⁷². Dem ist durchaus zuzustimmen. Das UWG ist – zumindest in diesem Zusammenhang – nicht der rechte Ort für kostentheoretische Überlegungen auf Seiten der Anbieter¹⁷³. Maßstab für die lauterkeitsrechtliche Beurteilung eines kommunikativen Verhaltens wie dem der Werbung sollten primär solche Faktoren sein, die sich auf das Konsumverhalten des Verbrauchers auswirken, denn erst über die Verbraucherreaktion gewinnt eine Werbemaßnahme an wettbewerbsrechtlicher Bedeutung. Entscheidend für die lauterkeitsrechtliche Betrachtung muss in diesem Zusammenhang also sein, in welcher Weise sich der Verbraucher von der Werbung angesprochen fühlt bzw. wie er sie wahrnimmt. So hat ein günstiger Preis erst dann eine anziehende und werbende Wirkung, wenn der Verbraucher ihn auch als besonders preiswert erkennt und würdigt. Das hängt aber nicht von einer bezifferbaren (objektiven) Preisgrenze wie dem Einstandspreis ab, sondern ist

¹⁶⁸ Zum Ganzen *Mellerowicz* MA 69, 43 (46); *Streit*, S. 52 ff..

¹⁶⁹ Vgl. BGH WRP 74, 264 (265) – Lockvogelwerbung.

¹⁷⁰ Vgl. BGH WRP 74, 264 (265) – Lockvogelwerbung.

¹⁷¹ Vgl. BGH GRUR 74, 344 – Intermarkt.

¹⁷² Allgemein zur Diskussion um den Einstandspreis vgl. *Pinger* WuW 84, 276 ff.; *Bülow* BB 85, 1297 ff.; *Eser* BB 85, 699; *Lehmann* GRUR Int. 77, 136 ff; *Lehmann* GRUR 79, 368 ff; *Schüller* „Verkäufe unter Einstandspreis“ (1988); *Westen* „Unbillige Behinderung von Wettbewerbern durch Verkäufe unter Einstandspreis“ (1987).

¹⁷³ Anderes gilt für das GWB, wo die Diskussion um den Einstandspreis in § 20 Abs.4 S. 1 GWB ihren Niederschlag gefunden hat.

auf subjektive Faktoren wie das Preisempfinden und den durch die Werbung vermittelten Eindruck der Preisgünstigkeit zurückzuführen.

b. Der Ansatz von Rechtsprechung und herrschender Lehre

Nach unbestrittener Ansicht in Rechtsprechung und Literatur besteht im Zusammenhang mit Sonderpreisen die Gefahr einer Irreführung über die Preisgestaltung des Gesamtsortiments, wenn der Verbraucher durch die Art und Weise der Preisauszeichnung oder durch sonstige vom Werbenden zu vertretende Umstände den Eindruck gewinnt, die preisgünstige Ware sei beispielhaft für die gesamte Preisgestaltung des Anbieters, jedoch das übrige Sortiment nicht vergleichbare¹⁷⁴ Preisvorteile gegenüber den üblichen Einzelhandelspreisen bietet¹⁷⁵. Dabei sei es bezüglich der Frage, ob eine Preisauszeichnung oder Werbeangabe repräsentativ für die Preisgestaltung des Gesamtsortiments ist, nicht zwingend, dass die als preisgünstig herausgestellte Ware ausdrücklich als beispielhaft für das Gesamtsortiment bezeichnet wird¹⁷⁶. Entscheidend sei insofern, ob die Werbung nach ihrem Gesamteindruck einen dahingehenden Aussagegehalt besitzt¹⁷⁷.

Eine solche Irreführungseignung liege beispielsweise vor, wenn Waren, bei denen der Verbraucher bestimmte Preisvorstellungen hat (mittleres Preisempfinden¹⁷⁸), ohne deutlichen Hinweis auf den Ausnahmecharakter zu besonders niedrigen Preisen herausgestellt werden (sog. loss leader¹⁷⁹), und gleichzeitig Waren, bei denen solche Vorstellungen fehlen (insbesondere, bei denen der Vergleich mit Konkurrenzangeboten schwierig ist) zu überhöhten Preisen angeboten werden, um die bei den Sonderangeboten zu erwartenden Gewinneinbussen (zumindest) auszugleichen (sog. Mischkalkulation)¹⁸⁰. Fehlt es an einem die Sonderstellung des Angebots betonenden Hinweis, so könnte der

¹⁷⁴ Beachte: Es ist nicht erforderlich, dass alle Preise in genau dem gleichem Verhältnis preiswert sind, vgl. *Baumbach/Hefermehl* § 3 Rn. 283; *Gloy/Helm* § 49 Rn. 253.

¹⁷⁵ Vgl. BGH GRUR 74, 344 (345) – Intermarkt; *Baumbach/Hefermehl* § 3 Rn. 283; *Gloy/Helm* § 49 Rn. 253; insoweit der Rspr. und hL folgend: *Sack* WRP 89, 693 (695 f.); *Nette*, S. 60.

¹⁷⁶ *Baumbach/Hefermehl* § 3 Rn. 283; *Gloy/Helm* § 49 Rn. 253; BGH GRUR 78, 652 (653) – mini-Preis; BGH GRUR 70, 33 (34) – Lockvogel; BGH 78, 649 (651) – Elbe-Markt.

¹⁷⁷ Vgl. *Gloy/Helm* § 49 Rn. 253; *GK/Lindacher* § 3 Rn. 881..

¹⁷⁸ Zum Begriff des „mittleren Preisempfindens“ s. Kap. 1, D., III..

¹⁷⁹ *Gloy/Helm* § 50 Rn. 127; *Baumbach/Hefermehl* § 3 Rn. 290.

¹⁸⁰ *Baumbach/Hefermehl* § 3 Rn. 284, 290, § 1 Rn. 264; *Sack* WRP 89, 693 (695); *Speckmann* Rn. 291; *Schüller*, S. 36 ff. BGH GRUR 70, 33 (34) – Lockvogel; BGHZ 52, 302 (306); Dieser Fall war unter

Verbraucher den Eindruck gewinnen, bei dem Angebot handle es sich um den Normalpreis. Dies sei nicht zuletzt auf die Tatsache zurückzuführen, dass der Unternehmer üblicherweise bestrebt ist, jedes besonders preiswerte Angebot mit Blick auf die Werbewirksamkeit und Anlockwirkung entsprechend sichtbar herauszustellen. Im Umkehrschluss vermittelt der „versteckte“ Sonderpreis dem Verbraucher den Eindruck eines Normalpreises, dem damit ein gewisser Grad an Beispielscharakter für die allgemeine Preisgestaltung des Unternehmers zukommen könnte¹⁸¹. Dabei handelt es sich wegen der nur geringen Fähigkeit des Verbrauchers, sich Preise zu merken, um eine (sehr) begrenzte Anzahl an Waren, deren allgemein am Markt zu zahlenden Preis der Verbraucher kennt bzw. bei denen er ein mittleres Preisempfinden hat¹⁸². Als Sonderangebotswaren eignen sich vorzugsweise Waren des täglichen bzw. allgemeinen Bedarfs oder Waren, die für eine Vielzahl der Verbraucher von besonderem Interesse sind, wie beispielsweise Prestige- und Markenartikel¹⁸³. Diese Artikel dürften den Anbietern aufgrund von Verbraucherbefragungen, aber auch aufgrund von Erfahrung und unternehmerischem Gespür wohl bekannt sein.

Anders beurteilt die Rechtsprechung und herrschende Literatur die Frage der hier behandelten Problematik, wenn der Werbende den Ausnahmecharakter seines preiswerten Angebots deutlich herausstellt. Eine Irreführung über die Preisgestaltung des Gesamtsortiments scheidet aus, wenn dem Verbraucher das Einmalige des Angebots durch Art und Charakter der Werbung verdeutlicht werde¹⁸⁴. Dabei kommt es darauf an, dass erkennbar wird, dass das besondere Angebot nicht nur Ausnahmecharakter hinsichtlich der konkreten Ware hat, sondern (gerade) auch hinsichtlich des sonstigen Sortiments eine nicht-repräsentative Ausnahmestellung einnimmt; genauer: es darf *nicht* erkennbar sein, dass das Sonderangebot *keinen* Ausnahmecharakter hat. So führte der Rechtsausschuss des Bundestages von 1969 aus: „Kennzeichnend für das (nicht zu beanstanden-

anderem Grund für die Einführung des Tatbestandsmerkmals „Irreführung über die Preisgestaltung des Gesamtsortiments“ in § 3 UWG, vgl. BT-Ausschuss-Bericht GRUR 69, 338 (339).

¹⁸¹ So auch *Dall*, S. 34 f..

¹⁸² *Potucek*, S. 155.

¹⁸³ *Sebastian/Maessen* DBW 02, S. 547 (Anm. 2.); *Potucek*, S. 174; *Lindacher*, S. 7 f..

¹⁸⁴ BGH GRUR 70, 33 (34) – Lockvogel; BGH GRUR 74, 344 – Intermarkt; BGH GRUR 78, 652 (653) – mini-Preis; BGH GRUR 79, 116 (117) – Der Superhit; *Baumbach/Hefermehl* § 3 Rn. 285 f.; *vGamm* UWG § 1 Rn. 186; *Gloy* GRUR 80, 395 (398); *Esser* BB 85, 699 (700); *Kreuzer* WRP 85, 467 (470); *Lehmann* GRUR 79, 368 (374); *GK/Lindacher* § 3 Rn. 878 f.; *Lindacher*, S. 44.

de) Sonderangebot ist also, dass es keine Angaben über die Preisbemessung des gesamten Angebotes darstellt. Es weist den Kunden lediglich darauf hin, dass er für eine begrenzte Zeit eine bestimmte Ware besonders preiswert kaufen kann.“¹⁸⁵ Ein etwaiger Irrtum über die Preiswürdigkeit des Gesamtsortiments liege in einem solchen Fall so fern, dass die irrenden Verkehrsteile nicht schutzwürdig sein können bzw. ein solcher Irrtum „rechtlich nicht relevant ist“¹⁸⁶. Sowohl das Interesse an billigen Sonderangeboten, als auch das Interesse an klarer Preisinformation sei in einem solchen Fall höher zu bewerten als das Interesse der Verbrauchergruppe, die daraus falsche Schlüsse zieht¹⁸⁷. Diese Wertung sei gerechtfertigt, da der Werbend eine eventuell auftretende Täuschung nicht veranlasst habe, sondern „vielmehr durch Kennzeichnung seines Angebots als singulär alles Zumutbare getan hat, sie zu vermeiden“¹⁸⁸.

Dieser Ansicht und den von ihr angebrachten Argumenten kann nur beigetreten werden. Die vorgenommene Differenzierung nach der Erkennbarkeit des Ausnahmecharakter ist sach- und interessengerecht, da sie sich an der Wirkung, die eine Werbung auf den Verbraucher hat, orientiert. Zudem ergibt sich daraus eine Vorgabe, die für denjenigen Wettbewerber, der mit Sonderangeboten werben möchte, problemlos umsetzbar ist, womit auch dem Rechtssicherheitsgedanken genüge getan ist.

Was den Eigenpreisvergleich als solchen betrifft, so ist sein typisches Erscheinungsbild geprägt von dem Hinweis auf eine besondere Kaufgelegenheit der sonderangebotenen Ware. Nur auf diese Weise erfüllt er den Zweck, die Aufmerksamkeit des Verbrauchers zu erregen. Man wird aber in der Auszeichnung einer Preissenkung noch keinen Hinweis auf die Preisgestaltung des Gesamtsortiments erblicken können¹⁸⁹. Zunächst ist mit Blick auf § 1 Abs. 5 S. 2 PAngV davon auszugehen, dass sich die Preisauszeichnung für den Betrachter erkennbar auf eine räumlich vom Gesamtsortiment abgegrenzte Ware (bzw. Warengruppe) bezieht. Und auch der Eigenpreisvergleich als solcher enthält keinen auf das Gesamtsortiment bezogenen Aussagegehalt oder suggeriert eine diesbezügliche Repräsentativität¹⁹⁰.

¹⁸⁵ BT-Ausschuss GRUR 69, 338 (339).

¹⁸⁶ *Kraft* WRP 75, 83 (85).

¹⁸⁷ Vgl. *Kraft* WRP 75, 83 (85); *Lehmann* GRUR 79, 368 (375).

¹⁸⁸ *Kraft* WRP 75, 83 (85).

¹⁸⁹ So auch *Dall*, S. 40.

¹⁹⁰ BGH GRUR 78, 652 (653) – mini-Preis.

Zudem hat sich der Verbraucher an die seit langem weit verbreitete Praxis der Wettbewerber gewöhnt, dass diese in ihrer Werbung grundsätzlich nur die für sie positiven Angaben machen bzw. diese verdeutlichen. Folglich erwartet der Verbraucher mit der Werbung keine für das gesamte Angebot des Werbenden repräsentative Information. Das gilt dann auch für die (werbewirksame) Bekanntmachung von Preissenkungen mittels Eigenpreisvergleich. Ganz im Gegenteil wird dem Betrachter einer Preisherabsetzungswerbung im Allgemeinen bewusst sein, dass es sich nur um ein für den Anbieter positiven Teil seines Gesamtangebotes handelt¹⁹¹. Auch wenn die in früherer Zeit durchgeführten demoskopischen Ermittlungen dies nicht untermauerten¹⁹², wird doch in der neueren Rechtsprechung und Literatur wiederholt darauf hingewiesen, dass dem Verbraucher von heute durchaus bewusst sei, dass die wettstreitenden Unternehmen im Grunde grundsätzlich nichts zu verschenken haben, und damit die Möglichkeit sehr wahrscheinlich ist, dass die gewährten Preisvorteile an anderer Stelle ausgeglichen werden, m. a. W. der mit Sonderangeboten werbende Anbieter Mischkalkulation betreibt¹⁹³. In der Verbraucherschaft ist allgemein bekannt, dass die Sonderangebotspraxis Gegenstand des herrschenden Wettbewerbs unter den Anbietern um die Gunst der Verbraucher ist, und dass insbesondere Sonderangebote keinen Beispielscharakter für das allgemeine Preisniveau eines Anbieters haben¹⁹⁴.

Damit ist zunächst festzustellen, dass die Verdeutlichung des Ausnahmecharakters dem Eigenpreisvergleich als solchen immanent ist und dieser Art der Preisauszeichnung zudem kein auf die Preisgestaltung des Gesamtsortiments gerichteter Aussagegehalt entnommen werden kann. Vielmehr wird beim Eigenpreisvergleich der Ausnahmecharakter des Angebots für den Verbraucher erkennbar verdeutlicht, womit es nach der dargestellten Ansicht von Rechtsprechung und herrschender Lehre zur Verallgemeinerung

¹⁹¹ BGH GRUR 78, 652 (653) – mini-Preis; BGH GRUR 78, 649 (651) – Elbe-Markt (Die Vorinstanz war in diesem Punkt der entgegengesetzten Ansicht: Der Verbraucher erwarte, dass das werblich herausgestellte Angebot beispielhaft und charakteristisch für das gesamte Angebot sei. Dieser realitätsfernen Ansicht hat der BGH ausdrücklich widersprochen.).

¹⁹² Vgl. Institut für Demoskopie Allensbach, veröffentlicht von *Geiger* in: MA 68, 414 (418 – Tabelle 4); Anders, Der Einzelhandel 1978/80, S. 3 (9 f.); *Andersen* WRP 78, 427 (429, Tabelle Nr.6); allerdings wurde wiederholt auf die deutliche Tendenz, weg von dem Fehlurteil, ein mit Sonderangeboten werbender Unternehmer biete seine gesamte Ware preiswert an, hingewiesen, vgl. *Lehmann* GRUR 79, 368 (375); so auch *Diller* WiSt 78, 249 (252); BGH GRUR 78, 649 (651) – Elbe-Markt.

¹⁹³ BGH GRUR 78, 649 (651) – Elbe-Markt; *Dall*, S. 41.

¹⁹⁴ Vgl. BGH GRUR 78, 652 (653) – mini-Preis; ebenso *Dall*, S. 41.

prinzipiell nicht mehr geeignet ist¹⁹⁵. Folglich ist der Eigenpreisvergleich in seiner natürlichen Art und Weise nicht zur Irreführung über die Preisgestaltung des Gesamtsortiments durch Vortäuschen eines besonders günstigen Gesamtpreisniveaus geeignet.

c. Der Ansatz des kritischen Schrifttums

Der dargestellten Ansicht von Rechtsprechung und herrschender Lehre wird von einem Teil der Literatur (i.F. kritisches Schrifttum) mit Verweis auf die Werbewissenschaft entgegengehalten, sie berücksichtige nicht die langfristige Wirkung suggestiver Mechanismen bei regelmäßigem Werben mit Sonderangeboten und sei daher in ihrer Allgemeinheit nicht haltbar¹⁹⁶. Die Unzulässigkeit von Sonderangeboten nur in den von der Rechtsprechung und herrschenden Lehre dargestellten Fällen anzunehmen, greift nach Ansicht der Kritiker zu kurz. So habe das regelmäßige Werben mit Sonderangeboten nach werbewissenschaftlicher Erkenntnis den Effekt eines günstigen Preisimages, ohne dass dieses Image unbedingt gerechtfertigt sein müsse¹⁹⁷. Auch im Rahmen der vorliegenden Untersuchung wurde die Möglichkeit einer Preisimagebildung durch wiederholtes und umfangreiches Werben mit Sonderpreisen dargelegt¹⁹⁸. Auszugehen ist dabei von der Erkenntnis, dass ein (Preis-) Image stets aus der Symbiose von Suggestion und Tatsachen („Dichtung und Wahrheit“) entsteht¹⁹⁹. Grundet sich das Preisimage aber zunehmend auf der Fantasie des Verbrauchers, denn auf den tatsächlichen Gegebenheiten, besteht – durchaus nachvollziehbar – die Gefahr einer Fehlvorstellung der Verbraucher über das tatsächliche allgemeine Preisniveau des Anbieters. Dabei sei zu beachten, dass das dem Verbraucher vermittelte Preisimage eines Wettbewerbers einen wesentlichen Einfluss auf die Wahl der vom Verbraucher bevorzugten Einkaufsstätte hat²⁰⁰. Das kritische Schrifttum geht daher im Gegensatz zur Rechtsprechung und herrschenden Lehre noch einen Schritt weiter und erhebt auch den Umstand einer möglichen Fehlvorstellung der Verbraucher hinsichtlich des Preisimages zu einem Tatbestand von lauterkeitsrechtlicher Relevanz²⁰¹. Danach soll es unzulässig sein, wenn durch eine entsprechende (Normal-) Preispolitik oder Sonderangebots- bzw. Werbepaxis dem Verbrau-

¹⁹⁵ So Kraft WRP 75, 83 (85); Lehmann GRUR 79, 368 (375); Dall, S. 40.

¹⁹⁶ Vgl. Sack WRP 89, 693 (696) m.w. N.; Streit, S. 106, 108 ff.; Westen, S. 51 f.; Nette, S. 60 ff..

¹⁹⁷ Vgl. Sack WRP 89, 693 (696) m.w.N..

¹⁹⁸ Eingehend zum Preisimage-Effekt vgl. Kap. 1, A., V., 2..

¹⁹⁹ Hilke/Mähling WISU 80, 581 (584).

²⁰⁰ Vgl. Streit, S. 108.

cher ein – im Verhältnis zu konkurrierenden Anbietern – günstiges Preisimage suggeriert wird, ohne dass dieses Image in tatsächlicher Hinsicht gerechtfertigt werden könnte²⁰². Dieser Sachverhalt sei sodann unter der Fallgruppe der Irreführung über die Preisgestaltung des Gesamtassortiments (Preisbemessung) zu subsumieren²⁰³.

d. Eine kritische Betrachtung

Der Umstand einer möglichen Fehlvorstellung des Verbrauchers über das Preisimage eines Anbieters scheint – zumindest unter Zugrundelegung des Ansatzes des kritischen Schrifttums – mit der zuvor getroffenen Feststellung über die Ungeeignetheit des Eigenpreisvergleichs zur Irreführung über die Preisgestaltung des Gesamtassortiments zu kollidieren²⁰⁴. Aber stehen diese Feststellungen tatsächlich im Widerspruch zueinander? Dem ist die Frage voranzustellen, ob es sich bei der Beurteilung der Preisgestaltung des Gesamtassortiments und der Bildung eines Preisimages um identische Sachverhalte handelt oder ob sich aufgrund ihrer Verschiedenheit eine differenzierte lauterkeitsrechtliche Betrachtung hinsichtlich einer diesbezüglichen Fehlvorstellung der Verbraucher nicht nur rechtfertigt, sondern vielmehr eine solche geboten ist.

So wird man bei genauer Betrachtung beider Sachverhalte einen für die wettbewerbsrechtliche Beurteilung bedeutenden Unterschied feststellen. Im Fall der „Preisimagebildung“ wird die Preisgestaltung des werbenden Unternehmens in abstrakt-genereller Weise beurteilt. Der Verbraucher bewertet das Preisniveau des Anbieters dabei nur allgemein im Rahmen einer gefühlsbetonten Gesamtschau²⁰⁵. Den Schwerpunkt seiner Erheblichkeit hat das Preisimage bei der Kaufentscheidung deutlich vorgelagerten Entscheidung des Verbrauchers über die Wahl seiner allgemein bevorzugten Einkaufsstätte, denn diese Entscheidung richtet sich nach dem Eindruck des Verbrauchers, bei welchem Anbieter er seinen Bedarf „unterm Strich“ am preiswertesten decken kann²⁰⁶. Insofern kommt dem (Preis-) Image eine primär emotional begründete Entlastungsfunk-

²⁰¹ Vgl. *Sack* WRP 89, 693 (696); *Streit*, S. 106, 108 ff.; *Westen*, S. 51 f.; *Nette*, S. 60 ff..

²⁰² Vgl. *Sack* WRP 89, 693 (696); *Streit*, S. 24, 107; *Nette*, S. 61 f.; *Westen*, S. 49 ff., der ebenso wie *Gloy* (GRUR 80, 395 (398)) auf die besondere Beweisproblematik hinsichtlich der Tatsache „Preisimage“ hinweist.

²⁰³ Vgl. Fn. 202.

²⁰⁴ Dahingehend *Sack* WRP 89, 693 (696); *Streit*, S. 106, 108 ff..

²⁰⁵ Vgl. allgemein zur Imagefunktion *Hilke/Mähling* WISU 80, 581 (584).

²⁰⁶ Vgl. dazu *Diller* I, S. 21 (22 ff.) und S. 64 ff..

tion zu²⁰⁷. Ist die Wahl auf das Unternehmen mit dem aus Verbrauchersicht günstigsten Preisimage gefallen, so schließt das aber prinzipiell eine zukünftige Beurteilung des tatsächlichen Preisniveaus einzelner Waren nicht aus. Letztlich wird erst durch die positive Bestätigung der Verbrauchererwartungen das (Preis-) Image aufrecht erhalten²⁰⁸. Auch wenn der entschiedene Verbraucher möglicherweise aus Bequemlichkeit, Vertrauen oder ähnlichen Gründen nicht permanent das Preisniveau einzelner Waren oder des Gesamteinkaufes kontrolliert, bedeutet das keinesfalls, dass der Verbraucher sich seines Preisbewusstseins begibt und es unterlässt, das Preisniveau seiner bevorzugten Einkaufsstätte auch weiterhin kritisch zu bewerten.

Dagegen findet im Falle der Beurteilung der Preisgestaltung des Gesamtsortiments eine konkret-individuelle Würdigung des Preisniveaus einzelner Preise statt. Dieser Tatbestand wird dahingehend verstanden, dass der Betrachter (Verbraucher) von der Preisgestaltung des einzelnen (Sonder-) Angebots auf die Preisgestaltung anderer im Sortiment befindlicher Waren schließt²⁰⁹. Das Preisgünstigkeitsurteil hinsichtlich der sonderangebotenen Ware wird dabei auf die Preisbeurteilung jeder einzelnen (auch nicht sonderangebotener) Ware des Anbieters übertragen. Den Schwerpunkt seiner Erheblichkeit hat dieser Sachverhalt also im Moment der Beurteilung einzelner Preise nicht sonderangebotener Ware, die der Verbraucher dann im Falle einer Irreführung als besonders preiswert empfinden würde.

Auch wenn diese Unterscheidung zwischen Preisimage und Preisbemessung des Gesamtsortiments dem Anschein nach marginal und rein theoretischer Natur scheint, zeigt sie im vorliegenden Zusammenhang durchaus Wirkung. Das Wettbewerbsrecht hat zu beurteilen, welches Verhalten im Sinne der Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs noch im erlaubten Rahmen unternehmerischer Freiheit unter geschicktes Unternehmertum fällt, und wo die Grenze zum unlauteren Wettbewerbsverhalten zu ziehen ist. Dabei ist insbesondere die Wirkung von Wettbewerbshandlungen auf die Entscheidungsautonomie des Verbrauchers maßgeblich, welchem als Schiedsrichter des wirtschaftlichen

²⁰⁷ Mayer/Illmann, S. 78 f..

²⁰⁸ Andererseits führt Diller an, der Verbraucher verzeihe dem Anbieter mit dem nach seiner Meinung günstigsten Preisimage „Fehlritte“ eher bzw. übersehe diese, vgl. Diller II, S. 5 f..

²⁰⁹ Vgl. Baumbach/Hefermehl § 3 Rn. 283; auch die Fragstellung bei Andersen WRP 78, 427 (429 f.); Nicht erforderlich ist, dass alle Preise in gleichem Verhältnis preiswert sind, vgl. Baumbach/Hefermehl § 3 Rn. 283; BGH GRUR 74, 344 (345) – Intermarkt.

Wettbewerbs²¹⁰ die Grundlage für eine möglichst freie (Konsum-) Entscheidung zu gewährleisten ist. Bei der lauterkeitsrechtlichen Beurteilung eines Wettbewerbsverhaltens kann es also den entscheidenden Unterschied machen, ob sich die Maßnahme unmittelbar bei der Entscheidungsfindung auf die Entscheidungsautonomie des Verbrauchers auswirkt, oder ob sie ausschließlich in einem vorgelagerten Stadium von Erheblichkeit ist, dabei aber prinzipiell die Freiheit des Verbrauchers hinsichtlich der konkreten Kaufentscheidung gewahrt bleibt²¹¹.

Dabei bedarf es keiner näheren Diskussion, dass ein Wettbewerbsverhalten, das in direkter Weise die Beurteilung der Preiswürdigkeit durch den Verbraucher in irreführender Weise beeinflusst und damit dessen Entscheidungsautonomie unmittelbar tangiert, von wettbewerbsrechtlicher Relevanz und in dieser Hinsicht unzulässig ist. Entsprechend ist nach der bereits dargestellten allgemeinen Auffassung in Rechtsprechung und Literatur eine Preiswerbung, deren Aussagegehalt im Rahmen einer Gesamtwürdigung die Repräsentativität bezüglich der Preisgestaltung des Gesamtsortiments zu entnehmen ist, in lauterkeitsrechtlich unzulässiger Weise irreführend, wenn das übrige Sortiment nicht vergleichbare Preisvorteile gegenüber den üblichen Einzelhandelspreisen bietet²¹². Denn in einem solchen Fall hätte die Werbung einen unmittelbar irreführenden Einfluss auf die Entscheidungsautonomie des Verbrauchers bezüglich des Kaufes nicht sonderangebotener Waren. Allerdings wurde hinsichtlich des Eigenpreisvergleichs festgestellt, dass diesem aufgrund der eindeutigen Erkennbarkeit des Ausnahmecharakters für den Verbraucher kein Aussagegehalt hinsichtlich der Preisgestaltung des Gesamtsortiments entnommen werden kann²¹³. Folglich liegt ein dahingehender Irrtum so fern, dass er wettbewerbsrechtlich nicht beachtlich ist²¹⁴. Mithin scheidet eine Eignung des Eigenpreisvergleichs zur Irreführung über die Preisgestaltung des Gesamtsortiments aus.

Dagegen ist mit dem werbewissenschaftlichen Schrifttum durchaus anzuerkennen, dass das regelmäßige Werben mit Sonderpreisen den Effekt eines günstigen Preisimage des

²¹⁰ Zur Schiedsrichterfunktion vgl. Kap. 1, B., IV., 1..

²¹¹ Vgl. dazu BGH GRUR 79, 55 (57) – Tierbuch; *Lehmann* GRUR 79, 368 (372).

²¹² Vgl. *Baumbach/Hefermehl* § 3 Rn. 283; *Gloy/Helm* § 49 Rn. 253; BGH GRUR 70, 33 (34) – Lockvogel; *GK/Lindacher* § 3 Rn. 881; insoweit der Rspr. und hL folgend auch *Sack* WRP 89, 693 (695); vgl. dazu bereits Kap. 1, D., I., 4., b..

²¹³ Vgl. Kap. 1, D., I., 4., b..

²¹⁴ Ebenso *Kraft* WRP 75, 83 (85); *Lehmann* GRUR 79, 368 (375); *Dall*, S. 40.

werbenden Unternehmers zur Folge haben kann²¹⁵, und dass ein solches Preisimage den Verbraucher veranlasst, das Verkaufslokal zu betreten und seinen Bedarf bevorzugt bei dem jeweiligen Anbieter zu decken²¹⁶. Doch kann eine Wettbewerbs- bzw. Werbemaßnahme, die sich dieses Verbraucherverhalten zu Nutze macht, allein deswegen noch nicht als wettbewerbswidrig betrachtet werden²¹⁷. Jede Werbemethode ist auf ein besonderes Verhaltensmuster von Verbrauchern abgestimmt, das sie für sich fruchtbar machen will²¹⁸. Darin liegt ihre Wirkung und damit ihre Bedeutung als Gegenstand des Wettbewerbsgeschehens. Die Werbung an sich hat insofern einen psychologischen Hintergrund, was von der Rechtsordnung grundsätzlich gebilligt wird, solange dadurch die Entscheidungsautonomie des Umworbenen hinsichtlich der konkreten Kaufentscheidung nicht maßgeblich beeinträchtigt bzw. ausgeschaltet wird²¹⁹. Was das Preisimage betrifft, so verliert es seine Wirkung mit der Wahl der bevorzugten Einkaufsstätte, die der tatsächlichen Kaufentscheidung deutlich vorgelagert ist und auf diese keinerlei Einfluss im Sinne einer Einschränkung der Entscheidungsautonomie hat. Insofern ist, wie bereits dargelegt wurde, an dieser Stelle gegenüber dem Sachverhalt einer Beurteilung der Preisgestaltung des Gesamtsortiments bzw. dem Tatbestand einer diesbezüglichen Irreführung zu unterscheiden. Das kritische Schrifttum unterschätzt den Verbraucher von heute, der eben nicht (mehr) davon ausgeht, dass ein Unternehmer, der regelmäßig mit Sonderpreisen wirbt, allgemein eine (Dauer-) Niedrigpreisstrategie verfolgt, nur weil dieser als ein engagierter Wettbewerber am Markt auftritt²²⁰. So hat der BGH in seinem „mini-Preis“-Urteil ausgeführt: „Entnimmt das Publikum einer preisgünstigen Sonderangebotswerbung dagegen lediglich, der Werbende sei ein aktiver Wettbewerber und folgert daraus, er sei wahrscheinlich auch sonst preisgünstig, so entnimmt es damit der Sonderangebotswerbung noch nicht ohne weiteres auch die Behauptung des Werbenden, seine als besonders preisgünstig herausgestellten Angebote seien in dem genannten Sinne beispielhaft für die Preisbemessung des gesamten Sortiments. In diesem Falle fehlt es daher regelmäßig an einer konkreten Angabe über die Preisbemessung

²¹⁵ Vgl. Kap. 1, A., V., 2..

²¹⁶ In diesem Zusammenhang ist auch der sog. Verbundeffekt zu beachten, vgl. dazu Kap. 1, D., I., 5..

²¹⁷ Vgl. BGH GRUR 79, 55 (57) - Tierbuch.

²¹⁸ Vgl. dazu *Pepels*, S. 31 ff.; *Mähling*, S. 77 ff., 96 ff.; *Kloss*, S. 32 ff..

²¹⁹ Vgl. BGH GRUR 79, 55 (57) - Tierbuch.

²²⁰ Ebenso BGH GRUR 78, 652 (653) – mini-Preis.

[des Gesamtsortiments²²¹] i.S.d. § 3 UWG.“²²² In letzter Konsequenz bedeutet dies, dass allein die Fehlvorstellung hinsichtlich des Preisimages eines Wettbewerbers noch keinen lauterkeitsrechtlich relevanten Irreführungstatbestand begründet. Diese Wertung ist nicht zuletzt auf den Umstand zurückzuführen, dass es sich bei der Fehleinschätzung auf Seiten des Verbrauchers hinsichtlich des Preisimages eines Wettbewerbers nicht um die Folge einer Täuschung über Tatsachen handelt, sondern um eine Fehlinterpretation im Sinne einer Gesamtschau auf der Grundlage von Information und Suggestion. Gelingt es also einem Unternehmer durch Wettbewerbsmaßnahmen bzw. Marketingstrategien wie den Eigenpreisvergleich bzw. das regelmäßige Werben mit Sonderangeboten, das eigene (Preis-) Image zu fördern, so wird man dies unter der Rubrik eines geschickten Unternehmertums verorten können. Insofern ist in einer auf das gegenständliche Verbraucherverhalten (Bildung eines Preisimages) berechnete Werbung noch keine lauterkeitsrechtlich bedenkliche Einflussnahme im Sinne eines sittenwidrigen Wettbewerbsverhaltens zu sehen²²³.

e. Zwischenbetrachtung

Für den Eigenpreisvergleich lässt sich abschließend feststellen, dass er in seiner natürlichen Erscheinung zur Irreführung über die Preisgestaltung des Gesamtsortiments, aufgrund der dieser Art der Auszeichnung einer Preissenkung immanenten Verdeutlichung des Ausnahmecharakters, nicht geeignet ist. Dagegen kann das regelmäßige Werben mit Sonderangeboten im Rahmen einer Gesamtbetrachtung durchaus zur Bildung eines günstigen Preisimages beitragen, ohne dass dieses Image unbedingt gerechtfertigt sein muss. Doch lässt sich dem Umstand einer Fehleinschätzung des Verbrauchers hinsichtlich des Preisimages eines Wettbewerbers kein lauterkeitsrechtlich relevanter Irreführungstatbestand entnehmen. Der Eigenpreisvergleich begegnet daher in dem hier diskutierten Zusammenhang keinen wettbewerbsrechtlichen Bedenken.

5. Der „Verbundeffekt“

Der Verbundeffekt ist ein im täglichen Wirtschaftsleben sich ständig wiederholendes Phänomen. Der Verbraucher, der aus einem bestimmten Anlass die Verkaufsräume eines Anbieters betreten hat, beschränkt seinen Einkauf erfahrungsgemäß nicht auf die

²²¹ Anmerkung des Verfassers.

²²² BGH GRUR 78, 652 (653) – mini-Preis; ebenso BGH GRUR 74, 344 (345) – Intermarkt.

²²³ Vgl. auch BGH GRUR 79, 55 (57) - Tierbuch.

ursprünglich begehrte Ware, sondern kauft gleichzeitig mit sehr hoher Wahrscheinlichkeit weitere Waren in demselben Verkaufslokal (Zusatzkäufe)²²⁴. Der Anlass für das Betreten des Verkaufslokals kann unterschiedlich sein: (1.) Der Verbraucher benötigt eine bestimmte Ware und ist der Auffassung, (a.) der von ihm aufgesuchte Anbieter hat das Gesuchte im Sortiment und/oder (b.) der Anbieter bietet das Gesuchte am preiswertesten an. (2.) Der Verbraucher ist auf ein Sonderangebot des Anbieters aufmerksam geworden und möchte dieses Sonderangebot wahrnehmen. Alle diese Varianten verbindend ist die (wahrscheinliche) Folge, dass der Verbraucher auch das übrige Angebot des Anbieters betrachtet und seinen Bedarf – zumindest einen Teil davon – im selben Verkaufslokal deckt. Als Begründung für den Verbundeffekt werden angeführt: Bequemlichkeit, Zeitmangel und/oder die Überzeugung, der Anbieter sei generell preiswert²²⁵. Nach dem Gegenstand dieser Untersuchung ist der Verbundeffekt mit Blick auf die Variante (1., b.) und (2.) wie folgt zu betrachten. Bei Variante (1., b. – der Einkaufsstättewahl) spielt grundsätzlich das Preisimage²²⁶ des Anbieters eine entscheidende Rolle und bei Variante (2.) könnte der Verbraucher direkt durch ein mittels Eigenpreisvergleich beworbenes Sonderangebot in die Verkaufsräume „gelockt“ worden sein.

Der Verbundeffekt hat an sich nichts Bedenkliches. Der Verbraucher wird zu keinem Kauf gezwungen, sondern behält in jedem Fall seine volle Entschließungsfreiheit. Der einzige „Fehler“ liegt darin, wenn der Verbraucher Zusatzkäufe tätigt, hinsichtlich derer er den allgemein üblichen Preis nicht kennt und auch kein mittleres Preisempfinden hat. In einem solchen Fall könnte der Verbundeffekt eine Gefahr für den Verbraucher bedeuten, wenn der Preis der getätigten Zusatzkäufe vom Anbieter überhöht kalkuliert wurde (Mischkalkulation)²²⁷. Auf diese Weise würde der Verbraucher unterm Strich den Preisvorteil, den er mit dem Kauf des Sonderangebots erzielen konnte, wieder einbüßen und täuscht sich so über die Preisgünstigkeit seines Gesamteinkaufs – er verfällt der „Illusion eines guten Kaufes“²²⁸. So wurde darauf hingewiesen, dass es mit großer Sicherheit eine Fehlvorstellung ist, dass der Verbraucher durch regelmäßiges Wahr-

²²⁴ BKartA WuW/E BKartA 2029 (2038) Coop Bremen; *Sack* WRP 89, 693 (696); *Westen*, S. 32 f..

²²⁵ *Sack* WRP 89, 693 (696); *Andersen* WRP 78, 427 (429 f.); *Baumbach/Hefermehl* § 1 Rn. 258; BGH GRUR 79, 55 (57) – Tierbuch.

²²⁶ Zur Bildung eines Preisimages durch Eigenpreisvergleich vgl. Kap1, A., V., 2..

²²⁷ Zur vgl. Mischkalkulation Kap. 1,D., I., 4..

²²⁸ *Sack* WRP 89, 693 (696), der hier einen Schritt weiter geht und meint, der Verbraucher laufe Gefahr, wegen der Mischkalkulation hinsichtlich des Gesamteinkaufes im Vergleich zum Einkauf bei durchgehend „normal“ kalkulierten Preisen sogar draufzuzahlen; wohl auch *Krüger-Nieland* WRP 79, 1 (5).

nehmen von Sonderangeboten insgesamt und dauerhaft beim Haushaltsbedarf erhebliche Einsparungen erzielen kann²²⁹.

Andererseits führt der BGH hierzu aus, könne es „für sich allein noch nicht als Verstoß gegen die guten Sitten beurteilt werden, wenn ein Kaufmann seine Werbemaßnahmen auf ein solches Verhalten einstellt, sofern keine besonderen Umstände [...] vorliegen“²³⁰. Im Grunde ist hier entsprechend der vorausgegangenen Diskussion um das Preisimage zu argumentieren. Denn solange der Verbraucher in seiner Entscheidungsfreiheit nicht maßgeblich beeinträchtigt wird, sind Vorgänge wie der Verbundeffekt als Teil des alltäglichen Markt- bzw. Wettbewerbsgeschehens zu betrachten, deren Berücksichtigung bei der Entwicklung von Werbestrategien allein die Unzulässigkeit der darauf zurückgehenden Wettbewerbsmaßnahmen nicht begründen kann. Diese lässt sich somit für Werbemaßnahmen, die im Rahmen einer Gesamtstrategie auf das Auslösen des Verbundeffektes zielen, nur dann begründen, wenn die jeweilige Methode, mittels derer der Verbraucher zum Betreten des Verkaufslokals bewegt werden soll, gegen die Lauterkeit verstößt. Mit anderen Worten kann die Unzulässigkeit in dem hier behandelten Fall nur mit der Wettbewerbswidrigkeit der Anlockmaßnahme begründet werden, nicht jedoch mit dem Motiv des Werbenden, den Verbundeffekt zu seinen Gunsten auszunutzen. Ob und wann das bei der Werbung mit dem Eigenpreisvergleich der Fall ist, soll an einer anderen Stelle der vorliegenden Untersuchung behandelt werden²³¹.

II. Gefahren für den Mitbewerber

Im Grunde handelt es sich bei der im Folgenden darzulegenden Gefährdung der Wettbewerber um eine nur mittelbare Folge des Eigenpreisvergleichs. Denn die Botschaft des Eigenpreisvergleichs richtet sich ausschließlich an den Verbraucher. Folglich ist auch nur dieser unmittelbar betroffen und könnte in der oben dargestellten Art und Weise gefährdet sein²³². Dabei ist aber folgendes zu beachten: Werbender, Verbraucher und Konkurrenten sind Teile eines komplexen Systems, das wir „Markt“²³³ nennen. Sie bedingen sich gegenseitig und sind derart miteinander vernetzt, dass jede Aktion auf den

²²⁹ *Krüger-Nieland* WRP 79, 1 (5); *Sack* WRP 89, 693 (696).

²³⁰ BGH GRUR 79, 55 (57) – Tierbuch.

²³¹ Vgl. insb. Kap. 3, A..

²³² Zur Gefährdung des Verbrauchers vgl. Kap. 1, D., I..

²³³ Unter dem Begriff Markt ist die „Gesamtheit der wirtschaftlichen Beziehungen zwischen Anbieter und Nachfrager in bezug auf ein bestimmtes Gut“ zu verstehen, vgl. Gloy § 9 Rn. 14.

anderen Seiten unterschiedliche (unmittelbare oder mittelbare) Reaktionen auslöst bzw. jedes Verhalten unterschiedliche (unmittelbare oder mittelbare) Folgen für die anderen Seiten hat. Aufgrund dieser engen Verflechtung der Marktteilnehmer und der damit verbundenen Wechselwirkung sollen nachfolgend die Gefahren für die Wettbewerber, die von der irreführenden Wirkung des Eigenpreisvergleichs auf den Verbraucher ausgehen, dargestellt und in die Untersuchung mit einbezogen werden. Denn die Lauterkeit einer Wettbewerbshandlung beurteilt sich nicht nur aus sich selbst heraus, sondern gerade auch nach ihrer Wirkung.

Im Bereich des Verbrauchermarktes befinden sich die Wettbewerber im Wettstreit um die Gunst des Verbrauchers, der seinen Bedarf (grundsätzlich) nur bei einem der Anbieter decken wird. Entscheidet sich der Verbraucher für das Angebot des einen Anbieters, bedeutet dies (mittelbar) einen Nachteil für dessen Mitbewerber, die für ihr Angebot keinen oder zumindest einen Abnehmer weniger finden. Das ist zudem mit Blick auf den Verbundeffekt zu betrachten²³⁴.

Allgemein betrachtet besteht also die Gefahr für den Mitbewerber im Verlust (bzw. Nicht-Gewinnen) der Verbrauchergunst. An diesem Vorgang, der sich im täglichen Wirtschaftsleben unendlich häufig wiederholt, ist im Grunde nichts Verwerfliches zu finden. Ganz im Gegenteil bedeutet gerade dieser Vorgang Wettbewerb; ohne ihn würde der Wettbewerb nicht existieren. Indiz für ein unlauteres (Werbe-) Verhalten könnte aber sein, wenn ein Unternehmen, das weder technisch noch qualitativ leistungsstark ist, infolge geschickter Werbung Kunden von seinen leistungsstärkeren Konkurrenten abzieht. Ein solcher Effekt der Werbung wäre keineswegs als volkswirtschaftlich erwünscht anzusehen²³⁵. Andererseits steht es jedem Wettbewerber frei, für sein Angebot zu werben und sich und seine Leistung am Markt zu präsentieren²³⁶. Beweist ein Wettbewerber dabei besonderes Geschick, so wird dies grundsätzlich von der Rechtsordnung anzuerkennen und zu billigen sein. Bestehen aber Bedenken, ob die Methoden, mittels derer der Werbende die Gunst des Verbrauchers zu gewinnen sucht, mit den Grundsätzen eines lautereren Wettbewerbs im Einklang stehen, bedarf es einer eingehenden rechtlichen Würdigung dieses Verhaltens und seiner Folgen für das Geschehen am Markt.

²³⁴ Zum Verbundeffekt vgl. Kap. 1, D., I., 5..

²³⁵ Vgl. *Schmalen WiSt* 75, 496 (497).

²³⁶ Vgl. zum Grundrecht der wirtschaftlichen Handlungsfreiheit BVerfGE 8, 274 (328); *Beater* § 9 Rn. 15, 27 m.w.N..

1. Behinderung und Verdrängung des Mitbewerbers

Die schwerwiegendste Gefährdung des Wettbewerbers liegt in seiner Vernichtung bzw. Verdrängung. Dass sich am Markt ein Gefälle zwischen größeren (starken) und kleineren (schwachen) Wettbewerbern herausbildet, ist natürliche Folge des wirtschaftlichen Wettstreits. Das Streben nach Marktführung ist die treibende Kraft des Wettbewerbs; der Kampf um eine gute Position am Markt ist für seine Funktionsfähigkeit unerlässlich – er ist wettbewerbsimmanent. Das gilt auch für die stärkste Form des Unterliegens im wirtschaftlichen Wettbewerb. Denn bezweckte Folge des Wettbewerbs ist ebenfalls das Ausscheiden minder leistungsfähiger Wettbewerber, die mit ihren Möglichkeiten gegenüber den leistungsstarken Unternehmen am Markt nicht bestehen können. Dabei handelt es sich um einen natürlichen Ausleseprozess („survival of the fittest“) mit marktberreinigender Wirkung (Auslesefunktion des Wettbewerbs)²³⁷.

Im Grunde ist jede Wettbewerbshandlung ihrer Natur nach geeignet, Mitbewerber in ihrem Streben nach Geschäftsabschlüssen zu beeinträchtigen²³⁸. So ist die Beeinträchtigung von Wettbewerbern durch Eindringen in den fremden Kundenkreis sowie das Vereiteln seiner Vermehrung Folgeerscheinung der freien wirtschaftlichen Betätigung von Unternehmen und als Voraussetzung eines funktionsfähigen Wettbewerbs grundsätzlich erlaubt²³⁹. Diese Freiheit, Mitbewerber beim Wettstreiten um die Gunst des Verbrauchers zu beeinträchtigen, findet ihre Grenzen allgemein dort, wo einem Mitbewerber die Möglichkeit genommen wird, seine Leistung auf dem Markt, genauer: dem Abnehmer gegenüber, ungehindert anzubieten²⁴⁰. In einem solchen Fall ist die Beeinträchtigung oder Verdrängung des Mitbewerbers vom Markt keine wesenseigene Folge des Wett-

²³⁷ *Baumbach/Hefermehl* Allg. Rn. 21 f., § 1 Rn. 805; *Sack* BB-Beilage 3 / 1988, 1 (15); *Sack* WRP 83, 63 (66); Durchaus kritisch betrachtet wird allerdings, dass Folge des Ausleseprozesses eine zunehmende Konzentration (mit monopolistischen Tendenzen) auf den Märkten ist. Dem wird der Vorteil von Massenproduktionen gegenüberzustellen sein, die wiederum eine gewisse Marktstärke voraussetzt, vgl. *Schmalen* WiSt 75, 495 (497). Letztlich handelt es sich dabei um die kartellrechtliche Frage nach dem optimalen Maß an Wettbewerb. Diese ist von enormer Komplexität und kann mitunter nicht für alle Wirtschaftsbereiche einheitlich beantwortet werden. Sie soll nicht Gegenstand dieser Untersuchung sein.

²³⁸ *Baumbach/Hefermehl* § 1 Rn. 208; RGZ 134, 342 (350).

²³⁹ RGZ 134, 342 (350); BGHZ 19, 392 (395/396); BGH GRUR 86, 547 (548); *Baumbach/Hefermehl* Allg. Rn. 21; *Emmerich*, UWG § 6 Anm. 4.

²⁴⁰ *Baumbach/Hefermehl* § 1 Rn. 208; *Sack* BB Beilage 3/88, 1 (15).

bewerbs, sondern die Folge der Ausschaltung des Mitbewerbers vom Leistungsvergleich²⁴¹.

Entscheidendes Momentum im Wettstreit kann dabei das „Anlocken“ des Verbrauchers in die eigenen Verkaufsräume sein. Zwar ist letztlich entscheidend, wo der (potentielle) Abnehmer seinen Kauf tatsächlich tätigt. Es stellt jedoch bereits einen entscheidenden Vorsprung im Wettbewerb dar, wenn der Verbraucher in den Machtbereich eines Wettbewerbers gelangt und sich mit dessen Angebot konfrontiert sieht und letztlich auseinandersetzt. Eine solche Köderfunktion hat auch die Werbung mit dem Eigenpreisvergleich²⁴². Zum einen kann ein konkretes Sonderangebot Anlass für das Betreten eines Verkaufslokals sein. Und zum anderen wurde bereits oben die Möglichkeit einer Preisimagebildung durch regelmäßiges Werben mit Preissenkungen diskutiert²⁴³. Das Preisimage wirkt sich maßgeblich im Moment der Einkaufsstättewahl aus, d.h. also bevor der Verbraucher sich ein Bild der Marktlage macht, womit der (imageorientierte) Verbraucher quasi davon abgehalten wird, sich mit dem Angebot konkurrierender Anbieter auseinander zu setzen – der Konkurrenz wird so der Verbraucher vorenthalten und dem Leistungswettbewerb entzogen²⁴⁴. Dabei ist jedoch die Feststellung zu berücksichtigen, dass die Entstehung und Wirkung eines Preisimages, sowie die Köderfunktion von (Preis-) Werbung die Unzulässigkeit einer Werbemaßnahme grundsätzlich nicht begründen können, sofern keine weiteren, die Wettbewerbswidrigkeit begründenden Umstände hinzutreten²⁴⁵.

Ausgehend von der Feststellung, dass die Beeinträchtigung und Verdrängung von Mitbewerbern jeder Wettbewerbshandlung zu eigen ist, wird die Frage zu stellen sein, ob

²⁴¹ *Baumbach/Hefermehl* § 1 Rn. 208.

²⁴² *Sack* WRP 83, 63 (65); *Baumbach/Hefermehl* § 3 Rn. 279; *Lehmann* ZVP 79, 55; dazu auch *Diller* I, S. 21 f.; vgl. auch Kap. 1, A., IV., 2..

²⁴³ Vgl. Kap. 1, A., V., 2..

²⁴⁴ Eine (Preis-) Imagebildung sei besonders durch aufwendige und umfangreiche Medienwerbung möglich, die aus finanziellen Gründen nur marktstarken Unternehmen möglich ist. Damit wird das Problem der Wettbewerbsverzerrung durch Marktmacht zu Ungunsten kleiner und mittelständischer Betriebe angesprochen. Dabei handelt es sich aber um ein Problem des Kartellrechts, deren Wertungen nicht Gegenstand dieser Untersuchung sind, vgl. dazu *Sack* WRP 89, 693 (698); eingehend zur Marktmacht bspw. *Arndt*, HdW, S. 49 ff..

²⁴⁵ Vgl. BGH GRUR 79, 55 (57) – Tierbuch; Zur Diskussion um das Preisimage siehe Kap. 1, D., I., 4., d..

bzw. wann das Werben mit Eigenpreisvergleichen ein wettbewerbsfremdes Verhalten darstellt. Der Ansatzpunkt einer Lauterkeitsprüfung bezüglich der Behinderung bzw. Verdrängung von Mitbewerbern durch das Werben mit dem Eigenpreisvergleich ist dabei die Gefahr einer Irreführung des Verbrauchers. Denn beruht die Verbraucherentscheidung auf einer Irreführung des Werbenden, ist eine darauf zurückzuführende Verdrängung von Mitbewerbern keine Folge des natürlichen Ausleseprozess des Wettbewerbs. Die wettbewerbsrechtliche Zulässigkeitsprüfung des Eigenpreisvergleiches im Hinblick auf die Verbraucher- und die Mitbewerbergefährdung überschneidet sich somit bei der Irreführungsproblematik.

2. Der Anschwärzeffekt

Zum wettbewerbswidrigen Behinderungswettbewerb zählen allgemein solche Wettbewerbshandlungen, die geeignet sind, dem Verbraucher eine falsche Vorstellung von der Leistungsfähigkeit des Mitbewerbers zu vermitteln. In diesem Zusammenhang wird das Problem des „Anschwärzens“ diskutiert²⁴⁶. Dazu wird sinngemäß ausgeführt, ein allgemein niedriges Preisniveau, als auch das Werben mit Sonderangeboten zeuge von besonderer Leistungsstärke. Werde mit dem Herausstellen besonderer Preisleistungen einerseits die eigene Leistungsstärke demonstriert, könne das andererseits die Leistungsstärke von Mitbewerbern in Frage stellen. Für sie bestünde die Gefahr, dass der Verbraucher einen falschen Eindruck von ihrem Unternehmen und dessen Leistungsfähigkeit bekommt. So werde dem Verbraucher durch das (vorübergehende) Herabsetzen der eigenen Preise die Vorstellung vermittelt, dass der sonderangebotene Preis dem werbenden Unternehmen immer noch einen ausreichenden Gewinn belässt und folglich die (höheren) Normalpreise der Konkurrenz überteuert und im Verhältnis zur Leistung nicht gerechtfertigt sind. Die am Eigenpreisvergleich abzulesende Preisdifferenz zeige die (Mindest-) Gewinnspanne beim Verkauf zu Normalpreisen an, denn der Verbraucher gehe davon aus, dass das Unternehmen auch bei Sonderpreisen die Ware nicht zu Verlustpreisen abgibt. Die Konkurrenz werde so als ausbeutender Feind mit überhöhten Gewinnspannen dargestellt (negative Imagebildung), der Werbende selbst hingegen als verbraucherfreundlicher Unternehmer, der sich seiner sozialen Aufgabe bewusst ist und sich dieser – zumindest im Rahmen seiner Möglichkeiten angesichts des drückenden Wettbewerbs – zum Wohle der Gemeinschaft annimmt²⁴⁷.

²⁴⁶ Vgl. *Sack* BB Beilage 3/88, 1 (16); *Pinger* WuW 84, 281 (282).

²⁴⁷ Zum Ganzen vgl. *Sack* BB-Beilage 3 / 1998 1 (16); *Kramm* MA 83, 46 (51).

Doch ist der Anschwärzeffekt keine direkte Folge des Eigenpreisvergleiches, sondern vielmehr der Preissenkung an sich. Die anschwärzende Wirkung geht unmittelbar von der Preisgestaltung selbst aus. Der Eigenpreisvergleich hingegen trägt als Auszeichnungsmethode mit Werbecharakter ausschließlich zur Herausstellung und Bekanntmachung der Preissenkung bei; er ist eines von vielen kommunikativen Mitteln zur Veröffentlichung der Preispolitik des werbenden Anbieters. Der Eigenpreisvergleich hat aber keine eigene Wirkung in Form des hier behandelten Anschwärzeffekts. Das lässt sich nicht zuletzt auf die Tatsache stützen, dass dem Eigenpreisvergleich kein Aussagegehalt hinsichtlich des Verhältnisses des eigenen Sonderpreises zu konkurrierenden Angeboten von Mitbewerbern entnehmen lässt. Mithin erscheint in diesem Punkt eine differenzierte Betrachtung von Mittel und Ursachen durchaus zweckmäßig und im Sinne einer gezielten Problembewältigung auch notwendig²⁴⁸. Sicherlich lässt sich anführen, es bestehe die Gefahr, dass der Verbraucher den Aussagegehalt des Eigenpreisvergleiches fehl- bzw. überinterpretiert indem er ihm das Urteil einer besonderen Preisgünstigkeit²⁴⁹ entnimmt²⁵⁰, von dem dann eine anschwärzende Wirkung in Form eines visuellen Effektes ausgehen könnte, ohne dass es zu einem tatsächlichen Preisvergleich kommt. Andererseits erscheint es bereits überaus fraglich, ob dem Werbenden eine solche Fehlinterpretation durch den Verbraucher zuzurechnen ist. Auf diese Frage wird im Folgenden noch einzugehen sein²⁵¹.

²⁴⁸ Beachte: Die preispolitische Problematik von Sonderangeboten im Allgemeinen ist nicht Grundlage der vorliegenden Untersuchung, vgl. eingehenden zu dieser Differenzierung Kap. 2., A., II., 2., d..

²⁴⁹ Vgl. zur Beurteilung von Preisangaben Kap. 1, C., IV., 3..

²⁵⁰ Vgl. dazu Kap. 2, C., I., 2., b., bb., (2.), (c.).

²⁵¹ Zur Problematik der Fehlinterpretation des Eigenpreisvergleichs vgl. Kap. 2, C., I., 2., b., bb., (2.), (c.); Bereits an dieser Stelle sei zu der angeführten Diskussion um den Anschwärzeffekt bemerkt, dass nach Ansicht des BGH und einigen Stimmen in der Literatur dem Verbraucher durchaus bewusst ist, dass ein Wettbewerber in Anbetracht der wirtschaftlichen Situation und des herrschenden Wettbewerbs nichts zu verschenken hat und Sonderpreise Teil einer Gesamtstrategie sind, die sich gleichzeitig der sog. Mischkalkulation bedient (vgl. BGH GRUR 78, 649 (651) – Elbe-Markt; *Dall*, S. 41). Das wirft mitunter Bedenken auf, ob der Anschwärzeffekt tatsächlich Gegenstand der heutigen Wettbewerbsrealität ist oder ob es sich dabei nicht mit Blick auf die Verbraucherentwicklung um ein aus der heutigen Verbraucherstruktur verschwundenes oder zumindest wettbewerbsrechtlich irrelevantes Denkmuster und damit um eine überholte Problematik handelt.

III. Steigerung des Gefahrenpotenzials durch Verlust an Markttransparenz

Im Großen und Ganzen hat der Verbraucher keine genaue Kenntnis des Preises, den man im Allgemeinen für ein Produkt am Markt zahlen muss (allgemeiner Marktpreis). Seine Preiskenntnis beschränkt sich auf einige wenige Waren des täglichen Bedarfs und auf solche von besonderem Interesse. Aber auch bei diesen hat er zumeist nur ein sog. mittleres Preisempfinden, d.h. er weiß nur annäherungsweise zwischen welchen Ober- und Untergrenzen sich der allgemeine Marktpreis bewegt²⁵². Über das mittlere Preisempfinden wird gesagt, diese Fähigkeit sei eine wichtige Funktionsvoraussetzung unserer Wettbewerbsordnung²⁵³. Die Preispolitik mancher Unternehmen führt allerdings dazu, dass die Preise ständig in erheblichem Umfang (willkürlich) schwanken. Logische Folge einer solchen Preisschaukelei ist die Störung eines bestehenden bzw. sich bildenden mittleren Preisempfindens²⁵⁴. Wird dem Verbraucher aber dieser „Anker“²⁵⁵ genommen, so verliert er das Gefühl für die Preiswürdigkeit des Angebots. Und sollte diese Art der ständigen Preisveränderung nicht nur von einigen wenigen Anbietern praktiziert werden, führt das zu einem Verlust an Markttransparenz²⁵⁶. Es wird für den Verbraucher nur noch schwer festzustellen sein, welcher Preis für ein Produkt „angemessen“ ist und im allgemeinen von den Anbietern nach kaufmännischer Kalkulation verlangt werden kann²⁵⁷.

Der desorientierte Verbraucher wird damit wesentlich beeinflussbarer. Er wird anfälliger, sich von (Werbe-) Praktiken wie dem Eigenpreisvergleich täuschen und in die Irre führen zu lassen, und so dem Leistungswettbewerb mit dem Mitbewerber entzogen zu werden. Dabei bleiben die Gefahren, welche vom Eigenpreisvergleich ausgehen, die gleichen. Sie werden jedoch um einiges erhöht, was mit Blick auf die Funktionsfähigkeit des (Leistungs-) Wettbewerbs durchaus bedenklich erscheint. Der Verlust an Markttransparenz hat nicht nur für den Verbraucher erheblich negative Folgen, sondern gerade auch für das leistungsfähige Unternehmen, das nicht in der Lage ist, Kunden

²⁵² Vgl. *Sack* WRP 89, 693 (697); *Diller*, Marketing 1979, 7 (10); *Diller* I, S.55 ff., 102 ff..

²⁵³ *Sack* WRP83, 63 (69).

²⁵⁴ *Gloy/Helm* § 49 Rn. 252; *Baumbach/Hefermehl* § 3 Rn. 293; BGH GRUR 74, 341 (343 a.E.) – Campagne.

²⁵⁵ *Diller*, Marketing 1979, 7 (10).

²⁵⁶ *Ulmer* GRUR 77, 565 (571); *Sack* WRP 89, 693 (697); ebenso LG Frankfurt WRP 86, 361; BGH GRUR 74, 341 (343) – Campagne, danach könnte Preisschaukelei auch zu Vorratskäufen verleiten.

²⁵⁷ Der Preis als Knappheitsindikator (*Keßler* WRP 87, 75 (79)); vgl. dazu *Simon*, „Preispolitik“ 2068 (2071 ff. – der „optimale Preis“).

durch umfangreiche (Preis-) Werbeaktionen anzulocken oder das sich keiner unlauteren Werbemethoden bedient.

KAPITEL 2

DIE LAUTERKEITSRECHTLICHEN BEURTEILUNGSGRUNDLAGEN

A. § 6 e UWG a.F.

Die Problematik des Eigenpreisvergleiches ist seit jeher Gegenstand einer kontrovers geführten rechtswissenschaftlichen Diskussion, die mit der Norm des § 6 e UWG a.F. vorübergehend (1986-1994) auch ihren Niederschlag im Gesetzeswerk zum unlauteren Wettbewerb gefunden hatte. Die Regelung des § 6 e UWG a.F. enthielt folgenden Wortlaut:

„(1) Wer im geschäftlichen Verkehr mit dem letzten Verbraucher in öffentlichen Bekanntmachungen oder Mitteilungen, die für einen großen Kreis von Personen bestimmt sind, die tatsächlich geforderten Preise für einzelne aus dem gesamten Angebot hervorgehobenen Waren oder gewerbliche Leistungen höheren Preisen gegenüberstellt oder Preissenkungen um einen bestimmten Betrag oder Vomhundertsatz ankündigt und dabei den Eindruck erweckt, dass er die höheren Preise früher gefordert hat, kann auf Unterlassen in Anspruch genommen werden.

(2) Absatz 1 ist nicht anzuwenden

1. auf Preisauszeichnungen, die nicht blickfangmäßig herausgestellt werden,
2. wenn ohne blickfangmäßige Herausstellung auf einen höheren Preis Bezug genommen wird, der in einem früheren Katalog oder einem ähnlichen, das Angebot in einem Waren- oder Dienstleistungsbereich umfassenden Verkaufsprospekt enthalten ist,
3. wenn die Bekanntmachung oder Mitteilung sich ausschließlich an Personen richtet, die die Waren oder gewerblichen Leistungen in ihrer selbstständigen beruflichen oder gewerblichen oder in ihrer behördlichen oder dienstlichen Tätigkeit verwenden.“²⁵⁸

Im Rahmen der vorliegenden Untersuchung soll auf eine eingehende Betrachtung des Tatbestandes von § 6 e UWG a.F. bzw. dessen Tatbestandsmerkmale und der ihm anhaftenden Kontroverse verzichtet werden, als hierüber bereits ausreichend geschrieben und diskutiert wurde²⁵⁹. Für die wettbewerbsrechtliche Beurteilung des Eigenpreisvergleichs erscheint es aber durchaus sinnvoll, sich mit den Gründen für die Einführung sowie denen für die Aufhebung des grundsätzlichen Verbotes von Eigenpreisvergleichen auseinander zu setzen.

²⁵⁸ BGBl. I (1986) S. 1169.

²⁵⁹ Eingehend dazu *Dall* (Diss. 1992) insb. S. 109 ff.; *Becker* (Diss. 1996); *Nacken* (1990), S. 17 ff..

I. Allgemeines

Theoretischer Ansatzpunkt einer jeden Wettbewerbspolitik muss der Bestand von Wettbewerb als Institution sein, sowie die Chancengleichheit für alle Beteiligten, an diesem Wettbewerb unter gleichen Ausgangsbedingungen teilzunehmen. Dabei ist Grundlage des *marktkomplementären* Ansatzes die Vorstellung, dass die Selbstregulierungskräfte eines freien Wettbewerbs unabhängig von staatlichen Einflüssen den Wettbewerb in optimaler Weise ausrichten, der so dem Wohl aller Beteiligten dient²⁶⁰. Demgegenüber erkannte der *marktkompensatorische* Ansatz die Notwendigkeit, der wettbewerbsverzerrenden Wirkung wettbewerbsfremder Einflüsse (insbesondere aufgrund von Vermachung der Märkte) entgegenzuwirken und im Sinne einer gerechten Interessenabwägung gegebenenfalls ausgleichend in den Wettbewerbsprozess zu intervenieren²⁶¹. War bisher die Gestaltung und Verwaltung der Wettbewerbsordnung die oberste Prämisse staatlichen Handelns, trat nunmehr das Regelungsprinzip hinzu, die spontane Ordnung des Wettbewerbs in Teilbereichen einem „staatlich organisierten Wettbewerb“²⁶² zu unterwerfen²⁶³. Und da der Schutzbereich des GWB nach übereinstimmender Ansicht nur Gestaltungsformen eines lautereren Wettbewerbs umfasst²⁶⁴, bot eine extensive Auslegung der wettbewerbsrechtlichen Generalklauseln (§§ 1 und 3 UWG) die Möglichkeit, die freie Entfaltung des Marktgeschehens zu Gunsten eines Lauterkeitsschutzes – jedoch nicht ganz ohne Blick auf die wirtschaftspolitisch erwünschte Wettbewerbsstruktur – einzuschränken²⁶⁵.

So mündete auch die Auffassung, der individuellen Preisgestaltung der Wettbewerber seien i.S.d. Funktionsfähigkeit der Wettbewerbsordnung normative Grenzen zu setzen, letztlich in einem grundsätzlichen Verbot des Eigenpreisvergleichs durch § 6 e UWG a.F. – eingeführt durch das Gesetz zur Änderung der wirtschafts-, verbraucher-, arbeits- und sozialrechtlichen Vorschriften vom 25.07.1986²⁶⁶. Doch bereits acht Jahre später

²⁶⁰ Vgl. dazu *Baudenbacher* ZHR 157 (1993) S. 437.

²⁶¹ Vgl. *Hart/Köck* ZRP 91, 61 (62); *Baumbach/Hefermehl* Allg. Rn. 72.

²⁶² *Keßler* WRP 87, 75 (78).

²⁶³ So bereits durch die Einführung von § 37 Abs. 3 GWB sowie § 6 a und b UWG, vgl. *Keßler* WRP 87, 75 (78), *Beater* § 2 Rn. 17.

²⁶⁴ Vgl. *Kellermann* WuW 65, 551 (552); *Sack* WuW 70, 395.

²⁶⁵ Vgl. *Keßler* WPR 87, 75 (78).

²⁶⁶ BGBl. I S. 1169.

wurde § 6 e UWG a.F. aufgrund Art.1 Nr.1 UWG-Änderungsgesetz vom 23.07.1994²⁶⁷ wieder ersatzlos gestrichen. Eine solch kurze Bestandsdauer erscheint für das ansonsten eher träge Wettbewerbsrecht durchaus bemerkenswert²⁶⁸. Dieser Umstand verdient vor allem deshalb besondere Beachtung, als der Gesetzesänderung ein über 10 Jahre andauerndes Gesetzgebungsverfahren sowie eine noch weiter zurückreichende rechtspolitische Diskussion vorausging²⁶⁹.

II. Die wesentlichen Gründe für die Einführung

Der allgemeinen Bemerkung zur Gesetzesbegründung von § 6 e UWG a.F. ist zu entnehmen, dass mit der Einführung eines grundsätzlichen Verbots der öffentlichen Werbung unter Verwendung von Preisgegenüberstellungen der dieser Wettbewerbshandlung anhaftenden „Irreführungsgefahr“ sowie der von ihr ausgehenden „besonderen Anlockwirkung“ bzw. deren „Missbrauch“ begegnet werden sollte²⁷⁰. Die herausragende Bedeutung des Faktors „Preis“ für die Kaufentscheidung des Verbrauchers, und damit dessen erheblicher Einfluss auf das Konsumverhalten, gekoppelt mit der zentralen Funktion des Verbrauchers im System Markt (Schiedsrichterrolle), macht die Preiswerbung zu einem besonders sensiblen Bereich²⁷¹. Anerkanntermaßen gehört der Preis zwar zu den wesentlichen Konsuminformationen, die dem Verbraucher zur Verfügung gestellt werden sollten. Jedoch, so wurde angeführt, stehe beim Eigenpreisvergleich einem zu geringen Informationswert²⁷² eine zu große Gefahr der Irreführung gegenüber²⁷³. So recht-

²⁶⁷ BGBl. I S. 1738 ff..

²⁶⁸ Insofern lag *Sack* mit seiner Vermutung falsch, als er schrieb: „Die Kritik an den Motiven [...] entbindet freilich nicht von der Verpflichtung, diese Bestimmung anzuwenden; zumal auch nicht damit gerechnet werden kann, dass diese Verbote jemals wieder aufgehoben werden. Das zeigt die Zählebigkeit aller wettbewerbsbeschränkenden Änderungen des UWG und der wettbewerbsrechtlichen Nebengesetze.“ (GRUR 1987, 676 (677)).

²⁶⁹ Vgl. die Entwürfe für ein neuntes UWG-Änderungsgesetz vom 29.04.74 (BT-Drs. 7/2049), 22.03.78 (BT-Drs. 8/1670), 15.07.1981 (BT-Drs. 9/665), 12.02.1982 (BT-Drs. 60/82), 29.01.1986 (BT-Drs. 10/4741 – dieser Entwurf führte letztlich zur Gesetzesänderung vom 25.07.1986); zur Entstehungsgeschichte vgl. *Nacken* (1990), S. 17 ff.; *Becker* (1996), S. 25 ff..

²⁷⁰ BT-Drs. 10/4741, S. 12 f.; vgl. auch *Baumbach/Hefermehl* § 6 d., e. UWG; UWG-GK/*Piper* § 6 e Rn. 3; *Treis/Rudlowski* GRUR 90, 961 (962); eingehend zur Gefahr einer Irreführung und die anlockende Wirkung vgl. Kap. 1, D. I..

²⁷¹ Vgl. *Keßler* WRP 87, 75 (79 f.); ausführlich dazu Kap. 2, B., VI. und C. IV..

²⁷² Vgl. dazu oben Kap. 1, C. IV., 3..

²⁷³ *Sack* BB 94, 225 (233).

fertige die hohe Missbrauchsanfälligkeit des Eigenpreisvergleichs und eine diese berücksichtigende Interessenabwägung die Einführung eines Gefährdungstatbestandes wie er in § 6 e UWG a.F. geregelt wurde²⁷⁴.

Des weiteren geht aus den Ausführungen zur Gesetzesbegründung hervor, dass sowohl ein materiell-rechtliches, als auch ein verfahrens-rechtliches Defizit im Bereich der irreführenden Werbung mittels Eigenpreisvergleichs bemängelt wurde²⁷⁵, wobei sich allerdings der Schwerpunkt der Problematik nach verbreiteter Ansicht in letzterem Bereich befand – genauer: der vorprozessualen Anspruchsermittlung²⁷⁶. Zwar hatte der Beklagte im Prozess hinsichtlich des Nichtvorliegens einer Irreführung i.S.d. § 3 UWG eine sog. „Darlegungs- und Beweispflicht“²⁷⁷, doch war in Ermangelung eines vorprozessualen Auskunftsrechts²⁷⁸ des Klägers über die Preisgestaltung des Beklagten das Prozessrisiko für diesen einfach zu hoch. Einem Wettbewerber bzw. Klageberechtigten wird es kaum möglich sein, die für einen Nachweis benötigten Informationen über die tatsächlich praktizierte Preisbildung seiner Konkurrenten zu erhalten bzw. diese zu archivieren. Damit fehlt es grundsätzlich an den Voraussetzungen, die für das Abschätzen der Erfolgsaussichten einer Klage bzw. für eine interessengerechte Abwägung des Prozessrisikos mit dem möglichen Nutzen eines Obsiegens erforderlich sind. So wurde von einer durchaus hohen Dunkelziffer an nicht beklagten Verstößen gegen das Irreführungsverbot des § 3 UWG ausgegangen²⁷⁹, nur weil das Risiko, in einem kostspieligen Prozess zu unterliegen, zu hoch war und von den meisten Betroffenen oder Klageberechtigten nicht in Kauf genommen werden konnte²⁸⁰.

²⁷⁴ So wohl BT-Drs. 10/4741, S. 12 f..

²⁷⁵ Vgl. BT-Drs. 10/4741, S. 11; *Kessler WRP* 87, 75 (79); Jänich, S. 29.

²⁷⁶ Vgl. *Kessler WRP* 87, 75 (79); *Speckmann*, Rn. 311; *Rudlowski*, S. 43; *Treis/Rudlowski GRUR* 90, 961 (962); *Dall*, S. 54 ff.; *Kehl*, § 23 Anm. III., 6; eingehend zur Beweisproblematik s. unten Kap. 2, B..

²⁷⁷ stRspr., grundlegend: RGZ 166, 240 (242); BGH GRUR 61, 356 (359) – Pressedienst; BGH GRUR 63, 270 – Bärenfang; BGH GRUR 75, 78 (79) – Preisgegenüberstellung; BGH GRUR 78, 249 (250) – Kreditvermittlung; eingehend Kap. 2, B., II..

²⁷⁸ BGH GRUR 78, 54 (55) – Preisauskunft; vgl. dazu Kap. 2., B., V..

²⁷⁹ *Feldmann GewArch* 87, 360 (362).

²⁸⁰ Eingehende zur Beweisproblematik s. Kap. 2, B..

III. Die wesentlichen Gründe für die Aufhebung

1. Ausgestaltung als Gefährdungstatbestand

An dem generellen Verbot des Eigenpreisvergleichs wurde besonders kritisiert, dass der als Gefährdungstatbestand ausgestaltete § 6 e UWG a.F. jede Gegenüberstellung eigener Preise erfasste und somit von dem grundsätzlichen Verbot von Eigenpreisvergleichen auch wahre Preisgegenüberstellungen erfasst wurden, die in der Regel nicht irreführend oder sonst wie unlauter sind²⁸¹. Es wurde angeführt, ein solch weitreichendes Verbot widerspreche dem Grundsatz des freien Wettbewerbs. Dem Verbraucher würden wichtige Informationen für dessen (Kauf-) Entscheidungsprozess vorenthalten und damit dem Bestreben nach Markttransparenz entgegengewirkt²⁸². So wurde die Frage gestellt, ob nicht bei der Interessenabwägung das Recht der Anbieter, sich wirtschaftlich frei zu betätigen (was auch die Werbefreiheit umfasst²⁸³) und das Interesse der Verbraucher an der Freiheit von Markt und Wettbewerb²⁸⁴ zu gering bewertet wurde²⁸⁵. Ausgehend von dem der deutschen Wirtschaftsordnung zugrundeliegenden Grundsatz der Wirtschafts- und Wettbewerbsfreiheit, würde dieses Fundament an der nötigen Stabilität einbüßen, wenn nicht nur solche Wettbewerbsformen reglementiert würden, bei denen dies ausnahmsweise im Interesse der Beteiligten gerechtfertigt ist; einer solchen Rechtfertigung fehle es zumindest beim Verbot wahrer Preisgegenüberstellungen²⁸⁶.

2. Das strukturpolitische Motiv

Ein im Zusammenhang mit der Einführung von § 6 e UWG a.F. stark diskutierter Aspekt war das strukturpolitische Motiv des Gesetzgebers, den leistungsfähigen Mittelstand gegen machtbedingten Wettbewerbsvorsprung marktstarker Wettbewerber zu schützen²⁸⁷. Zwar hat sich der Gesetzgeber von 1986 zu diesem Motiv niemals aus-

²⁸¹ DvgRU GRUR 86, 442 (443); *Völp* GRUR 87, 676 (677); UWG-GK/*Piper* § 6 e Rn. 5.

²⁸² Vgl. *Keßler* WRP 87, 75 (80); EuGH GRUR 93, 747 (748).

²⁸³ *Baumbach/Hefermehl* Einl. Rn. 77.

²⁸⁴ *Baumbach/Hefermehl* Einl. Rn. 79; *Hefermehl* FS Band II (1991), S. 897 (912); *Beater* § 14 Rn. 4; Speziell im Zusammenhang mit Preisen vgl. BGH GRUR 00, 521 (525) – Modulgerüst.

²⁸⁵ *Keßler* WRP 87, 75 (80); UWG-GK/*Piper* § 6 e Rn. 40.

²⁸⁶ Dazu *Völp* GRUR 87, 676 (677); zum Ganzen a.A. *Sack* BB 94, 225 (229 ff.).

²⁸⁷ Vgl. *Sack* WRP 89, 693 (696 f.); *Sack* BB 94, 225 (234 m. w. N. Fn.101); *Keßler* WRP 87, 75 (80); *Völp* GRUR 87, 676 (677); *Lehmann* GRUR 87, 199 (200 f.); UWG-GK/*Piper* § 6 e Rn. 5, § 6 d Rn. 4; *Reese*, S. 148.

drücklich bekannt²⁸⁸. Dennoch war man sich im wissenschaftlichen Schrifttum allgemein einig, dass der Mittelstandsschutz ein wesentlicher Gesetzeszweck von § 6 e UWG a.F. war, und somit hinter der gesetzgeberischen Maßnahme der Versuch stand, mittels des UWG Wirtschafts- bzw. Strukturpolitik zu betreiben²⁸⁹.

Die Frage, ob und welchen Einfluss wettbewerbspolitische Motive – im besonderen der Aspekt der Marktmacht – auf das Regelungswerk des UWG haben können bzw. dürfen, wird in der deutschen Rechtsprechung und Lehre zuweilen kontrovers diskutiert²⁹⁰. Dabei werden im Wesentlichen zwei Standpunkte vertreten. Ansatzpunkt der klassischen, individualrechtlichen Auffassung sind die Thesen von der wirtschaftspolitischen Neutralität des Lauterkeitsschutzes sowie das Axiom von der absoluten Trennung von Lauterkeits- und Freiheitsschutz und die Überzeugung, die Unlauterkeit einer Wettbewerbsbehandlung sei einzig anhand der eingesetzten Mittel festzustellen²⁹¹. So betrachtet, ist der Faktor Marktmacht und damit der Schutz wirtschaftlicher Strukturen alleiniger Gegenstand des GWB, demgegenüber das UWG alle Wettbewerber unabhängig von ihrer Marktstellung gleich behandeln muss. Diese Ansicht gründet auf der Vorstellung, die markt- bzw. wettbewerbseigenen Kräfte würden Machtpositionen selbstregulierend erodieren²⁹².

²⁸⁸ UWG-GK/Piper § 6 e Rn. 5, § 6 d Rn. 4; In den Gesetzesmaterialien wird allgemein auf die „Interessen der Gewerbetreibenden und der Verbraucher“ abgestellt, vgl. BT-Drs. 10/4741, S. 11.

²⁸⁹ Deutlich *Lehmann* (GRUR 87, 199 (200 f.)), der ausführt: „Wenn man dieses Ausleseverfahren des Wettbewerbs beschränken möchte, sollte dies nicht mit Überschriften wie z.B. ‚Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs‘ zu verbrämen, versucht werden. Es handelt sich dann in Wahrheit um möglicherweise sozialpolitisch motivierte Maßnahmen zur Protektion von bestimmten kleinen und mittleren Gewerbetreibenden [...], die aber jedenfalls nicht mit wirtschafts- und wettbewerbspolitischen Argumenten zu begründen versucht werden sollten ...“ (S. 203); vgl. auch *Keßler* WRP 87, 75 (80); *Völp* GRUR 87, 676 (677); *Nacken* WRP 87, 598; *Treis/Rudlowski* GRUR 90, 961 (962); *Sack* BB 94, 225 (234) m. w. N. zur umfangreichen Literatur in Fn. 101.

²⁹⁰ Vgl. dazu *Ballmann* „Der Machtaspekt im UWG“ (1990); *Baudenbacher* ZHR 157 (1993) S. 437; *Knöpfle*, S. 36 ff., 51 ff..

²⁹¹ Bspw. *Bodewig* GRUR Int. 79, 29 (33); *Hirtz* GRUR 80, 93 (96); *Kraft* FS *Bartholomeyczky*, 223 (231 ff.); *Lehmann* GRUR 77, 580 (586 f.), 633 (638 ff.); *Würdinger* WuW 55, 76 ff.; *Knöpfle*, S. 36 ff. 51 ff. *Kraft* GRUR 80, 966 (967, 969) *Kraft*, S. 196 ff. (208).

²⁹² Vgl. *Baudenbacher* ZHR 157 (1993) S. 437.

Dem steht die Auffassung gegenüber, die von der wirtschaftspolitischen Relevanz im Lauterkeitsrechts ausgeht²⁹³. Seine Vertreter begreifen das Lauterkeits- und Freiheitsrecht als Einheit und legen auch die Auswirkungen auf den Wettbewerb im Ganzen ihrem Unlauterkeitsurteil zugrunde. Als Referenzmodell dient diesem Ansatz das Konzept des funktionalen Wettbewerbs, wonach wettbewerbliche Marktabläufe grundsätzlich durch gezielte, staatliche Interventionsmaßnahmen geschützt und gefördert werden können und müssen²⁹⁴.

Bei der hier aufgeworfenen Frage handelt es sich um eine komplexe und für das gesamte Wettbewerbsrecht fundamentale Problematik, die i.R.d. vorliegenden Untersuchung nur im Ansatz aufgegriffen werden kann, einem weitergehenden Anspruch auf Vollständigkeit und Tiefe jedoch nicht gerecht werden wird²⁹⁵. Dennoch seien die nachfolgenden Ausführungen aufgrund des direkten Zusammenhangs mit § 6 e UWG a.F., und damit auch im Zusammenhang mit der hier behandelten Thematik, gestattet.

a. Die These von der wirtschaftspolitischen Neutralität des UWG

Auf den ersten Blick scheint die These der wirtschaftspolitischen Neutralität des UWG²⁹⁶ gegen den Einfluss marktbezogener Überlegungen auf die Anwendung und Auslegung lauterkeitsrechtlicher Normen bzw. das Gesetzeswerk zu sprechen. Dabei wird diese These in zwei Richtungen verstanden: Zum einen sei das UWG auf kein bestimmtes Wirtschaftssystem zugeschnitten, sondern füge sich flexibel in jede herrschende Wirtschaftsordnung ein²⁹⁷; denn sofern Wettbewerb bestehe, gewinne die Abgrenzung lauterem von unlauterem Verhalten an Bedeutung²⁹⁸. Dieses Verständnis ist allgemein anerkannt.

²⁹³ Bspw. *Baudenbacher* GRUR 81, 19 (22); *Bülow* BB 85, 1297 (1298); *Kisseler* WRP 78, 81 (82); *Emmerich*, § 3 Anm. 2 (S. 18), § 6 Anm. 1., c. (S. 64); *Sack* BB-Beilage 3/88, 1 (16 f.); *Sambuc* GRUR 81, 796 (797 ff.); *Raiser* GRUR Int. 73, 443 ff.; *Ulmer* GRUR 77, 565 (577 ff.); *Baumbach/Hefermehl* Einl. Rn. 119, 131; *Fikentscher* Bd. II, S. 200; *Hahn* WRP 84, 59 (61); *Scherer* WRP 96, 174 (178 ff.); *Eppe* WRP 03, 29 (30).

²⁹⁴ Vgl. *Baudenbacher* ZHR 157 (1993) S. 437.

²⁹⁵ Vgl. beispielsweise die ausführliche Behandlung dieser Problematik von *Ballmann* „Der Machtaspekt im UWG“ (1990).

²⁹⁶ Vgl. BVerfGE 50, 290 (336 f.); *Baumbach/Hefermehl* Einl. Rn. 75; *Köhler/Piper* Einf. Rn. 27.

²⁹⁷ *Ulmer* GRUR 77, 565 (578)

²⁹⁸ Zum Ganzen *Baumbach/Hefermehl* Allg. Rn. 79.

Zum anderen sei es Aufgabe des UWG, unabhängig von der Wirtschaftsverfassung für Lauterkeit im Wettbewerb zu sorgen und somit die Lauterkeit von Wettbewerbshandlungen unabhängig von der Wirtschaftsverfassung zu bestimmen; eine differenzierende Betrachtung nach wirtschaftspolitischen Gesichtspunkten wäre hiernach außer Acht zu lassen²⁹⁹. Ein dahingehendes Verständnis der Neutralität des UWG wurde zunehmend kritisch betrachtet und wird heute weitestgehend abgelehnt³⁰⁰. An die Stelle der wirtschaftspolitischen Neutralität (in letzterem Sinne) ist eine *wettbewerbsfunktionale* Anwendung getreten³⁰¹. Kennzeichnend für das UWG ist seine besondere Marktbezogenheit. Der Schutz des Regelungswerkes richtet sich auf die Interessen der am Marktgeschehen Beteiligten und zwar gerade im Hinblick auf ihre Teilnahme am Marktgeschehen und der daraus erwachsenen (jeweiligen) Schutzwürdigkeit; der Marktbezug ist dem UWG insofern immanent³⁰². Das führe zwar nicht dazu, dass neben der „verbraucherbezogenen Unlauterkeit“ und der „konkurrentenbezogenen Unlauterkeit“ eine dritte Fallgruppe der „marktbezogenen Unlauterkeit“ trete, doch wäre es widersprüchlich und nachgerade bedenklich, wenn markt- und damit wirtschaftsbezogene Überlegungen keinen Einfluss auf die Anwendung lauterkeitsrechtlicher Vorschriften hätten³⁰³.

In diesem Zusammenhang wurde denn auch diskutiert, ob allein das Verhalten als solches oder darüber hinaus auch dessen marktwirtschaftliche Folgen Gegenstand der lauterkeitsrechtlichen Betrachtung ist³⁰⁴. Denn würde i.R.d. UWG ausschließlich auf das Wettbewerbsverhalten als Handlung an sich abgestellt und müsste sich die Wettbewerbswidrigkeit eigens aus dem Handlungsunrecht ergeben, würden mögliche Auswirkungen auf das Marktgeschehen unbeachtet bleiben, was wiederum die umfassende und ausnahmslose wirtschaftspolitische Neutralität des Lauterkeitsrechts bedeuten könnte. Ausgehend von der These, das UWG schütze die Qualität, das GWB hingegen die Quantität des Wettbewerbs, wurde die Ansicht vertreten, die Sittenwidrigkeit einer Wettbewerbshandlung nach dem UWG knüpfe ausschließlich an den Charakter der Verhaltensweise an und nicht an den wettbewerbsrechtlich zu missbilligenden Erfolg³⁰⁵.

²⁹⁹ *Ulmer GRUR 77, 565 (578).*

³⁰⁰ *Baumbach/Hefermehl Allg. Rn. 79; Ulmer GRUR 77, 565 (578); Hirtz GRUR 80, 93 (94 f.); Baudenbacher GRUR 81, 19.*

³⁰¹ *Beater § 12 Rn. 19; Baudenbacher GRUR 81, 19 (19, 21 f.); Samwer GRUR 69, 326 (329).*

³⁰² *Ebenso Hirtz GRUR 80, 93 (94).*

³⁰³ *Hirtz GRUR 80, 93 (94 f.); ebenso Ulmer GRUR 77, 565 (580).*

³⁰⁴ *Baudenbacher GRUR 81, 19 (22 f.); Kraft GRUR 80, 966 (967 ff.).*

³⁰⁵ *Kraft GRUR 80, 966 (967); Kraft FS Bartholomeyczki 73, 223 (236 f.).*

Eine solche von der Wettbewerbsordnung als Ganzes losgelöste Wertung des Lauterkeitsrechts erweist sich jedoch als zu kurz gegriffen und übersieht das übergeordnete Prinzip der Einheit der Wettbewerbsordnung³⁰⁶. Hierzu wird zu Recht ausgeführt, die Erhaltung des Wettbewerbs in seinem Bestand sei keine nur wirtschaftspolitische Zielsetzung, sondern die Wahrung eines durch GWB anerkannten *Rechtsprinzips*, dessen Missachtung auch i.R.d. UWG sittlich-rechtlich zu missbilligen ist³⁰⁷. Die Sicherung der Wettbewerbsordnung ist damit gemeinsamer Zweck von UWG und GWB, zu deren Verwirklichung sie lediglich unterschiedliche Wege beschreiten³⁰⁸. Dabei ist das Kartellrecht darauf gerichtet, den Wettbewerb so frei und umfassend wie möglich zu erhalten, während das Lauterkeitsrecht – dem Kartellrecht scheinbar entgegenwirkend – die Freiheit des Wettbewerbs zugunsten eines sittlichen Wettstreits einschränkt. Dieses „antinomische Spannungsverhältnis“³⁰⁹ wird in Anbetracht der gemeinsamen Zweckrichtung des Schutzes der Institution Wettbewerb als nicht widerstreitend, sondern vielmehr im Sinne gegenseitiger Ergänzung und Konvergenz verstanden³¹⁰. Im Einzelfall müsse gleich dem für Grundrechtskollisionen entwickelten Prinzip der Praktischen Konkordanz der Lösung Vorrang gegeben werden, die gleichzeitig Lauterkeit und Freiheit in bestmöglicher Weise zur Geltung bringe³¹¹. Dabei wird deutlich, dass UWG und GWB Teilbereiche eines einheitlichen Wettbewerbsrechts sind, auf dessen übergeordneten Schutzzweck (Sicherung der Wettbewerbsordnung) sie gemeinschaftlich hinwirken³¹². Damit kann zunächst festgestellt werden, dass die Sicherung der „Institution Wettbewerb“ ein übergeordnetes Schutzziel des GWB und eben auch des UWG ist. Um diesem Schutzzweck gerecht zu werden, muss bei der lauterkeitsrechtlichen Beurteilung von Wettbewerbshandlungen neben der Handlung als solche grundsätzlich auch deren

³⁰⁶ *Baumbach/Hefermehl* Allg. Rn. 86 f.; *Keßler* WRP 87, 75 (78); *Scherer* WRP 96, 174 (178); UWG-GK/*Schünemann*, Einl. E13.

³⁰⁷ *Baumbach/Hefermehl* UWG Einl. Rn. 119, 137; *Emmerich* FS Gernhuber, 857 (859).

³⁰⁸ *Lehmann* GRUR 77, 580 (586); *Scherer* WRP 96, 174 (178).

³⁰⁹ *Ulmer* GRUR 77, 565 (578); *Koenigs* NJW 61, 1041 (1042).

³¹⁰ Vgl. *Raiser* GRUR Int. 73, 443 (445); *Hirtz* GRUR 80, 93 (94); *Kehl* § 2 Anm. II., 3; *Mästmäcker*, S. 78 ff.; UWG-GK/*Schünemann*, Einl. E13.

³¹¹ *Hirtz* GRUR 80, 93 (94).

³¹² Vgl. *Hirtz* GRUR 80, 93 (94); *Sambuc* GRUR 81, 796 (797): “Es ist nur nicht recht einzusehen, welchen praktischen oder theoretischen Wert eine rigorose Trennung beider Rechtsgebiete haben soll, deren gegenseitige Bezüge und Sinnverwandtschaften, aber auch deren Friktionen so offensichtlich sind, dass der Ruf nach Harmonisierung näher liegt als der nach Abgrenzung.“

marktbezogene Wirkung Berücksichtigung finden können. Das Verständnis des Grundsatzes der wirtschaftspolitischen Neutralität als ein von Marktfolgen losgelöstes Lauterkeitsrecht ist in dieser Form verfehlt. Damit ist die Frage nach dem Einfluss wirtschafts- bzw. strukturpolitischer Überlegungen – insbesondere des Aspekts der Marktmacht – auf das Lauterkeitsrecht aber noch nicht abschließend beantwortet.

b. Der „funktionale“ Ansatz

Auf den Gedanken der nur bedingten wirtschaftspolitischen Neutralität des UWG lässt sich der heute weitestgehend anerkannte „funktionale Ansatz“ bei der Beurteilung von Wettbewerbshandlungen zurückführen. Ausgangspunkt der „funktionalen Theorie“ ist das Prinzip der selbsterhaltenden Freiheitsbegrenzung, d.h. dass derjenige, dem durch die geltende Wirtschaftsverfassung Freiheiten gewährt werden, diese Freiheiten grundsätzlich nur so gebrauchen darf, dass er das System nicht gefährdet, das ihm diese Freiheiten ermöglicht und bewahrt³¹³; m. a. W. darf das allgemeine Freiheitsrecht nicht gegen sich selbst gerichtet werden können. Das Referenzsystem, an dem sich der Gesetzgeber, als auch die Richter bei der Beurteilung der Lauterkeit von Wettbewerbshandlungen zu orientieren haben, ist nach heutigem Stand das sog. „Konzept des funktionsfähigen Wettbewerbs“³¹⁴. Danach erfüllt der Wettbewerb fünf wesentliche Funktionen: die funktionelle Einkommensverteilung nach der Marktleistung, die Lenkung des Angebotes durch die Nachfrage (Konsumentensouveränität), die Optimalkombination der Produktionsverfahren sowie die Anpassung der Produktionskapazität an außenwirtschaftliche Daten und die Durchsetzung des technischen Fortschritts³¹⁵. Diese Funktionen seien Wesensgehalt eines der Allgemeinheit dienenden Wettbewerbs, die „der Erreichung volkswirtschaftlich erwünschter Ziele, insbesondere dem Wohlstand und Fort-

³¹³ Vgl. *Baudenbacher* GRUR 81, 19 (21).

³¹⁴ Vgl. *Baudenbacher* GRUR 81, 19 (20); *Kilian* NJW 74, 289 (290); *Burmann* WRP 68, 258 (261); *Emmerich* KartellR § 1 Anm. 2., b. (S. 6); BGHZ 41, 42 (52) – Fensterglas; zum Konzept des funktionsfähigen Wettbewerbs vgl. *Kantzenbach/Kalfass*, 103 (105 ff.); *Baumbach/Hefermehl* UWG Allg. Rn. 16a.

³¹⁵ Vgl. *Baumbach/Hefermehl* Allg. Rn. 16a.; *Burmann* WRP 68, 258 (261); *Emmerich* KartellR § 1 Anm. 1 (S. 2); grundlegend *Katzenbach* „Die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs“; Obwohl z.T. anders bezeichnet und aufgezählt, herrscht über den Inhalt und die Anzahl der Funktionen des Wettbewerbs weitestgehend Einigkeit (*Arndt* teilt die Funktionen des [Leistungs-] Wettbewerbs in Anpassungs-, Entwicklungs-, Verteilungs-, Lenkungs-, Sozialisierungs-, Informations- und Erziehungsfunktion auf, vgl. *Arndt*, S. 52).

schritt dienen³¹⁶. Ausschließlich sie gilt es im Sinne eines optimalen Leistungswettbewerbs zu erhalten und bestmöglich zu verwirklichen. Deutlich Stellung beziehend schreibt *Samwer*: „Wo die Funktionsorientiertheit des Wettbewerbsrechts außer acht gelassen wird, droht der Einbruch wettbewerbsfremder Erwägungen.“³¹⁷

Mithin ist eine Wettbewerbshandlung in funktionaler Hinsicht dann als unlauter zu qualifizieren, wenn sie geeignet ist, die Realisierung der (leistungs-) wettbewerbseigenen Funktionen zu verhindern bzw. einzuschränken oder den Wettbewerb als solchen, d.h. in seinem Bestand, zu gefährden³¹⁸. Dabei sichern die Wettbewerbsfunktionen den natürlichen Ausleseprozess³¹⁹ des Wettbewerbs, indem sie die für ihn erforderlichen Voraussetzungen schaffen. Eine Behinderung oder Verdrängung von Konkurrenten, die auf die Umgehung der Wettbewerbsfunktionen zurückzuführen ist, wäre nicht mehr Folge des natürlichen Ausleseprozesses, sondern Folge (aus funktionaler Sicht) wettbewerbsfremder Umstände und/oder Verhaltensweisen.

c. Zwischenbetrachtung

Das UWG ist prinzipiell, aber eben nicht in jeder Hinsicht wirtschaftspolitisch neutral; mit Blick auf den allgemeinen Marktbezug des Lauterkeitsrechts und den übergeordneten Schutzzweck des Wettbewerbsrechts i.w.S. (Bestandsschutz des Wettbewerbs als Institution) können Überlegungen hinsichtlich der geltenden Wirtschaftsverfassung nicht prinzipiell aus der der Auslegung und Anwendung des UWG-Gesetzeswerkes (insbesondere seiner Generalklauseln) zugrundeliegenden Gesamtbetrachtung ausgeklammert werden³²⁰. Das erfasst aber wie dargelegt nur solche marktbezogenen Folgen, die sich gegen das eigene Wirtschaftssystem wenden – bei Geltung der sozialen Marktwirtschaft mit funktionalem Wettbewerbsansatz also solche, die sich negativ auf die Funktionen des Wettbewerbs auswirken oder sich gegen den Bestand der Institution Wettbewerb richten. Der Einfluss wirtschaftspolitischer Überlegungen umfasst jedoch

³¹⁶ *Baumbach/Hefermehl* UWG Allg. Rn. 16a.

³¹⁷ *Samwer* GRUR 69, 326 (327).

³¹⁸ *Baumbach/Hefermehl* Einl. Rn. 119; *Baudenbacher* GRUR 81, 19 (22); *Burmann* WRP 68, 258 (262); *GK/Brandner/Bergmann* § 1 Rn. A48; *Kilian* NJW 74, 289 (290) – Dieser führt weitergehend aus, dass bei eventuellen Zielkonflikten zwischen den Wettbewerbsfunktionen die Kartellbehörden und Gerichte [i.R.e. Abwägung] Präferenzen zu entwickeln hätten.

³¹⁹ Vgl. dazu Kap. 1, B., I.

³²⁰ Vgl. dazu die Gesetzesbegründung zu § 3 Reg.-Entwurf zum UWG (Stand 22.8.2003), BT-Drs. 15/1487.

nicht solche mit strukturpolitischem Hintergrund. Das UWG hat sich an der geltenden Wirtschaftsverfassung (hier: soziale Marktwirtschaft) sowie dem entsprechenden Referenzsystem (hier: funktionaler Wettbewerb) zu orientieren, nicht jedoch an der wirtschaftspolitisch gewünschten Wettbewerberstruktur. Die Struktur der am Markt konkurrierenden Wettbewerber sollte im Sinne der Freiheit des Wettbewerbs das (staatlich unbeeinflusste) Ergebnis eines „natürlichen“ Wettbewerbsprozesses bleiben, wie er durch den funktionalen Ansatz geschaffen und erhalten wird³²¹. Die Schutzrichtung des Lauterkeitsrechts zielt dabei ausschließlich auf die Schaffung und Gewährleistung von Rahmenbedingungen ab, die eine leistungsentsprechende Wettbewerberstruktur durch eine natürliche Auslese nichtleistungsfähiger Wettbewerber ermöglichen und fördern³²²; grundlegend erforderlich sind hierfür das Bestehen von Wettbewerb als Institution sowie das Wirken der Funktionen eines „gesunden“ Leistungswettbewerbs.

Für den Tatbestand der irreführenden Werbung sei zudem festgestellt, dass die Unlauterkeit einer Irreführung bereits in der sittlich-moralischen Verwerflichkeit der Handlung selbst liegt³²³; auf eine (tatsächlich) wettbewerbsverzerrende bzw. funktionsbeeinträchtigende Wirkung kommt es insofern nicht mehr an, als die Eignung hierzu der irreführenden Wettbewerbshandlung immanent ist³²⁴. Es entspricht der allgemeinen Auffassung, dass irreführende Wettbewerbshandlungen (beispielsweise täuschende Werbemaßnahmen) unabhängig von der geltenden Wirtschafts- und Sozialordnung gegen die guten Sitten verstoßen³²⁵. Der Irreführungstatbestand gehört damit zu den *systemübergreifenden lauterkeitsrechtlichen Verhaltensregeln* und stellt einen wirtschaftspolitisch neutralen Sittenwidrigkeitstatbestand dar³²⁶.

Das kann und darf aber nicht dazu führen, dass jede Wettbewerbshandlung, bei der die Gefahr eines Missbrauchs zur Irreführung besteht, grundsätzlich zu unterbinden ist.

³²¹ Ebenso *Gaedertz* GRUR 80, 613 (614).

³²² Anders der Ansatz im Kartellrecht, vgl. beispielsweise im Zusammenhang mit dem Verkauf unter Einstandspreis § 20 IV GWB.

³²³ Zum Handlungsbegriff im Wettbewerbsrecht vgl. *Baumbach/Hefermehl* Einl. Rn. 339; *Baudenbacher* GRUR 81, 19 (22); hierzu vgl. auch *Kraft*, S. 208; *Mestmäcker*, S. 73 f..

³²⁴ Vgl. die Ausführungen unter Kap. 1, D., II..

³²⁵ *Baumbach/Hefermehl* Einl. UWG Rn. 108.

³²⁶ Ebenso werden hier das Bestechen von Angestellten, der Verrat von Geheimnissen, die schmarotzerhafte Anlehnung und der Raub fremder Kennzeichen angeführt, vgl. *Baumbach/Hefermehl* Einl. UWG Rn. 108.

Letztlich führt auch das Interesse der Verbraucher an weitgehender Wettbewerbsfreiheit³²⁷ dazu, dass Einschränkungen der unternehmerischen Werbefreiheit immer nur so weit gehen sollten, wie sie zur Erreichung ihres Anliegens erforderlich und noch verhältnismäßig sind. Das Recht sollte daher Werbemethoden nicht einfach verbieten, weil sie die Gefahr des Missbrauchs mit sich bringen, sondern muss sich auf die Bekämpfung des Missbrauches beschränken³²⁸.

d. Lauterkeitsrecht und Preispolitik

Nicht nur gegen das strukturpolitische Motiv als solches wurden Bedenken geäußert. Kritisch betrachtet wurde zudem die Vorstellung, das Verbot von Eigenpreisvergleichen würde zu Lasten marktstarker Wettbewerber gehen und auf diese Weise dem Mittelstand zugute kommen. Nach Auffassung der Befürworter des § 6 e UWG a.F. profitierten marktstarke Großbetriebe deutlich mehr von der Zulassung des Eigenpreisvergleichs, da sie im Gegensatz zu kleineren bzw. mittelständischen Unternehmen einerseits die finanziellen Möglichkeiten für umfangreiche Sonderpreisaktionen besäßen und andererseits der Verbundeffekt³²⁹ erst bei großen Unternehmen mit einem breiten Sortiment seine volle Wirkung entfalte³³⁰. Dem wurde entgegengehalten, mit dem grundsätzlichen Verbot von Eigenpreisvergleichen würden gerade die kleinen und mittelständischen Wettbewerber getroffen. Große Unternehmen hätten sowieso das Image von „Billiganbietern“ und würden von den Verbrauchern bevorzugt aufgesucht; gerade weniger marktstarke Wettbewerber bedürften daher des Werbe- bzw. Anlockmittels Eigenpreisvergleich, um auf diese Weise auf ihr Angebot aufmerksam machen zu können³³¹. Welcher der jeweiligen Argumentation gefolgt werden kann, ist wohl Ansichtssache, da es nur schwer zu belegen sein wird, ob die Erlaubnis oder das Verbot von Eigenpreisvergleichen kleineren Anbietern im Verhältnis zu ihren marktstarken Wettbewerbern mehr zugute kommt bzw. weniger schadet.

Entscheidend ist aber darauf hinzuweisen, dass es sich bei der Diskussion um die grundsätzliche Zulässigkeit von Eigenpreisvergleichen um keine preispolitische, son-

³²⁷ *Baumbach/Hefermehl* Einl. Rn. 79; *Hefermehl* FS Band II (1991), S. 897 (912); *Beater* § 14 Rn. 4; Speziell im Zusammenhang mit Preisen vgl. BGH GRUR 00, 521 (525) – Modulgerüst.

³²⁸ *Beater* (2000) S. 139.

³²⁹ Dazu Kap. 1, D., I., 5..

³³⁰ Vgl. *Sack* WRP 89, 693 (697); *Hinz* WRP 84, 653 (654); *Krüger-Nieland* WRP 80, 311 (314).

³³¹ Vgl. *Keßler* WRP 87, 75 (81).

dern um eine werberechtliche Fragestellung handelt. In diesem Punkt sollte differenziert werden: Bei der Preispolitik geht es um die Frage, zu *welchen* Preisen ein Anbieter seine Ware am Markt anbietet und um die Gunst der Verbraucher wirbt, während es bei der Werbemethode des Eigenpreisvergleichs um die Frage geht, *wie*, d.h. auf welche Art und Weise, er dies tut. Die Marktstärke eines Unternehmens wirkt sich dabei nur auf ersteres aus (Wie weit kann ein Unternehmer seine Preise drücken?). Hingegen besteht die Möglichkeit, Preissenkungen mittels der Werbemethode „Eigenpreisvergleich“ herauszustellen, im Prinzip für alle Wettbewerber gleichermaßen. Hier gilt es deutlich zwischen der Ursache und den Mitteln zu unterscheiden, die in der vorliegenden Konstellation unabhängig voneinander zu würdigen sind. Denn nicht die Auszeichnungsmethode als solche veranlasst den Verbraucher, seinen Bedarf bevorzugt bei einem bestimmten Anbieter zu decken, sondern das von dem Verbraucher bei dem jeweiligen Anbieter vermutete Gesamtpreisniveau. Dieser (langfristige) Effekt eines günstigen Preisimages ist jedoch primär auf die Preispolitik zurückzuführen, was die Häufigkeit und den Umfang an Sonderpreisaktionen mit umfasst³³². Es handelt sich aber keinesfalls um einen speziell der Art und Weise der Bekanntmachung einer Preissenkung mittels Eigenpreisvergleich anhaftenden Effekt, noch unterstützt diese Art der Preiswerbung die Imagebildung in besonders hervorzuhebender Weise. Praktisch betrachtet dient der Eigenpreisvergleich dem Werbenden nur als Sprachrohr zur Bekanntmachung einer Preissenkung. Dass einige Anbieter aufgrund ihrer Marktstellung häufiger und in größerem Umfang mit Preissenkungen werben können, ist zwar für den Wettbewerb durchaus von einiger Relevanz, kann aber bei der lauterkeitsrechtlichen Beurteilung von Eigenpreisvergleichen als Auszeichnungsmethode keine Beachtung finden³³³.

³³² Vgl. dazu Kap. 1, A., V., 2..

³³³ *Beachte zur Diskussion bzgl. Marktmacht als Folge unlauteren Verhaltens*: Wie bereits angeführt, sind bei der Beurteilung von Wettbewerbshandlungen neben der Handlung als solche prinzipiell auch deren (mögliche) Folgen für das Marktgeschehen bzw. auf den am Markt herrschenden Wettbewerb in die Gesamtbetrachtung einzubeziehen. Prinzipiell gesehen ist damit auch die Vermachtung der Märkte eine lauterkeitsrechtlich zu beachtende Folge. Dabei ist darauf hinzuweisen, dass das Entstehen von *vorübergehender Marktmacht* durchaus wettbewerbsadäquat ist. Die Auslesefunktion des Wettbewerbs ist darauf gerichtet, leistungsstarken Wettbewerbern einen entsprechenden Vorsprung zu verschaffen und weniger leistungsfähige Wettbewerber im Extremfall auszusondern (vgl. dazu *Arndt*, S. 51 ff., 59; *Hirtz* GRUR 80, 93 (95, 96); s. auch Kap. 1, B., I.). Die Folge eines Wettbewerbsvorsprungs begegnet also prinzipiell keinen lauterkeitsrechtlichen Bedenken, und zwar grundsätzlich auch dann nicht, wenn der Vorsprung eine solche Intensität erhält, dass ein Wettbewerber am Markt eine gewisse Machtstellung erhält. Kritisch

Zudem wird ein Verbot des Eigenpreisvergleichs nicht verhindern können, dass marktstarke Unternehmen ihre besondere Preisstärke im Wettbewerb mit anderen Anbietern ausspielen werden und so einen entsprechenden Vorsprung gewinnen. Das kann auch nicht Ziel eines Regelwerkes zum Schutz vor unlauterem Wettbewerb sein. Denn der Einsatz und das Herausstellen der eigenen Leistungsfähigkeit ist wesentliche Voraussetzung für das Funktionieren des am Markt herrschenden (Leistungs-) Wettbewerbs, dessen Schutz und Förderung Ziel des Lauterkeitsrechts ist³³⁴. Will man der auf Marktmacht basierenden Verdrängungspolitik (beispielsweise durch aggressiven Preiskampf) einiger marktstarker Großunternehmer entgegenzutreten, so wird das sicherlich nicht mit dem Verbot einzelner Werbemethoden zu bewerkstelligen sein. Das würde dem Kurieren von Symptomen gleichen, ohne den wahren Ursprung des Problems zu erfassen, weshalb auch ein erheblicher Eingriff in das verfassungsrechtlich geschützte Recht auf wirtschaftliche Handlungs- und damit auch Werbefreiheit – wie ihn das generelle Verbot des Eigenpreisvergleichs darstellt – nicht zu rechtfertigen wäre.

3. Europarechtliche Vorgaben

Zuletzt bestanden einige Bedenken hinsichtlich der Vereinbarkeit von § 6 e UWG a.F. mit europarechtlichen Vorgaben, insbesondere mit der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes zu Art. 28 EG (früher Art. 30 EGV)³³⁵. Zum Schutze des freien Warenverkehrs innerhalb der europäischen Gemeinschaft verbietet Art. 28 EG (früher Art. 30 EGV) jede Handelsregelung, die geeignet ist, den innergemeinschaftlichen Handel unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potentiell zu behindern („Maßnahmen

wird dies erst dann betrachtet, wenn die Machtstellung von anhaltender Dauer ist. So sei das Entstehen *permanenter Macht* geeignet, den Wettbewerb zu verändern, indem einige seiner Funktionen außer Kraft gesetzt werden oder ihn im Extremfall (faktisch) aufzuheben (vgl. *Arndt*, S. 51, 56 ff, 59; *Beater* § 17 Rn. 32). Es ist festzuhalten, dass es einen Wettbewerb ohne Konzentrationsprozess nicht gibt, so dass es notwendig ist, zwischen wettbewerbskonformen und wettbewerbsbehindernden bzw. –zerstörenden Konzentrationsprozessen zu unterscheiden. In diesem Zusammenhang wird angeführt, dass Handlungen dominierender Wettbewerber aufgrund der Verfestigung ihrer Machtposition eher den Bestand des Wettbewerbs gefährden können (vgl. *Beater* § 17 Rn. 32; *Schricker* GRUR 80, 194 (201)). Dennoch bleibt es bei der These, dass die Marktmacht kein Beurteilungskriterium für die Lauterkeit von Eigenpreisvergleichen ist.

³³⁴ Vgl. *Baumbach/Hefermehl* Allg. Rn. 16a; Kap. 2, A., II., 2., b..

³³⁵ So entschieden in EuGH EuZW 93, 420 ff. – Yves Rocher; vgl. auch BGH WRP 94, 33 f. – Yves Rocher II; EuGH EuZW 90, 222 ff. (Leitsatz) – GB-Inno, zu der dem § 6 e UWG a.F. entsprechenden Regelung des luxemburgischen Rechts.

gleicher Wirkung“)³³⁶. Entgegen diesem Grundsatz sind nationale Hemmnisse für den freien Binnenhandel ausnahmsweise zulässig, wenn die nationale Regelung unterschiedslos für einheimische und eingeführte Erzeugnisse gilt und mit zwingenden Erfordernissen u.a. der Lauterkeit des Handelsverkehrs oder des Verbraucherschutzes zu rechtfertigen ist, wobei die Regelung den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu beachten hat³³⁷. Diesen gemeinschaftsrechtlichen Anforderungen entsprach der deutsche Gefährdungstatbestand des § 6 e UWG a.F. nach damaliger Auffassung des EuGH nicht³³⁸. Allerdings revidierte der EuGH seine Rechtsprechung zu Art. 28 EG für sog. Verkaufsmodalitäten³³⁹, womit die Regelung des § 6 e UWG a.F. nun wiederum in keinem Widerspruch zu Art. 28 EG gestanden hätte³⁴⁰. Und auch die europäischen Irreführungs-Richtlinien aus dem Jahre 1984³⁴¹ und 1997³⁴² enthielten keine zwingenden Angleichungsvorgaben für den deutschen Gesetzgeber an das deutlich niedrigere europäische Schutzniveau auf dem Gebiet der irreführenden Werbung, da gem. Art. 7 Abs. 1 RL 84/450/EWG in der Fassung der RL 97/55/EWG³⁴³ weitergehende Schutzmaßnahmen ausdrücklich zulässig sein sollten³⁴⁴. Dennoch wird man in der europarechtlichen Prob-

³³⁶ EuGH NJW 75, 515 – Dassonville.

³³⁷ EuGH GRUR Int. 79, 468 (471) – Cassis de Dijon; EuGH GRUR Int. 91, 215 (216) – Pall/Dahlhausen.

³³⁸ Vgl. EuGH EuZW 93, 420 ff. – Yves Rocher (Auch konnte das Verbot nicht auf Art. 30 EG (früher Art. 36 EGV) gestützt werden, da diese Bestimmung nur in den engen Grenzen der dort vorgesehen Ausnahmen eingreift, zu denen der Verbraucherschutz und die Lauterkeit des Handelsverkehrs nicht zählt, vgl. EuGH GRUR Int. 82, 117 (120) – Irische Souvenirs; EuGH GRUR Int. 85, 110 (111) – “r+r”); vgl. auch BGH WRP 94, 33 f. – Yves Rocher II; bereits früher EuZW 90, 222 ff. (Leitsatz) – GB-Inno, zu der dem § 6 e UWG a.F. entsprechenden Regelung des luxemburgischen Rechts, nach der Aufhebung das deutsche Verbot im europäischen Rechtsraum einmal war; zum Ganzen a.A. beispielsweise *Sack* BB 94, 225 ff. (insb. 231 f., 236 f.).

³³⁹ Vgl. EuGH GRUR 94, 296 – Keck und Mithouard.

³⁴⁰ Vgl. *Köhler/Piper* § 3 Rn. 65; *Becker* (1996), S. 167 ff..

³⁴¹ Richtlinie des Rates vom 10.9.1984 zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über irreführende Werbung (RL 84/450/EWG) – abgedruckt in GRUR Int. 84, 688 ff..

³⁴² Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rats vom 6.10.1997 zur Änderung der Richtlinie 84/450/EWG über irreführende Werbung zwecks Einbeziehung der vergleichenden Werbung (97/55/EWG).

³⁴³ Vgl. Art. 1 Abs. 9 RL 97/55/EWG.

³⁴⁴ Anders der aktuelle Vorschlag der Europäischen Kommission für eine Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken im binnenmarktinternen Geschäftsverkehr zwischen Unternehmern und Verbrauchern und zur Änderung der Richtlinien 84/450/EWG, 97/7/EG und 98/27/EG vom 18.6.2003 (KOM (2003)

lematik einen entscheidender Grund für die Aufhebung von § 6 e UWG a.F. sehen können³⁴⁵.

4. Sonstige Gründe für die Aufhebung

Teilweise wurde auch der Vorwurf der Widersprüchlichkeit gegenüber den Anforderungen der Preisangabenverordnung erhoben³⁴⁶. Diese verpflichtet den Unternehmer in § 1 VI 2 PAngV, seine Preise „leicht erkennbar und deutlich lesbar oder sonst wie gut wahrnehmbar“ auszuzeichnen. Ein Unternehmer, der diesen Anforderungen genügen wollte, gerate in die Gefahr, gegen das Verbot „blickfangmäßiger“ Auszeichnung von Preisvergleichen zu verstoßen. Bedenken, ob diesem Vorwurf zu folgen ist, sind mitunter berechtigt. Einerseits wird man zwischen einer klaren und gut wahrnehmbaren Preisauszeichnung und einer blickfangmäßigen i.S.v. „übertrieben groß, auffällig, reißerisch, ins Auge springend, o.ä.“³⁴⁷ Anpreisung differenzieren können, was gerade auch den Werbetreibenden möglich und zumutbar sein sollte. Andererseits laufen die Zielsetzung der Preisangabenverordnung, einer deutlichen und gut verständlichen Preisauszeichnung, und der Gedanken des § 6 e UWG a.F., der u.a. darin zu sehen ist, eine anlockende Preisauszeichnung zu unterbinden, durchaus konform und ließen sich miteinander vereinbaren. Dem Vorwurf der Widersprüchlichkeit bzw. dem der Rechtsunsicherheit wäre insofern entgegenzutreten.

Besonders aber der Kritikpunkt des zu weitreichenden Eingriffs in die Wettbewerbsfreiheit der werbenden Unternehmer hat dazu geführt, die Vorschrift des § 6 e UWG a.F.

356 endgültig; abrufbar unter: http://europa.eu.int/comm/consumer/cons_int/safe_shop/fair_bus_pract/index_en.htm), mit dem nicht nur eine Mindestharmonisierung erreicht, sondern gleichzeitig ein weitergehendes, höheres Verbraucherschutzniveau in den einzelnen Mitgliedsstaaten unterbunden werden soll, vgl. *Schulte-Nölke* NJW 03 (Heft 36) Editorial; Vgl. bereits die Harmonisierungsbemühungen für den Bereich des Internethandels durch die e-commerce-RL (RL 2000/31 EG vom 8.6.2000 – abgedruckt in GRUR Int. 00, 1004), bei der der Weg über das sog. Herkunftslandprinzips beschritten wird, das dem Zwang einer Rechtsangleichung sehr nahe kommt, vgl. dazu *Ahrens* CR 00, 835 ff.; *Fezer/Koos* IPRax 00, 349 ff..

³⁴⁵ Vgl. Begründung zum Gesetzesentwurf zur Novellierung des UWG, WRP 94, 369 (371).

³⁴⁶ *Alt*, NJW 87, 21 (24); *DVgRU* GRUR 86, 442 (443); *Keßler* WRP 87, 75 (81, Fn. 76).

³⁴⁷ *Nacken* WRP 87, 347 (351); *Reese*, S. 174.

tendenziell eng auszulegen³⁴⁸. Der allgemeine Widerspruch entband selbstverständlich nicht von der generellen Anwendungspflicht der gesetzlichen Vorschrift³⁴⁹. Dennoch sah der Gesetzgeber sein Ziel mit der allgemein restriktiven Handhabung des § 6 e UWG a.F. durch die Gerichte in wesentlichen Teilen verfehlt³⁵⁰; letztlich kam dem § 6 e UWG a.F. neben § 3 UWG keine nennenswerte Bedeutung mehr zu³⁵¹.

IV. Zwischenbetrachtung zu § 6 e UWG a.F.

Mit der Aufhebung von § 6 e UWG a.F. wurden auf die für seine Einführung ausschlaggebenden Fragen und Bedenken hinsichtlich des Werbens mittels Eigenpreisvergleich keine Antworten gegeben, noch eine Lösung gefunden. Dennoch kann als allgemeine Erkenntnis nach der Diskussion um § 6 e UWG a.F. festgehalten werden, dass ein Gefährdungstatbestand, wie ihn die Vorschrift des § 6 e UWG a.F. darstellte, zur Regelung dieser Problematik ungeeignet und im Ergebnis verfehlt ist. Das grundsätzliche Verbot einer Wettbewerbshandlung, die zwar das Potential einer Unlauterkeit durch Missbrauch in sich trägt, prinzipiell betrachtet aber keinen wettbewerbsrechtlichen Bedenken begegnet, greift zu weit in den freien Wettbewerb und die freie Entfaltungsmöglichkeit des Marktes ein, ohne dass dies ausreichend gerechtfertigt werden könnte³⁵².

Mithin besteht nach wie vor die im Kapitel 1 dieser Abhandlung dargestellte Problematik der Gefahr einer Irreführung in ihrer unterschiedlichen Ausprägung und die besondere Anlockwirkung bzw. die Gefahr ihres Missbrauchs, sowie die Frage, wie der Problematik um den Eigenpreisvergleich gerade auch mit Blick auf die Beweislastverteilung habhaft zu werden ist. Mit der ersatzlosen Streichung von § 6 e UWG a.F. fand zunächst die Gesetzeslage vor Einführung von § 6 e UWG a.F. wieder ihre volle Geltung.

³⁴⁸ *Völp* GRUR 87, 676 (677, 679); *Baumbach/Hefermehl* § 6 d., e. UWG; *Rudlowski*, S. 68; vgl. auch BT-Drs- 150/89 S. 25 ff.; *Nacken* WRP 87, 347 (348, 351); *Treis/Rudlowski* GRUR 90, 961 (963 ff.); *Jänich*, S. 3 f.0.

³⁴⁹ *Sack* GRUR 1987, 676 (677).

³⁵⁰ BT-Drs. 150/89, S. 26, 28.

³⁵¹ *Baumbach/Hefermehl* § 6 d., e UWG; BGH GRUR 90, 377 – Meister-Aktuell; *vGamm* § 6 e, Rn. 1.

³⁵² *vHayek* (1969) schrieb: „Bis wir die eigentlichen Grenzen der Vernunft bei der Regelung unserer gesellschaftlichen Angelegenheiten erkennen gelernt haben, besteht in der Tat die große Gefahr, dass wir bei dem Versuch der Gesellschaft einen, wie wir denken, rationalen Plan aufzuzwingen, jene Freiheit ersticken, die die wesentliche Bedingung für eine graduelle Entwicklung bildet.“ (in: *Freiburger Studien* (1969), 75 (89)).

Wie sich die lauterkeitsrechtliche Betrachtung des Eigenpreisvergleichs zum heutigen Zeitpunkt darstellt, ist Gegenstand der nachfolgenden Untersuchung.

B. Die Beweisproblematik

Die Einführung des § 6 e UWG a.F. im Jahre 1994 wurde unter anderem mit dem Argument begründet, die „Möglichkeiten der Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs im Interesse der Gewerbetreibenden und der Verbraucher [seien] dort zu verbessern, wo eine gerechte Abwägung der Interessen der Betroffenen neue gesetzliche Regelungen erfordert oder sich Schwierigkeiten bei der Anwendung des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb in der Praxis ergeben haben.“³⁵³ Auch wenn hier sowohl ein prozessrechtliches, als auch ein materiell-rechtliches Defizit anklingt, war man sich im Bereich der irreführenden Preiswerbung im allgemeinen einig, dass die Hauptproblematik bei der gerichtlichen Verfolgung solcher Wettbewerbsverstöße nicht in einem Mangel an hierfür geeigneten materiell-rechtlichen Vorschriften besteht, sondern vielmehr im prozessualen, als auch vorprozessualen Bereich liegt³⁵⁴.

Durch die Regelung des § 6 e UWG a.F. wurde das Problem der Beweisproblematik insofern umgangen, als aufgrund des geschaffenen Gefährdungstatbestandes eine Werbung mittels Eigenpreisvergleichs prinzipiell verboten wurde, womit es bei Vorliegen des (objektiven) Gefährdungstatbestandes weder eines Beweises der nur schwer nachweisbaren Irreführungsfahr bedurfte, noch ein diesbezüglicher Gegenbeweis durch den Beklagten geführt werden konnte³⁵⁵. Mit Aufhebung dieser Regelung steht man heute wieder vor der gleichen Problematik wie sie vor Einführung des § 6 e UWG a.F. bestand. Diese sei im Folgenden dargestellt:

Begehrt ein Wettbewerber die Untersagung einer Werbebehauptung eines seiner Konkurrenten, da diese seines Erachtens zur Irreführung geeignet ist (§ 3 UWG), muss dargelegt und gegebenenfalls bewiesen werden, dass zwischen dem Aussagegehalt der Werbeangabe (Verkehrsverständnis) und den tatsächlichen Gegebenheiten eine nicht unwesentliche Diskrepanz liegt. Zwar ist es ein schweres und aufwendiges Unterfangen, den Aussagegehalt einer Werbeangabe festzustellen, doch liegt diese Feststellung aufgrund der Möglichkeit von demoskopischen Gutachten oder richterlicher Feststellung

³⁵³ BT-Drs. 10/4741, S. 11.

³⁵⁴ *Kessler* WRP 87, 75 (79); *Speckmann*, Rn. 311; *Treis/Rudlowski* GRUR 90, 961 (962); *Dall*, S. 54 ff.; *Feldmann* GewArch 87, 360 (362); *ArGr* WRP 97, 167 (175); *Rudlowski*, S. 43..

³⁵⁵ Eingehend zu § 6 e UWG siehe Kap. 2, A..

noch im theoretisch denkbaren und vor allem praktisch möglichen Bereich³⁵⁶. Demgegenüber – und darauf wird es im Folgenden ankommen – wird es dem Kläger mitunter nicht oder nur unter unzumutbarem Aufwand möglich sein, die tatsächlichen Gegebenheiten des in der Werbung Behaupteten darzulegen und zu beweisen. Insbesondere wenn die zur Darlegung des Täuschungstatbestandes erforderlichen Informationen und Kenntnisse der Sphäre des Beklagten entstammen, zu denen der Kläger keinerlei Zugang noch sonst eine Möglichkeit der Kenntnisnahme hat (beispielsweise innerbetriebliche Vorgänge), wird die (substantiierte) Darlegung und erst recht der Beweis der die Irreführung begründenden Tatsachen und Umstände für den Kläger eine unüberwindbare Hürde bedeuten. Kann der Kläger aber die seinen Anspruch begründenden Tatsachen und Umstände nicht schlüssig und substantiiert vortragen, wird seine Klage als unbegründet abzuweisen sein.

Bei der Werbung mittels Eigenpreisvergleichs muss zur Begründung der Irreführungseignung (§ 3 UWG) zumeist nachgewiesen werden, dass eine Preissenkung im Grunde gar nicht vorliegt, sondern bloß vorgetäuscht wird³⁵⁷. Die hierfür erforderlichen Informationen beispielsweise darüber, ob der Beklagte den Altpreis vor der Preissenkung überhaupt ernsthaft für eine angemessene Dauer verlangt hat³⁵⁸, stammen aus der Sphäre des Beklagten. Auf sie hat der Kläger zumeist keinerlei Zugriffsmöglichkeiten, weshalb der Nachweis der Irreführung gerade in diesem Bereich besonders schwer zu führen sein wird³⁵⁹.

I. Grundsatz der Beweislastverteilung

Im Rahmen eines Lauterkeitsprozesses gelten hinsichtlich der Beweislastverteilung die zivilprozessrechtlichen Grundsätze. Danach trägt der Kläger die Beweislast für alle Tatsachen, die den von ihm beehrten Anspruch begründen³⁶⁰. Für den Unterlassungsanspruch aus § 3 UWG bedeutet das, dass der Kläger für alle die Irreführung belegenden

³⁵⁶ Vgl. zur Problematik der Ermittlung der Verkehrsauffassung im Prozess die Literaturhinweise in Fn. 679.

³⁵⁷ Bspw. bei der Mondpreiswerbung (s.o. Kap. 1, D., I., 1.).

³⁵⁸ Vgl. dazu Kap. 3, A., II..

³⁵⁹ Ebenso *Berlit* WRP 03, 563 (567); *Köhler/Bornkamm/Henning-Bodewig* WRP 02, 1327 (1327); *Nippe* WRP 03, 568 (570).

³⁶⁰ BGH GRUR 59, 365 (366) – Englisch-Lavendel; BGH GRUR 66, 382 (385) – Jubiläum; *Baumbach/Hefermehl* UWG § 3 Rn. 119; *Gloy/Helm* § 49 Rn. 100; Graf Lambsdorff, Rn. 1035; Melillius, Rn. 676.

Umstände beweispflichtig ist³⁶¹. Beim Tatbestand der „Eignung zur Irreführung“ i.S.d. § 3 UWG ist grundsätzlich in dreifacher Hinsicht Beweis zu führen: Zunächst bei der Ermittlung des Aussagegehalts der Werbeangabe (Feststellung der Verkehrsauffassung). Sodann können die tatsächlichen (wahren) Gegebenheiten, sowie die Relevanz einer festgestellten Irreführung für die Kaufentscheidung streitig und damit beweisbedürftig sein³⁶². Nach der grundsätzlichen Beweislastverteilung trägt bezüglich all dieser Punkte der Kläger die Beweislast.

II. „Darlegungs- und Beweispflicht“ der nicht beweisbelasteten Partei

Der prozessrechtliche Grundsatz hinsichtlich der Beweislastverteilung gilt aber insbesondere im Wettbewerbsrecht nicht ohne Einschränkung. Grund dafür ist die einleitend dargestellte Problematik. So hat der BGH in ständiger Rechtsprechung festgestellt, dass bei der Frage, ob eine Werbeangabe unrichtig ist, den Beklagten im Einzelfall nach dem Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242 BGB) eine „Darlegungs- und Beweispflicht“ treffen kann, wenn der Kläger außerhalb der für die Beurteilung der Wahrheit der Werbebehauptung relevanten Tatsachen steht und keine Möglichkeit hat, den Sachverhalt von sich aus zu ermitteln, der Beklagte hingegen die erforderliche Aufklärung ohne weiteres geben kann und ihm das nach den Umständen des Einzelfalls auch zumutbar ist³⁶³. Nach Ansicht des BGH kann es unter Beachtung der jeweiligen Umstände des Einzelfalls dem Gebot einer redlichen, mit dem Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242 BGB) zu vereinbarenden Prozessführung widersprechen, wenn sich der Beklagte in einer solchen Beweisnotlage des Klägers auf ein reines Bestreiten beschränkt, obwohl er

³⁶¹ Köhler/Piper UWG § 3 Rn. 527; BGH GRUR 85, 140 (142) – Größtes Teppichhaus der Welt; BGH GRUR 91, 848 (849) – Rheumalind II; WRP 96, 1102 (1104) – Großimporteur; *Baumbach/Hefermehl* UWG § 3 Rn. 119, UWG Einl. Rn. 472; Gloy/Helm § 49 Rn. 100.

³⁶² Vgl. Gloy/Helm § 49 Rn. 100.

³⁶³ Vgl. stRspr., grundlegend: RGZ 166, 240 (242); BGH GRUR 61, 356 (359) – Pressedienst; BGH GRUR 63, 270 – Bärenfang; BGH GRUR 75, 78 (79) – Preisgegenüberstellung; BGH GRUR 78, 249 (250) – Kreditvermittlung; fortführend: BGH GRUR 85, 140 (142) – Größtes Teppichhaus der Welt; BGHZ 120, 320 (327) – Tariflohnunterschreitung; BGH WRP 92, 237 (240) – Amtsanzeiger; BGH GRUR 95, 693 (697) – Indizienkette; BGH GRUR 97, 758 (760) – Selbsternannter Sachverständiger; BVerfG NJW 00, 1483 (1484) für den Fall, dass andernfalls grundrechtlich geschützte Positionen vereitelt werden.

die erforderlichen Informationen ohne besonderen Aufwand beibringen könnte³⁶⁴. Diese richterrechtliche Rechtsentwicklung hat auch in der Rechtswissenschaft allgemein Anerkennung gefunden³⁶⁵. Sie steht im Einklang mit Art. 6 lit. a) der Richtlinie 84/450/EGW vom 10.9.1984 über irreführende Werbung³⁶⁶.

Dabei wurde die prozessuale Erklärungspflicht der nicht beweibelasteten Partei nicht immer aus Treu und Glauben (§ 242 BGB) hergeleitet. Das Reichsgericht sah die Rechtsgrundlage der „Darlegungs- und Beweispflicht“ des Beklagten in den oben genannten Fällen in § 138 Abs. 1 ZPO verankert³⁶⁷. Dazu wurde ausgeführt, es sei „dem Beklagten, auch unter dem Gesichtspunkt der jetzt durch § 138 Abs. 1 ZPO vorgeschriebenen Mitwirkung zur richtigen Rechtsfindung durch vollständige und wahrheitsgemäße Erklärung über tatsächliche Umstände, die Beibringung der wesentlichen Unterlagen zur Rechtfertigung [...³⁶⁸] anzusinnen und [...] das Gericht [hat] das Recht, nach der Lebenserfahrung ihm [dem Beklagten] ungünstige Schlüsse auf das Fehlen des erforderlichen Sachverhalts zu ziehen, wenn er nicht das ihm mögliche tut, um die Sache aufzuklären“³⁶⁹. In der Sache dem Reichsgericht folgend hat sich der BGH bereits in seiner ersten Entscheidung zu dieser Problematik entgegen dem Reichsgericht auf das Gebot von Treu und Glauben (§ 242 BGB) und der daraus entspringenden allgemeinen

³⁶⁴ Siehe Fn. 363; Der Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242 BGB) beherrscht das gesamte Zivilrecht und ist daher auch im Wettbewerbsrecht zu beachten, vgl. Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, ZPO Einl. III Rn. 54; BVerfGE 101, 404 (Anspruch auf faire VerFAhrensführung).

³⁶⁵ Baumbach/Hefermehl § 3 Rn. 120; Köhler/Piper § 3 Rn. 527 ff.; Gloy/Helm § 49 Rn. 100 ff.; vGamm § 36 Rn. 59 ff.; Zöller/Greger ZPO 18. Aufl. Vor. § 284 Rn. 34; Melullis, Rn. 684; Auch außerhalb des Wettbewerbsrechts hat sich die „Darlegungs- und Beweispflicht“ des Beklagten zu einem allgemein anerkannten Gebilde entwickelt, vgl. Thomas/Putzo vor. § 284 Rn. 37.

³⁶⁶ Abgedruckt in GRUR Int. 84, 688 ff.; s. auch die aktuelle Fassung der RL 97/55/EG vom 6.10.1997 über irreführende und vergleichende Werbung (abgedruckt in GRUR Int. 97, 985), in der Art. 6 lit. a) der RL 84/450/EGW unverändert übernommen wurde.

³⁶⁷ RGZ 166, 240 (242) – Fotokopist; in der Entscheidung heißt es, die Pflicht ergebe sich „auch“ aus § 138 Abs.1 ZPO, wobei nicht weiter ausgeführt wird, aus welchen weiteren Gründen das Reichsgericht eine solche Pflicht herleiten will; ebenso vGamm § 36 Rn. 60.

³⁶⁸ Im Original heißt es an dieser Stelle „... seiner Firmenwahl ...“.

³⁶⁹ RGZ 166, 240 (242); Auf welche Rechtsgrundlage sich das Reichsgericht hinsichtlich der angegebenen Möglichkeit der Gerichte beim Unterlassen durch den Beklagten stützt, hat dies nicht weiter ausgeführt.

Pflicht einer redlichen Prozessführung gestützt³⁷⁰. Ein wirklicher Streit über die richtige Rechtsgrundlage hat sich jedoch nie entwickelt³⁷¹.

Um der grundsätzlichen Beweislastverteilung wenigstens im Gedanken Rechnung zu tragen, muss zunächst der Kläger seiner Darlegungslast im Rahmen seiner Möglichkeiten nachkommen, bevor der Beklagte verpflichtet wird, über wesentliche Tatsachen Darlegungen zu machen und gegebenenfalls Beweis anzubieten³⁷². Prinzipiell halten sich das Geheimhaltungsinteresse des Beklagten und das Informations- bzw. Aufklärungsinteresse des Klägers die Waage. Die Beweisnot der einen Partei geht die andere in der Regel nichts an. Doch gewinnt das Informationsinteresse in den hier beschriebenen Fällen an Übergewicht, wenn der Kläger Tatsachen oder Anhaltspunkte vorbringt, die die Richtigkeit seiner Klagebehauptung zu einem wesentlichen Grad wahrscheinlich macht³⁷³. Das bedeutet, dieser muss die Umstände und Anhaltspunkte darlegen, die gegen die Richtigkeit der als irreführend beanstandeten Angabe sprechen³⁷⁴. Allerdings dürfen an die Substantiierungslast des Klägers keine überzogenen Anforderungen gestellt werden, denn es handelt sich ja gerade um Tatsachen und Umstände, zu denen der Kläger keinen ausreichenden Zugang hat; hingegen reicht die Darlegung bloßer Verdachtsmomente noch nicht aus³⁷⁵. Damit soll verhindert werden, dass durch bloßes Aufstellen von Behauptungen „ins Blaue hinein“ der Beklagte zur Preisgabe entweder dem Kläger für die Begründung seiner Klage fehlender oder auch für den wirtschaftlichen Wettbewerb relevanter Informationen gezwungen wird und es so zu einem unzulässigen

³⁷⁰ Vgl. stRspr: grundlegend BGH 61, 356 (359) – Pressedienst; BGH GRUR 63, 270 – Bärenfang; BGH GRUR 75, 78 (79) – Preisgegenüberstellung; BGH GRUR 78, 249 (250) – Kreditvermittlung; zuletzt BGH GRUR 97, 758 (760) – Selbsternannter Sachverständiger; vgl. auch *Harmsen* GRUR 69, 251 (252).

³⁷¹ Vgl. dazu *Hefermehl* (GRUR 63, 274 (275); *Melullis*, Rn. 684), der sich zwischen § 138 Abs. 1 ZPO und § 242 BGB (Treu und Glauben (§ 242 BGB)) als Rechtsgrundlage nicht zu entscheiden mochte und beide Varianten als mögliche Rechtsgrundlage anführte – in der aktuellen Kommentierung des UWG stellen *Baumach/Hefermehl* aber ausschließlich auf den Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242 BGB) ab (*Baumach/Hefermehl* § 3 Rn. 120). *Zöller/Greger* (Vor. § 284 Rn. 34) sieht sogar § 138 Abs.2 ZPO als Rechtsgrundlage der prozessualen Erklärungspflicht des Beklagten in diesen Fällen.

³⁷² BGH GRUR 63, 270 (271) – Bärenfang; BGH 78, 54 (55) – Preisauskunft; BGH GRUR 97, 229 (230) – Beratungskompetenz; *Zöller/Greger* § 138 Rn. 8; *vGamm* Kap. 36 Rn. 60; *Köhler/Piper* § 3 Rn. 531.

³⁷³ Vgl. zu diesem Gedanken Lüderitz, S. 27 ff..

³⁷⁴ *Zöller/Greger* § 138 Rn. 8.

³⁷⁵ BGH GRUR 97, 229 (230) – Beratungskompetenz; *Zöller/Greger* § 138 Rn. 8; *Köhler/Piper* § 3 Rn. 531; *vGamm* Kap. 36 Rn. 60.

Ausforschen kommt³⁷⁶. Es ist also erforderlich, dass der Vortrag des Klägers die für die Begründung der Geeignetheit einer Irreführung wesentlichen Umstände schlüssig darlegt und nach seinen Möglichkeiten substantiiert und beweist. Erst an dieser Stelle und nur für die „offenen“ Umstände und Tatsachen tritt die „Darlegungs- und Beweispflicht“ des Beklagten quasi zur Sachverhaltskonkretisierung und –ergänzung ein.

1. Inhalt und Umfang der „Darlegungs- und Beweispflicht“

Etwas problematisch scheint es aber, den genauen Inhalt und Umfang der „Darlegungs- und Beweispflicht“ des Beklagten zu bestimmen, da es sich um eine Frage des Einzelfalls handelt, deren Inhalt und damit auch deren Begrenzung sich aus dem Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242 BGB) ergibt³⁷⁷. Abstrakt ließe sich die Pflicht des Beklagten damit beschreiben, dass je nach Lage der Sache der Beklagte Tatsachen substantiiert darzulegen und zu beweisen hat, soweit dies vom Kläger „billigerweise nicht erwartet werden kann“³⁷⁸. Das Gericht wird also je nach Sachlage zu entscheiden haben, zu welchen, vom Kläger vorgebrachten Tatsachen der Beklagte Informationen beizubringen hat. Dieser ist sodann an seine Pflicht aus § 138 Abs. 1 ZPO zur umfassenden und wahrheitsgemäßen Erklärung vor Gericht gebunden, d.h. er ist verpflichtet, nicht nur die nötigsten, sondern auch weitere für die Ermittlung und Würdigung des „offenen“ Sachverhalts erforderlichen Informationen beizubringen.

Begrenzt wird die „Darlegungs- und Beweispflicht“ zum einen durch den Grundsatz, Ausnahmeregelungen restriktiv zu handhaben. Der Kläger wird hier vom prozessrechtlichen Grundsatz, den begehrten Anspruch schlüssig und substantiiert darzulegen und erforderlichenfalls zu beweisen, in erheblichem Umfang befreit. Es handelt sich also um eine Ausnahme von der Regel. In restriktiver Anwendung besteht die „Darlegungs- und Beweispflicht“ des Beklagten daher ausschließlich hinsichtlich derjenigen Tatsachen, deren Darlegung und Beweis vom Kläger billigerweise nicht erwartet werden kann, deren Beibringung aber vom Beklagten erwartet und ihm zugemutet werden kann. Hinsichtlich darüber hinausgehender, den Anspruch begründender Tatsachen gelten weiter-

³⁷⁶ vGamm Kap. 36 Rn. 60; Zöller/Greger § 138 Rn. 8, der auch die Gefahr einer Umkehr der Beweislast anführt.

³⁷⁷ Teplitzky § 47 Rn. 32.

³⁷⁸ BGH GRUR 63, 270 (271) – Bärenfang; Das wird jedenfalls dann der Fall sein, wenn es ihm objektiv nicht möglich ist.

hin die allgemeinen Prozessregeln. In diesem Punkt hat zuletzt das „Kreditvermittlungs-Urteil“ des BGH eine wesentliche Erweiterung gebracht. War der Beklagte bis dahin nur bezüglich solcher Informationen beibringungspflichtig, die aus seiner eigenen Sphäre stammten, hat der BGH die Pflicht des Beklagten insofern erweitert, als dieser nun allgemein solche Informationen beizubringen hat, die außerhalb des Einflussbereichs des Klägers stehen, die aber Gegenstand bzw. Grundlage der streitigen Werbeangabe sind³⁷⁹. Wenn der Beklagte derartige (vermeintlich wahre) Tatsachen in seine Werbung einbezieht, sei er auch für deren Richtigkeit darlegungsverpflichtet³⁸⁰. Ein korrekter Wettbewerber müsse sich vor Aufstellung einer Werbebehauptung über die Richtigkeit seiner Werbeangaben vergewissern, womit ihm die Darlegung der Richtigkeit grundsätzlich möglich sein sollte³⁸¹. Ist er dieser Redlichkeitspflicht nicht oder nicht ausreichend nachgekommen und gerät er dadurch in Darlegungs- und Beweisnot, so ist es durchaus gerechtfertigt, wenn das zu Lasten des Beklagten geht³⁸².

Folgt man dieser Argumentation, dass ein gewissenhafter Wettbewerber den Wahrheitsgehalt seiner Werbeangaben zunächst prüfen wird, stellt sich die Frage, ob sich der Beklagte überhaupt auf ein Nichtwissen berufen kann. Nach der Rechtsprechung des BGH soll das grundsätzlich möglich sein³⁸³. Wenn es sich aber bei der „Darlegungs- und Beweispflicht“ des Beklagten um eine reine Wissenserklärung handeln würde, wäre diese durch das Nichtwissen des Beklagten begrenzt. Dem wird man entgegenhalten müssen, dass auch Inhalt und Umfang der „Darlegungs- und Beweispflicht“ nach dem Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242 BGB) bestimmt werden³⁸⁴. Die Prüfungs-„Pflicht“ des Werbenden ist zwar keine gesetzliche, aber eine moralisch-sittliche Pflicht. Ihre Missachtung hat keine unmittelbaren rechtlichen Folgen. Andererseits widerspricht es dem Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242 BGB), wenn ein Wettbewerber mit Behauptungen wirbt, die jeglicher Grundlage entbehren und sich später auf sein Nichtwissen beruft. Das Gericht wird also je nach Sachlage zu entscheiden haben, in welchem Umfang der Werbende vorabprüfungspflichtig war und welche Aufklärung entsprechender

³⁷⁹ BGH GRUR 78, 249 (250) – Kreditvermittlung.

³⁸⁰ BGH GRUR 78, 249 (250) – Kreditvermittlung; vgl. auch BGH GRUR 85, 140 (142) – Größtes Teppichhaus der Welt.

³⁸¹ *Droste* GRUR 78, 251; *Melullis*, Rn. 686.

³⁸² BGH GRUR 78, 249 (250) – Kreditvermittlung; *Gloy/Helm* § 49 Rn. 104; *Droste* GRUR 78, 251 ausführlich zu den Folgen bei Nichterfüllung der „Darlegungs- und Beweispflicht“ vgl. Kap. 2, B., II., 3..

³⁸³ Vgl. BGH WRP 92, 237 (240) – Amtsanzeiger.

³⁸⁴ *Teplitzky* § 47 Rn. 32.

Weise im Prozess von ihm verlangt werden kann; dabei werden die Anforderungen umso höher sein, desto komplexer oder schwerer übersehbar die Werbebehauptung ist³⁸⁵.

Des Weiteren wird die „Darlegungs- und Beweispflicht“ des Beklagten durch das Merkmal der „Zumutbarkeit“ beschränkt. Grundsätzlich kann es dem Beklagten nicht zugemutet werden, solche Informationen offen zu legen, die für den Wettbewerb von wesentlicher Bedeutung sind und deren Offenlegung grundsätzlich geeignet ist, die Erfolgsaussichten des Unternehmens im Wettbewerb nachhaltig zu beeinträchtigen. Dem Wettbewerber ist hier ein berechtigtes Interesse daran zuzugestehen, dass seine Konkurrenten keine Kenntnis von solchen Betriebsinterna erlangen³⁸⁶. Allerdings wird an dieser Stelle zurecht der Einwand erhoben, dass sofern Informationen – auch wenn es sich um Betriebsgeheimnisse handelt – Grundlage einer Werbebehauptung des Beklagten geworden sind, gerade dieser den ersten Schritt zur Veröffentlichung solcher Informationen getan hat und es widersprüchlich erscheint, wenn er sich dann im Prozess auf die Unzumutbarkeit der Darlegung beruft³⁸⁷. Der Einwand ist durchaus berechtigt. Er kann aber nur bezüglich solcher Interna gelten, die tatsächlich für den Nachweis der Irreführung von Bedeutung und Gegenstand bzw. Grundlage der Werbebehauptung geworden sind. Hingegen darf es keiner Eintrittskarte für einen Blick hinter die Kulissen des Konkurrenten gleichkommen. Was dem Beklagten zumutbar ist, bleibt also eine Frage des Einzelfalls und ist vom Gericht nach billigem Ermessen zu entscheiden.

Nicht ganz verständlich wird, was eigentlich unter „beibringen“³⁸⁸ zu verstehen ist, d.h. in welchem Umfang der Beklagte darlegungs- und beweispflichtig ist. Konkret gefragt: Reicht es für die Erfüllung seiner „Darlegungs- und Beweispflicht“ aus, wenn der Beklagte mit seinem Vorbringen den Vorwurf des irreführenden Werbens bloß erschüttert, oder muss seine Beweisführung auch über den letzten Zweifel diesbezüglich erhaben sein? Hierzu finden sich weder in der Rechtsprechung noch in der Literatur nähere Ausführungen. Es scheint aber durchaus von Interesse zu sein, was genau der Beklagte

³⁸⁵ Dazu *Melullis* Rn. 685; Ist die Werbebehauptung hingegen unsachlich und / oder deutlich erkennbar übertrieben, wird der Werbende den Wahrheitsgehalt wohl kaum nachweisen müssen.

³⁸⁶ BGH WRP 92, 237 (240) – Amtsanzeiger.

³⁸⁷ Vgl. *Fritz* GRUR 75, 61 (62); *Gloy/Helm* § 49 Rn. 103; *Kur* GRUR 82, 663 (666); *Melullis* Rn. 686.

beizubringen hat bzw. wie er dies zu tun hat. Die Rechtsprechung spricht vereinzelt davon, es sei die Pflicht des Beklagten, „gewisse Informationen zur Beweisführung zu bieten“³⁸⁹, und an anderer Stelle, dass der Beklagte das Behauptete „darlegen und erforderlichenfalls beweisen“³⁹⁰ muss. In jedem Fall wird der Beklagte aufgefordert sein, durch eigene Erklärungen zu den aufgeworfenen Umständen und einzelnen Tatsachen Stellung zu nehmen und gegebenenfalls nähere und weitere Ausführungen machen müssen, sofern das für die Sachverhaltsermittlung erforderlich ist³⁹¹. Diese rein mündlichen Darlegungen müssen das vom Kläger Vorgetragene bestreiten, d.h. gegen eine Irreführung der Werbeangabe sprechen und geeignet sein, die Wahrheit der Werbebehauptung darzutun³⁹².

Damit ist aber bisher nur die *Darlegungspflicht* erläutert. Fraglich ist allerdings, was die *Beweispflicht* des Beklagten umfasst. Bei der Beantwortung dieser Frage ist zu beachten, dass wenn man einen strengen Maßstab anlegt und vom Beklagten verlangt, dass er zur Erfüllung seiner „Darlegungs- und Beweispflicht“ einen derartigen Beweis anbietet, der jegliche Zweifel hinsichtlich der Richtigkeit seines Tatsachenvortrags ausgeräumt, dieses einer Umkehr der Beweislast faktisch gleich oder zumindest äußerst nahe kommen würde³⁹³. Denn das Gericht muss feststellen, ob der Beklagte seine Erklärungspflicht erfüllt hat oder nicht, um dann entsprechend bezüglich des Wahrheitsgehalts des Tatsachenvortrags zu entscheiden. Ist hier zur Erfüllung der Beweispflicht nicht bloß ein Tätigwerden, sondern ein Erfolg geschuldet, wird das Gericht nur dann zu Gunsten des Beklagten entscheiden, wenn dieser den Gegenbeweis tatsächlich erbringt. Ob er

³⁸⁸ Verwendet in dem Zusammenhang, dass der Beklagte im Gegensatz zum Kläger die erforderliche Aufklärung „beibringen“ könne, vgl. BGH GRUR 61, 356 (359) – Pressedienst; BGH GRUR 75, 78 (79) – Preisgegenüberstellung; *Baumbach/Hefermehl* § 3 Rn. 120; *Melullis*, Rn. 686.

³⁸⁹ BGH GRUR 95, 693 (697) – Indizienkette.

³⁹⁰ BGH GRUR 85, 140 (142) – Größtes Teppichhaus der Welt.

³⁹¹ Das folgt allein schon aus § 138 Abs. 2 ZPO.

³⁹² BGH GRUR 63, 270 (271) – Bärenfang.

³⁹³ Das ist besonders dann der Fall, wenn man als Konsequenz der Nichterfüllung der „Darlegungs- und Beweispflicht“ über § 138 Abs. 3 ZPO zu einem Zugeständnis kommt und dem Gericht somit keinen Spielraum bei der Würdigung des zum streitigen Sachverhalts Vorgetragenen lässt. Zweifel nach der Beweisaufnahme müssen aber zu Lasten des Beweisbelasteten gehen. Das ist hier grundsätzlich der Kläger (s.o.). Müsste der Beklagte nun vollständigen Beweis für die Wahrheit seiner Werbebehauptung erbringen, um seine Beweispflicht zu erfüllen und die Folgen des § 138 Abs. 3, 288 Abs.1 ZPO zu verhindern, würde ihm dies faktisch das Risiko eines Beweismangels auferlegen. Eingehend zu den Folgen bei Nichterfüllung vgl. Kap. 2, B., II., 3..

sich bemüht und alles in seiner Macht stehende tut, wäre dabei unerheblich. Das aber widerspricht der grundsätzlichen Verteilung der Beweislast i.R.d. § 3 UWG, denn es würde dem Beklagten de facto das Beweisrisiko auferlegen, und verletzt ihn in seinem Recht auf effektiven Rechtsschutz (Unschuldsvermutung), da er als nichtbeweisbelastete Partei unverhältnismäßig belastet würde, indem er gegen einen nicht substantiierten Klagevortrag ohne Beweisangebot einen umfassenden Entlastungsbeweis führen müsste. Folglich wird es zur Erfüllung der Beweispflicht des Beklagten ausreichen, wenn durch sein Beweisangebot der Vortrag des Klägers zumindest „erschüttert“ wird, d.h. erhebliche Zweifel an dessen Richtigkeit entstehen und andererseits das vom Beklagten Vorgetragene mit aller Wahrscheinlichkeit richtig ist, was eben nicht bedeutet, dass das Gericht von der Richtigkeit des Beklagtenvortrags überzeugt sein muss³⁹⁴. Auch hier handelt es sich letztlich um eine Frage des Einzelfalls, deren Beantwortung dem pflichtgemäßen Ermessen des Gerichts zu überlassen ist. Wesentlich ist, dass der Beklagte alles in seiner Macht stehende tut, um den Sachverhalt aufzuklären und entsprechenden Beweis anzubieten. Dabei ist der Anspruch nicht auf präsentenes Wissen beschränkt, sondern kann auch das Ausschöpfen aller möglichen zur Verfügung stehenden Erkenntnisquellen umfassen. Zumutbarkeit heißt also nicht Greifbarkeit. Wie hoch die Anforderungen sind, die an den Beklagten im jeweiligen Einzelfall gestellt werden, hat das Gericht nach billigem Ermessen zu entscheiden. Zu berücksichtigen kann hier die Art und Schwere der streitigen Verletzung sein.

In seinem Urteil „Preisgegenüberstellung“³⁹⁵ hat der BGH für die Klage auf Unterlassen eines Eigenpreisvergleichs entschieden, dass der Werbende (Beklagte) hinsichtlich der Tatsache, dass er den Alt-Preis vor der Preissenkung ernsthaft für eine angemessene Dauer gefordert hat, darlegungs- und beweispflichtig ist. Es sei dem Kläger allenfalls unter unzumutbarem Aufwand möglich, für einen substantiierten Vortrag geeignete Informationen über die der Preissenkung vorausgegangene Preisgestaltung des Werbenden zu erlangen, wohingegen dem Werbenden selbst eine Darstellung seiner zurückliegenden Preisgestaltung keine Probleme bereiten sollte³⁹⁶. Den Einwand der Revision, der Kläger hätte durch die öffentliche Auszeichnung der Preise des Beklagten die Möglichkeit gehabt, von diesen Kenntnis zu nehmen und sich die Informationen über Dauer

³⁹⁴ Dahingehend *Melullis* Rn. 682 („ernsthaft in Frage stellt“).

³⁹⁵ BGH GRUR 75, 78 ff. – Preisgegenüberstellung.

³⁹⁶ BGH GRUR 75, 78 (79) – Preisgegenüberstellung.

und Gestaltung des alten Preises einer Eigenpreisvergleichs-Werbung selbst zu beschaffen, wies der BGH mit dem Argument zurück, „es kann aus naheliegenden Gründen nicht erwartet werden, dass die Kl. [...] die früheren Preise der Bekl. [...] beobachte, bevor sie dafür einen konkreten Anlass hatte. Diesen Anlass bot im Streitfall erst die umstrittene Werbung, nach deren Erscheinen ein Außenstehender eben nicht mehr aus dem öffentlichen Angebot feststellen konnte, ob und zu welchem Preis und wie lange eine bestimmte [...] Ware] früher angeboten wurde.“³⁹⁷ Der Beklagte (Werbende) wurde verpflichtet, seine bisherige Preispolitik bezüglich der in Frage stehenden Ware(n) darzulegen und gegebenenfalls beweislich zu belegen, was insbesondere Angaben über die Höhe und Dauer des angegebenen Alt-Preises umfasst³⁹⁸.

2. Allgemeine Aufklärungspflicht der Parteien des Zivilprozesses?

Die „Darlegungs- und Beweispflicht“ ist in dem hier aufgezeichneten Rahmen gewohnheitsrechtlich anerkannt. Hingegen wird eine allgemeine Aufklärungspflicht der nicht darlegungs- und beweisbelasteten Partei nach nahezu allgemeiner Ansicht abgelehnt³⁹⁹. Auf eine umfassende Darlegung der kontrovers geführten Diskussion über eine allgemeine prozessuale, also auch vorprozessuale Auskunfts- bzw. Informationspflicht soll im Rahmen dieser Untersuchung verzichtet werden. Sie hat sich weder in der Literatur noch in der Rechtsprechung durchsetzen können. Im Sinne der Vollständigkeit und um den Zusammenhang mit der behandelten Thematik klarzustellen, sei an dieser Stelle dennoch auf diese, die Grundlagen des Zivilprozesses berührende Problematik in ihren wesentlichen Zügen eingegangen.

³⁹⁷ BGH GRUR 75, 78 (79) – Preisgegenüberstellung; dazu auch *Nippe* WRP 03, 568 (570); Öffentlich bekannt gemacht werden nur die aktuellen Preise. Hingegen gehören die Preispolitik bzw. die (zurückliegende und zukünftige) Praxis der Preisgestaltung grundsätzlich zu den Betriebsinterna, über die Außenstehenden keinerlei Auskunft erteilt wird.

³⁹⁸ BGH GRUR 75, 78 (79) – Preisgegenüberstellung.

³⁹⁹ RGZ 102, 235 (236); BGH NWJ 57, 669; BGH NJW 78, 1002; BGH WRP 92, 237 (240) – Amtsanzeiger; BGHZ 100, 190 (196); BGH NJW 90, 3151; *Gottwald* ZZP 92 (1979) 366 (368); *Brehm*, S. 267; *Prütting*, S. 137 ff.; *Stein/Jonas/Leipold*, § 138 Rn. 22; *Rosenberg/Schwab/Gottwald* § 117 VI 2; *Lorenz* JuS 95, 569 (572); *vGamm* § 1 Rn. 309; *vGamm* Kap. 18 Rn. 53; zum (akzessorischen) Auskunftsanspruch als Hilfs- bzw. Nebenanspruch vgl. Kap. 2, B., V., 1..

Zuletzt meinungsführend hat *Stürner*⁴⁰⁰ versucht, eine allgemeine prozessrechtliche Aufklärungspflicht zu begründen⁴⁰¹. Er weist darauf hin, dass es dem Gefühl eines rechten Ausgleichs nicht entspreche, „wenn die Wahrheit und damit die materielle Gerechtigkeit an einem bloßen Recht auf Passivität scheitern soll, das sich nicht auf überwiegende gegenläufige Interessen stützt“⁴⁰². Es überwiege das Recht der klagenden Partei auf Wahrheit und Gerechtigkeit, zu dem ein entsprechendes Interesse der Allgemeinheit trete. Auch im Zivilprozess gelte daher der rechtsstaatliche Grundsatz einer umfassenden Wahrheitsfindung⁴⁰³. Um diese zu ermöglichen sei dort, wo die Verhandlungsmaxime eine hinreichende Sachverhaltsaufklärung durch die Parteien nicht gewährleiste, die richterliche Inquisition zur Lückenschließung nicht nur gerechtfertigt, sondern vielmehr zwingend erforderlich⁴⁰⁴. Die parteiautonome Prozessführung dürfe nicht zu einem „Institut zur Erschwerung oder gar Verhinderung der Wahrheitsfindung werden“⁴⁰⁵, wollte man sie erhalten⁴⁰⁶.

Im Wesentlichen wird dagegen eingewandt, eine allgemein Aufklärungspflicht widerspreche der im Zivilprozess vorherrschenden Verhandlungsmaxime⁴⁰⁷. Diese lässt sich auf das im gesamten Zivilrecht vorherrschende und verfassungsrechtlich geschützte

⁴⁰⁰ Vgl. *Stürner* „Die Aufklärungspflicht der Parteien des Zivilprozesses“ (1976); *Stürner* ZZZ 98 (1985), 237 ff.; Ebenfalls eine allgemeine Aufklärungspflicht unterstützend: Weyers, FS *Esser*, 193 (216); Lüderitz „Ausforschungsverbot und Auskunftsanspruch bei Verfolgung privater Rechte“; vgl. auch Henckel ZZZ 92 (1979), 100 (104 ff.).

⁴⁰¹ *Stürner* leitet die allgemeine prozessuale und vorprozessuale Aufklärungspflicht aus einer Analogie zu §§ 138 Abs. 1 und 2, 423, 445 ff., 372 a., 654 ff. ZPO her (*Stürner*, S. 92 ff.; *Stürner* ZZZ 98 (1985), 237 (239 ff.)).

⁴⁰² *Stürner*, ZZZ 98 (1985), 237 (246).

⁴⁰³ *Stürner*, ZZZ 98 (1985), 237 (248 f.) – *Stürner* sieht sich durch das BVerfG bestätigt wenn er zitiert: „Aus dem Rechtsstaatsprinzip des Grundgesetzes ist auch für bürgerlichrechtliche Streitigkeiten im materiellen Sinne die Gewährung eines wirkungsvollen Rechtsschutzes abzuleiten. Dieser muss grundsätzlich umfassend tatsächliche und rechtliche Prüfung des Streitgegenstandes [...] ermöglichen.“ (BVerfGE 54, 277 (291)).

⁴⁰⁴ *Stürner*, ZZZ 98 (1985), 237 (255).

⁴⁰⁵ *Stürner*, ZZZ 98 (1985), 237 (256).

⁴⁰⁶ Allerdings sind auch die Vertreter einer „allgemeinen“ Aufklärungspflicht der Ansicht, dass die nicht beweisbelastete Partei nicht ohne weiteres zur Aufklärung verpflichtet ist, wohl aber bereits dann, wenn die Gegenpartei Anhaltspunkte für die Richtigkeit ihrer Behauptung vorbringen kann, wobei der Vortrag nicht dem Substantiierungserfordernis entsprechen muss, vgl. Lüderitz, S. 27 f.; *Stürner*, ZZZ 98 (1985) 237 (251).

⁴⁰⁷ *Arens* ZZZ 96 (1983) 1; *Lüke* JuS 86, 2 (3).

Recht der Parteien auf Privatautonomie zurückführen⁴⁰⁸, dem eine, von den Vertretern einer allgemeinen Aufklärungs- und Informationspflicht angestrebte Hinwendung zum Untersuchungsgrundsatz nicht gerecht werden könnte. Die prozessrechtlichen Regelungen zur Beweislast seien Ausdruck des Respekts vor der gegnerischen Freiheitssphäre⁴⁰⁹. Eine Stärkung der richterlichen Stellung geht eindeutig zu Lasten der prozessualen Rechte der Parteien. Ausgehend von der in zivilrechtlichen Angelegenheiten grundlegenden Vorstellung eines kontradiktorischen Streitverfahrens ginge es nicht um Rechtsschutz schlechthin, sondern um die Gewährleistung eines für alle Parteien fairen Verfahrens und damit einen Rechtsschutz, der gerade auch in den Händen der Parteien liege⁴¹⁰. Nur darauf richte sich der von Stürner angeführte rechtstaatliche Justizgewährungsanspruch⁴¹¹. Dabei lässt sich nicht leugnen, dass die Wahrheitspflicht in einem Spannungsverhältnis zur Prozessführung der Parteien, insbesondere zur Verhandlungsmaxime steht⁴¹². Das Ziel der Wahrheit dürfe aber insofern nicht verabsolutiert werden, auch wenn dadurch möglicherweise bessere, d.h. objektiv gerechte Resultate erzielt werden könnten⁴¹³. Eine prozessuale, als auch vorprozessuale allgemeine Auskunftspflicht desjenigen, der Kenntnis von Tatsachen hat oder haben könnte, die für jemand anderen von Bedeutung sind, ist damit abzulehnen⁴¹⁴.

3. Rechtsfolgen bei Nicht- oder Schlechterfüllung der „Darlegungs- und Beweispflicht“

Hinsichtlich der Folge bei nicht hinreichender Erfüllung der „Darlegungs- und Beweispflicht“ des Beklagten herrscht teilweise Uneinigkeit, ohne dass hierüber eine eingehende Auseinandersetzung geführt wurde bzw. wird⁴¹⁵. Einerseits wird hier der Weg über § 138 Abs. 3 ZPO beschritten: Was vom darlegungspflichtigen Beklagten nicht

⁴⁰⁸ *Arens ZJP* 96 (1983) 1 (21); *Palandt* Überbl. vor. § 104 Rn. 1; BVerfGE 72, 155 (170).

⁴⁰⁹ Dies einräumend *Stürner*, S. 380; *Arens ZJP* 96 (1983) 1 (18).

⁴¹⁰ *Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann* Grdz. § 128 Rn. 21.

⁴¹¹ *Arens ZJP* 96 (1983) 1 (11 f.); zu diesem Gedanken s. auch *Brehm*, S. 27.

⁴¹² Dabei wird nicht bestritten, dass die Verhandlungsmaxime nicht mehr uneingeschränkt gilt (vgl. bspw. richterliche Aufklärungspflicht, § 139 ZPO; Beweiserhebung von Amts wegen § 142, 143, 144, 273 Abs. 2, 448 ZPO).

⁴¹³ *Arens ZJP* 96 (1983) 1 (12); *Gaul AcP* 168, 50.

⁴¹⁴ Zum (akzessorischen) Auskunftsanspruch als Hilfs- bzw. Nebenanspruch s. Kap. 2, B., V., 1..

⁴¹⁵ Vgl. dazu BGH GRUR 78, 249 (250) – Kreditvermittlung; *vGamm* § 36 Rn. 60; *Gloy/Helm* § 49 Rn. 102; *Köhler/Piper* § 3 Rn. 531; *Melullis*, Rn. 688.

(substantiiert) bestritten wird, gilt als zugestanden⁴¹⁶. Andererseits wird vorgetragen, das Gericht könne im Falle der Nichterfüllung der „Darlegungs- und Beweispflicht“ durch den Beklagten aufgrund seiner Lebenserfahrung und Menschenkunde nach den Grundsätzen freier Verhandlungswürdigung (§ 286 ZPO) entscheiden, ob es das von den Parteien Vorgetragene für wahr oder unwahr hält^{417 418}.

Es muss schon verwundern, dass in diesem Punkt keine einheitliche Linie gesucht wird, haben die beiden Ansätze doch unterschiedliche Auswirkungen. Wendet man den § 138 Abs. 3 ZPO (entsprechend) an, gilt das vom Kläger Vorgebrachte als vom darlegungspflichtigen (bzw. widerlegungspflichtigen) Beklagten als zugestanden, hat damit die Wirkung eines Geständnisses nach § 288 Abs.1 ZPO und muss entsprechend vom Gericht gewürdigt werden, selbst wenn es von dem Wahrheitsgehalt, aufgrund der Würdigung aller Umstände, nicht überzeugt wäre. Gelangt man hingegen über § 286 ZPO zu einer freien Verhandlungswürdigung, ist das Gericht trotz der Nichterfüllung der „Darlegungs- und Beweispflicht“ des Beklagten gehalten, den Tatsachenvortrag nach seinem aufgrund einer Gesamtschau aller Umstände gewonnenen Gesamteindruck zu beurteilen⁴¹⁹. In letzterer Variante hat das Gericht also einen erkennbaren Spielraum bei der Beurteilung des gesamten Tatsachenvortrags der Parteien, der ihm i.F.d. § 138 Abs. 3 ZPO grundsätzlich nicht zukommt, da ein Geständnis (§ 288 ZPO) das Gericht bis zur Offenkundigkeit des Gegenteils an das Gestandene bindet⁴²⁰. Dies scheint aber doch ein wesentlicher Unterschied zu sein, der durchaus fallentscheidend sein kann. Denn nur in der Variante der freien Verhandlungswürdigung ist es dem Gericht möglich, trotz verbleibender Unsicherheit in der Sachverhalts- oder Tatsachenermittlung hinsichtlich der streitigen Tatsache letztlich doch zu Gunsten des Beklagten zu entscheiden.

⁴¹⁶ BGH GRUR 61, 356 (359) – Pressedienst; BGH GRUR 78, 249 (250); Zöller/Greger Vor. § 284 Rn. 34 c.; s. *Baumbach/Hefermehl* § 3 Rn. 120, die auf eine entsprechende (!) Anwendung des § 138 III ZPO verweisen.

⁴¹⁷ BGH GRUR 78, 249 (250) –Kreditvermittlung; BGH GRUR 70, 461 (463) – Euro-Spirituosen; *Hefermehl* GRUR 63, 274 (275).

⁴¹⁸ In der kritischen Würdigung des „Pressedienst-Urteils“ (GRUR 61, 356 ff.) spricht Moser v. Filseck GRUR 61, 360 von einem Beweis des ersten Anscheins zu Gunsten des Klägers. Damit würde es bereits ausreichen, wenn der Beklagte den Beweis dafür erbringt, dass ein atypischer Geschehensverlauf prinzipiell möglich ist. Nicht erforderlich wäre aber eine substantiierte Darlegung der tatsächlichen Umstände. Diese Ansicht wurde jedoch nicht weiter verfolgt bzw. vertreten und sei daher nur am Rande erwähnt.

⁴¹⁹ *Thomas/Putzo* § 286 Rn. 6; *Baumbach/Lauterbach/Hartmann* § 286 Rn. 14, 22.

⁴²⁰ *Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann* ZPO § 286 Rn. 28.

Zunächst ist festzustellen, dass sich die beiden Varianten dogmatisch gegenseitig ausschließen: Gilt das vom Kläger Vorgebrachte und vom Beklagten nicht entsprechend Bestrittene und/oder Widerlegte als nach § 138 Abs. 3 ZPO zugestanden, dann ist das Gericht an das „Zugestandene“ gebunden, womit eine abweichende Würdigung der streitigen Tatsache über § 286 ZPO grundsätzlich nicht mehr möglich ist⁴²¹. Folglich ist der BGH und ihm nachfolgend ein Teil der Literatur an dieser Stelle dogmatisch ungenau, wenn sie bei der Nichterfüllung der „Darlegungs- und Beweispflicht“ sowohl die Rechtsfolge des § 138 Abs. 3 ZPO, als auch (alternativ) die Würdigung im Rahmen der freien Verhandlungswürdigung (§ 286 ZPO) anführen⁴²². Sicherlich, es ist nichts Neues, wenn der BGH bestrebt ist, sich eine sichere Hintertür offen zu halten, um in besonders gelagerten Fällen abweichend entscheiden zu können. So und nicht anders wird man die vom BGH angeführte Möglichkeit der Sachverhaltsbeurteilung im Wege einer freien Verhandlungswürdigung betrachten müssen. Auf diese Weise hält sich der BGH die Möglichkeit offen, trotz ungenügendem Vorbringen des Beklagten dennoch den Sachverhalt zu dessen Gunsten auszulegen. Eine solche Möglichkeit zur „Notbremse“ ist sicher nachvollziehbar und interessengerecht. Dennoch sollte hierfür eine gesetzeskonforme Lösung gefunden werden.

Würde man mit dem Reichsgericht die Rechtsgrundlage der „Darlegungs- und Beweispflicht“ des Beklagten in § 138 Abs. 1 ZPO sehen, wäre es gesetzes-systematisch konsequent, bei einer Verletzung der Pflicht aus § 138 Abs. 1 ZPO die für diesen Fall gesetzlich vorgesehene und im Wertungszusammenhang stehende Folge des § 138 Abs. 3 ZPO anzuwenden. Doch sieht der BGH in seiner ständigen Rechtsprechung die Rechtsgrundlage im Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242 BGB)⁴²³. Wenn aber Inhalt und Schranken der „Darlegungs- und Beweispflicht“ aus diesem allgemeinen, die Interessen der Parteien, sowie Schutzzwecküberlegungen beachtenden Grundsatz hergeleitet werden, dann erscheint es unpassend, wollte man eine starre Regelung wie die des § 138 Abs. 3 ZPO als Rechtsfolge heranziehen. Mit Blick auf den Umstand, dass es sich bei der „Darlegungs- und Beweispflicht“ um eine Durchbrechung allgemeiner Prozess-

⁴²¹ Vgl. Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann ZPO § 286 Rn. 28 – die Bindung an das „Zugestandene“ entfällt nur dann, wenn das vom Kläger Vorgetragene offenkundig nicht richtig ist oder der Vortrag in sich unschlüssig erscheint.

⁴²² Vgl. BGH GRUR 78, 249 (250) – Kreditvermittlung; Baumbach/Hefermehl § 3 Rn. 120; vGamm Kap. 36 Rn. 60; vGamm § 1 Rn. 349; Köhler/Piper § 3 Rn. 531; Helm § 49 Rn. 102; Melullis, Rn. 688.

⁴²³ Vgl. Kap. 2, B., II. (Fn. 370).

grundsätze bei der Sachverhaltsermittlung bzw. Anspruchsbegründung handelt, deren genauer Inhalt und Schranken je nach Sachlage vom Richter zu bestimmen sind, wird hier eine Rechtsfolgen-Lösung bevorzugt, die ebenfalls die Anforderungen an Flexibilität erfüllt und nicht im Zweifelsfall zwingend zu Lasten der nicht beweisbelasteten Partei geht. Die gesetzlich festgeschriebenen Rechtsfolgen sind das Resultat einer vom Gesetzgeber vorgenommenen Abwägung und/oder Wertentscheidung und auf die Tatbestände ausgerichtet, an die sie anknüpfen. Die Ausgangssituation und Interessenlage ist bei dem vorliegenden Tatbestand der „Darlegungs- und Beweispflicht“ aber eine andere als bei § 138 Abs. 3 ZPO, weil den Erklärungsverpflichteten in der gegebenen Prozesssituation eine so weitreichende Pflicht zur Stellungnahme grundsätzlich gar nicht treffen würde. Eine direkte Übertragung der Regelung des § 138 Abs. 3 ZPO kommt damit nicht in Betracht, ohne dass seiner gesetzlichen Wertung jegliche Beachtung abgesprochen werden soll. Die Rechtsfolge für die Nichterfüllung der „Darlegungs- und Beweispflicht“ bzw. deren Rechtsgrundlage ist auch sonst dem Gesetz nicht unmittelbar zu entnehmen. Vielmehr wird hier die Ansicht vertreten, dass die Folgen einer sich aus Treu und Glauben (§ 242 BGB) ergebenden prozessualen Erklärungsspflicht ebenfalls aus diesem Grundsatz herzuleiten sind. Dabei können die den § 138 Abs. 3 ZPO und § 286 Abs. 1 ZPO zugrundeliegenden Gedanken und Wertungen bei der konkreten Ausgestaltung durchaus Berücksichtigung finden. Als Rechtsgrundlage ist aber ebenso wie bei der Begründung und Ausgestaltung der Darlegung- und Beweispflicht auf den Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242 BGB) abzustellen.

Obwohl hinsichtlich der Rechtsfolge sowohl auf § 138 Abs. 3 ZPO, als auch auf § 286 Abs. 1 ZPO Bezug genommen wird, ist man sich im Grunde über die gewünschte und zu praktizierende Rechtsfolge der „Darlegungs- und Beweispflicht“ durchaus einig. Auszugehen ist von dem Grundsatz der freien Verhandlungswürdigung. Das Gericht hat nach freier Überzeugung unter Würdigung des gesamten Vortrags beider Parteien zu entscheiden, ob es eine vom Kläger vorgebrachte tatsächliche Behauptung für wahr oder unwahr hält. Damit bleibt es prinzipiell eine Frage des Einzelfalls, zu wessen Lasten Unsicherheiten in der Sachverhaltsermittlung gehen, wenn der Beklagte Darlegungen macht und Beweis anbietet, es aber dennoch bei Unsicherheiten in der Sachverhaltsermittlung bleibt. Es wird dann beispielsweise darauf ankommen, wie umfangreich der Beklagte seiner Pflicht nachgekommen ist, gemessen an dem, was ihm möglich und

zumutbar ist bzw. was von ihm erwartet werden konnte⁴²⁴. Unternimmt der Beklagte allerdings gar nichts, um seiner Pflicht nachzukommen, so wird das bis auf Ausnahmefälle dazu zu führen haben, dass Unsicherheiten zu seinen Lasten gehen (Wertung des § 138 Abs. 3 ZPO). Allgemein kann festgestellt werden, dass Unsicherheiten in der Sachverhaltsermittlung hinsichtlich solcher Punkte, bei denen eine „Darlegungs- und Beweispflicht“ des Beklagten besteht, tendenziell zu Lasten des Darlegungs- und Beweisverpflichteten gehen, sofern dieser nicht durch sein Vorbringen begründete Zweifel an den vom Kläger behaupteten Tatsachen hervorruft.

Diese Lösung ist durchaus interessengerecht und braucht sich nicht den Vorwurf der Rechtsunsicherheit gefallen zu lassen. Sicherlich wäre der Prozessverlauf mit einer starren Lösung wie der des § 138 Abs. 3 ZPO berechenbarer. Doch ist auch bei den soeben dargelegten und von den Gerichten praktizierten Grundsätzen ein „roter Faden“ für die Handhabung der Beweiserleichterung deutlich erkennbar. Unter deren Berücksichtigung wird der Prozessverlauf für die Parteien durchaus vorhersehbar, so dass sie sich auf das Kommende einstellen und vorbereiten, sowie das Prozessrisiko abschätzen können. Zudem erscheint eine solche bewegliche Lösung für den Regelungsgegenstand vorzuzugewürdigt, da sie, entgegen einer starren Regelung, der Vielfältigkeit und Komplexität der Fallgestaltungen in Wettbewerbsverfahren in weitem Umfang Rechnung trägt. Bei ihrer zweckmäßigen Umsetzung im praktischen Einzelfall muss wie so oft in die juristische Arbeit sowie das Rechts- und Feingefühl der Gerichte vertraut werden.

III. Beweislastumkehr

Die Diskussion um die Einführung einer Beweislastumkehr bzw. Neuverteilung der Beweislast i.R.d. § 3 UWG – speziell hinsichtlich des Tatbestandmerkmals der Irreführung – scheint bald so alt wie diese Vorschrift selbst. Bereits in dem Entwurf zur Änderung des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb vom 7.3.1968 der CDU/CSU-Fraktion findet sich die Forderung nach einer Beweislastumkehr im Rahmen des § 3 UWG⁴²⁵. Und obwohl sich bisher eine Normierung der Beweislast im Gesetzgebungs-

⁴²⁴ Hier werden die Anforderungen an den Beklagten steigen, je komplexer und schwerer in der Ermittlung ihres Wahrheitsgehalts eine Werbebehauptung ist.

⁴²⁵ Siehe der Entwurf des „Diskussionskreis Mittelstandschutz“ der CDU/CSU-Fraktion: BT-Drs. V/2324 – abgedruckt in WRP 68, 273 f. (Anstelle der damaligen Fassung, in der es hieß „Wer ... unrichtige Angaben ...“ sollte es nach dem Entwurf nun heißen „Wer ... Angaben macht, die nicht erweislich wahr sind.“); vgl. auch den in der Folgezeit eingebrachten „Entwurf zur Änderung des Gesetzes gegen den

verfahren nicht hat durchsetzen lassen, steht mit dem aktuellsten Regierungsentwurf des Bundesjustizministeriums zur Novellierung des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb erneut die gesetzliche Regelung einer (punktuellen) Beweislastumkehr hinsichtlich der Irreführungseignung von Werbung mit Preissenkungen auf der Tagesordnung⁴²⁶.

1. „Darlegungs- und Beweispflicht“ als Umkehr der Beweislast?

Einige Stimmen in der Literatur haben bereits die von der Rechtsprechung entwickelte „Darlegungs- und Beweispflicht“ der nicht beweisbelasteten Partei als eine Umkehr der Beweislast interpretiert⁴²⁷. Dabei wird zunächst auf die „Preisgegenüberstellungs-Entscheidung“ des BGH verwiesen, der dort ausdrücklich anführt, dass „... unbeschadet der grundsätzlichen Beweislastverteilung im Falle des § 3 UWG im Einzelfall eine Darlegungs- und Beweislast⁴²⁸ des Beklagten anzunehmen ist ...“⁴²⁹. Dieser Passus der Urteilsbegründung ist aber eher auf eine Ungenauigkeit des BGH in der Wortwahl zurückzuführen, als dass ihr ein bewusster Entscheidungsinhalt zugesprochen werden kann⁴³⁰. So nimmt der erkennende Senat direkt im Anschluss an diesen Passus, als auch im amtlichen Leitsatz der Entscheidung auf die bisherige Rechtsprechung des BGH zur „Darlegungs- und Beweispflicht“ Bezug⁴³¹ und macht damit deutlich, dass er seine bis dahin ständige Rechtsprechung auch weiterhin fortführen will. In den bisherigen Urteilen, auf die sich auch der BGH in seinem Urteil „Preisgegenüberstellung“ bezieht, hat der BGH aber immer nur von einer „Pflicht“ des Beklagten zur Darlegung bzw. zum Beweis gesprochen und es vermieden, die von ihm entwickelte „Darlegungs- und Beweispflicht“

unlauteren Wettbewerb“, welcher von der CDU/CSU-Fraktion zuerst am 27.03.1978 (BT-Drs. 8/1670 = WRP 78, 353 ff.) und dann praktisch unverändert am 15.07.1981 (BT-Drs. 9/665) eingebracht wurde, in dessen § 13 a. es heißt: „Bestehen in den Fällen der § 1, 3, 6, 6 a. und 7 Abs.1 hinreichende Anhaltspunkte dafür, dass [...] gemachte Angaben den Umständen nicht entsprechen, so ist der Beklagte hinsichtlich solcher in seinem Bereich liegender Umstände darlegungs- und beweispflichtig, deren Aufklärung erforderlich, dem Kläger nicht möglich, dem Beklagten aber leicht möglich und zuzumuten ist.“; letztlich der Alternativvorschlag der DvgRU zum später eingeführten § 6 e UWG a.F. (GRUR 86, 439 (444).

⁴²⁶ Vgl. § 5 Abs. 4 S. 2 des Regierungsentwurf zum UWG (Stand 22.8.2003) – abgedruckt in BT-Drs. 15/1487.

⁴²⁷ *Emmerich* § 14 Anm. 9; *Fritze* GRUR 75, 61.

⁴²⁸ Hervorhebung durch den Verfasser.

⁴²⁹ BGH GRUR 75, 78 (79) – Preisgegenüberstellung.

⁴³⁰ So auch *Köhler/Piper* vor. § 13 Rn. 335 („missverständlich“).

⁴³¹ BGH GRUR 75, 78 (78, 79) – Preisgegenüberstellung.

als eine Umkehr der Beweislast in welcher Form auch immer zu bezeichnen⁴³². Ausdrücklich bemängelt der BGH in seiner Entscheidung „Bärenfang“, dass die Vorinstanz die Annahme einer „Darlegungs- und Beweispflicht“ des Beklagten von dem „Vorliegen besonderer, eine Umkehr der Beweislast rechtfertigender Umstände“ abhängig gemacht hat⁴³³. Damit wird eine vom BGH vorgenommene Zäsur zwischen der „Darlegungs- und Beweispflicht“ des Beklagten und einer Umkehr der Beweislast deutlich. Aufgrund des Bezugs auf die bisherige Rechtsprechung, die in der „Darlegungs- und Beweispflicht“ gerade keine Beweislastumkehr sieht, ist also davon auszugehen, dass sich der BGH mit der „Preisgegenüberstellungs-Entscheidung“ nicht von seiner bisherigen Linie abwenden wollte, mithin keine Wende in dieser grundlegenden Frage der Beweislastverteilung i.R.d. § 3 UWG vollzogen hat.

Gegen die Annahme, bei der „Darlegungs- und Beweispflicht“ handle es sich um eine Beweislastumkehr, wird vor allem vorgebracht, dass Unsicherheiten in der Sachverhaltsaufklärung nach den Grundsätzen der „Darlegungs- und Beweispflicht“ prinzipiell zu Lasten des Klägers gehen; es mithin bei einer Beweislast des Klägers bleibt⁴³⁴. Nur ausnahmsweise, wenn der Beklagte seiner „Darlegungs- und Beweispflicht“ nicht ausreichend genügt, können für diesen ungünstige Schlüsse aus dem ungeklärten Sachenvortrag gezogen werden. Das sei dann aber das Resultat einer vom Gericht gerade ohne Rücksicht auf die Beweislast durchzuführenden freien Verhandlungswürdigung (§ 286 Abs. 1 ZPO) und keine nach der (umgekehrten) Beweislastverteilung zwingende Entscheidung⁴³⁵. Zugegeben würde es einer Umkehr der Beweislast äußerst nahe kommen und würde sich letztlich faktisch wie eine solche auswirken, wenn man hinsichtlich

⁴³² BGH GRUR 61, 356 (359) – Pressedienst; BGH GRUR 63, 270 – Bärenfang; sowie die darauf folgende Rechtsprechung BGH GRUR 78, 249 (250) – Kreditvermittlung; ebenso *Harmsen* GRUR 69, 251 (253), der gerade die Ablehnung einer Beweislastumkehr mit der – nach seiner Meinung, die aber von dem Verfasser geteilt wird – eindeutigen Wortwahl des BGH als „Pflicht“ des Beklagten zur Darlegung und zum Beweis begründet.

⁴³³ BGH GRUR 63, 270 – Bärenfang; Hingewiesen sei an dieser Stelle auf die widersprüchlichen Ausführungen von *Gloy/Helm* (§ 49 Rn. 102-104), der zunächst feststellt, dass es sich bei der „Darlegungs- und Beweispflicht“ des Beklagten um „keine Umkehr der Beweislast“ handelt, sodann aber eine grundsätzlich mögliche Beweislastumkehr an die gleichen Voraussetzungen knüpft wie die „Darlegungs- und Beweispflicht“ und hierfür auch die identische Rechtsprechung zitiert.

⁴³⁴ Vgl. *Harmsen* GRUR 69, 251 (253).

⁴³⁵ Vgl. *Harmsen* GRUR 69, 251 (253).

der Rechtsfolge bei Nichterfüllung oder Schlechterfüllung der „Darlegungs- und Beweispflicht“ auf § 138 Abs. 3 ZPO abstellt und die vom Kläger vorgetragene Behauptung als vom Beklagten „zugestanden“ betrachtet. Denn dann wäre das Gericht an das „Zugestandene“ gebunden, und es käme wie im Falle einer echten Beweislastentscheidung zu einer zwingenden Entscheidung zu Lasten des Beklagten, auch wenn es dem, nach Würdigung des gesamten Prozessinhalts, keinen Glauben schenken würde⁴³⁶. Gerade auch um dies zu umgehen führt die Rechtsprechung neben § 138 Abs. 3 ZPO die Möglichkeit der Würdigung des Schweigens bzw. des mangelhaften Gegenvortrags des Beklagten im Rahmen einer freien Verhandlungswürdigung (§ 286 Abs. 1 ZPO) an, um hier keinen zwingenden Entscheidungsgrundsatz zu Lasten des Beklagten zu begründen. Auf dieser Linie liegt auch das Argument, die „Darlegungs- und Beweispflicht“ sei eine für den jeweiligen Einzelfall zu begründende Pflicht des Beklagten⁴³⁷. Entscheidungen über das Vorliegen einer Beweislastumkehr könnten aber nicht vom Gericht von Fall zu Fall nach billigem Ermessen getroffen werden⁴³⁸. Eine Umkehr der Beweislast hat die Rechtsprechung für bestimmte Fälle anerkannt, in denen die Beweislast dann unabhängig von dem jeweiligen Einzelfall zu verteilen ist⁴³⁹. Nach Abwägung der Interessen und unter Einbeziehung der besonderen Umstände rechtfertigt es sich nach Ansicht der Rechtsprechung in diesen besonders gelagerten Fällen, die Beweislast umzukehren und damit einhergehend das Risiko der Unaufklärbarkeit des Sachverhalts oder zurückbleibender Zweifel in der Sachverhaltsermittlung auf den Beklagten zu übertragen⁴⁴⁰. Auf dieser Grundlage lässt sich auch differenzieren, ob es sich um eine „bloße“ Darlegungs- und Beweispflicht des Beklagten oder eine Beweislastumkehr handelt. Ist es nach Abwägung der Interessen unter Einbeziehung der besonderen Umstände des Einzelfalls

⁴³⁶ Vgl. dazu Kap. 2, B., II., 3..

⁴³⁷ *Harmsen* GRUR 69, 251 (253), der ebenso wie Moser v. Filseck (GRUR 61, 360) darauf hinweist, dass der BGH im amtlichen Leitsatz des „Pressedienst“-Urteils (GRUR 61, 356) ausdrücklich davon spricht, den Beklagten „könne“ eine Darlegungs- und Beweislast treffen.

⁴³⁸ So *Harmsen* GRUR 69, 251 (253); *Kur* GRUR 82, 663 (665).

⁴³⁹ Für die Arzthaftung s. *Thomas/Putzo* § 286 Rn. 16, vor. § 284 Rn. 30 ff.; Palandt § 282 Rn. 8 ff.; In einem Ausnahmefall (Alleinstellungswerbung) hat der BGH auch i.R.d. § 3 UWG eine Beweislastumkehr angenommen (BGH GRUR 78, 249 (250) – Kreditvermittlung; Was diesen Fall von anderen Fällen des § 3 UWG – in denen „bloß“ eine „Darlegungs- und Beweispflicht“ angenommen wird – unterscheidet und ob sich hier eine Umkehr der Beweislast rechtfertigen lässt kann an dieser Stelle nicht ausführlich behandelt werden, wird aber mit einem kritischen Auge betrachtet.

⁴⁴⁰ *Kur* GRUR 82, 663 (665).

gerechtfertigt, dem Beklagten auch in letzter Konsequenz das Risiko einer Unaufklärbarkeit des Sachverhalts und Zweifel in der Sachverhaltsermittlung aufzubürden, kommt eine Umkehr der Beweislast in Betracht. Ginge das zu weit und würde es den Beklagten in unbilliger Weise benachteiligen, reicht die Rechtfertigung aber andererseits für die Einbeziehung des Beklagten in die Sachverhaltsermittlung im Stile einer „Darlegungs- und Beweispflicht“ aus, ist von einer solchen auszugehen. Der Rechtsprechung des BGH zur Beweislast hinsichtlich des Tatbestandsmerkmals der Irreführungseignung lässt sich entnehmen, dass dieser eine die Umkehr der Beweislast begründende Rechtfertigung ablehnt. Anderenfalls wäre die Entwicklung der „Darlegungs- und Beweispflicht“ nicht erforderlich gewesen.

Auch ist nach allgemeiner Ansicht zur Begründung einer „Darlegungs- und Beweispflicht“ des Beklagten erforderlich, dass der Kläger die Umstände und Anhaltspunkte, aus denen sich eine Irreführung ergeben könnte, nach seinen Möglichkeiten vorträgt, wobei dies über das Vorbringen bloßer Verdachtsmomente hinausgehen muss⁴⁴¹. Im Gegensatz dazu, würde es i.F.d. Beweislastverlagerung auf den Beklagten ausreichen, wenn der Kläger die Geeignetheit des Handelns zur Irreführung bloß behauptet. Anders als bei einer Beweislastverteilung zu Lasten des Beklagten, wird der Kläger also zunächst selbst in die Pflicht genommen, bevor den Beklagten eine „Darlegungs- und Beweispflicht“ trifft. Das ist ein nicht unwesentlicher Unterschied und spricht eindeutig gegen die Annahme, bei der von der Rechtsprechung entwickelten „Darlegungs- und Beweispflicht“ handle es sich um eine echte Beweislastumkehr.

An dieser Stelle sei noch auf die Frage nach der Kompetenz der Rechtsprechung zur Umkehr der Beweislast eingegangen. Wie bereits angeführt, können die Gerichte nicht von Fall zu Fall nach billigem Ermessen über die Verteilung der Beweislast entscheiden. Soll die Beweislastumkehr jedoch für bestimmte Fallgruppen regelmäßig gelten, und gibt es hierfür hinreichend sachliche Gründe, so bestehen keine grundsätzlichen Einwendungen gegen ein entsprechendes Vorgehen der Gerichte⁴⁴². Diese Freiheit der Rechtsprechung findet ihre Grenzen aber dort, wo sich der Gesetzgeber hinsichtlich der Beweislastverteilung eindeutig festgelegt hat. Dies ist auch dann der Fall, wenn der Gesetzgeber es ablehnt, Änderungsvorschläge anzunehmen und somit seine bisherige Regelung bestätigt⁴⁴³. In Anbetracht der Tatsache, dass die Beweislastverteilung i.R.d. § 3

⁴⁴¹ Zöller/Greger § 138 Rn. 8; Köhler/Piper § 3 Rn. 531; vGamm Kap. 36 Rn. 60.

⁴⁴² Harmsen GRUR 69, 251 (253); Kur GRUR 82, 663 (665).

⁴⁴³ Kur GRUR 82, 663 (665).

UWG wiederholt Gegenstand von Reformvorschlägen war⁴⁴⁴, der Gesetzgeber sich bisher aber nicht zu einer Normierung der Umkehr der Beweislast hat entschließen können, wird man hier von einer eindeutigen Festlegung durch Bestätigung der bisherigen Regelung ausgehen müssen. Durchaus nachvollziehbar wird zwar an dieser Stelle darauf hingewiesen, dass die Aufnahme einer umkehrenden Beweislastregelung in das Gesetz u.a. mit dem Hinweis abgelehnt wurde, die Problematik werde durch die von der Rechtsprechung entwickelten „Darlegungs- und Beweispflicht“ zufriedenstellend gelöst⁴⁴⁵. Das spricht aber noch nicht für die Annahme, der Gesetzgeber erkenne hier die „Darlegungs- und Beweispflicht“ als eine Umkehr der Beweislast an. Vielmehr ist dieser Hinweis als Ablehnung der Notwendigkeit einer Beweislastumkehr zu werten, da der Gesetzgeber anerkennt, dass die Rechtsprechungspraxis ihren eigenen Weg gefunden hat, das Problem trotz Linderung der sich aus einer starren Beweislastregelung ergebenden Härte zufriedenstellend zu lösen.

Letztlich überzeugen die Argumente gegen die Annahme, bei der „Darlegungs- und Beweispflicht“ des Beklagten handle es sich um eine Beweislastumkehr. Diese Überzeugung entspricht auch der heute nahezu allgemeinen Ansicht⁴⁴⁶. Damit kann festgestellt werden, dass die „Darlegungs- und Beweispflicht“ „nur“ als Durchbrechung der Darlegungs- und Beweisführungslast des Klägers zu verstehen ist, dagegen die Beweislast als solche weiterhin nach deren Grundsätzen verteilen wird (also beim Kläger bleibt). Auch wenn die „Darlegungs- und Beweispflicht“ einer Umkehr der Beweislast zum Teil (de facto) recht nahe kommt, ist darauf zu verweisen, dass es gerade dem Sinn und Zweck der „Darlegungs- und Beweispflicht“ entspricht, den Beklagten dort, wo es die Billigkeit im Prozess gebietet, bei der Ermittlung von entscheidungsrelevanten Tatsachen heranzuziehen und ihn zur Mitwirkung bei der Sachverhaltsermittlung zu verpflichten, ohne diesem gleich die volle Beweislast aufzubürden.

⁴⁴⁴ Siehe Fn. 425.

⁴⁴⁵ *Kur* GRUR 82, 663 (665).

⁴⁴⁶ Ausdrücklich BGH GRUR 78, 249 (250) – Kreditvermittlungsverfahren; *Harmsen* GRUR 69, 251 (253); *Melullis*, Rn. 689; *vGamm* Kap. 36 Rn. 60; *Baumbach/Hefermehl* § 3 Rn. 120; *Gloy/Helm* § 49 Rn. 102; *Teplitzky* Kap. 47 Rn. 32.

2. Allgemeine Beurteilung einer Beweislastumkehr i.R.d. § 3 UWG

Wiederholt wurde in Reformvorschlägen die Regelung einer Beweislastumkehr i.R.d. § 3 UWG angeregt und damit eine kritische Auseinandersetzung ausgelöst⁴⁴⁷. Es entspricht zudem der allgemeinen Entwicklung, die Beweislast nach Gefahrenbereichen, Verantwortungsbereichen oder Sphären zu verteilen⁴⁴⁸ und damit u.U. die eigentlich nicht beweisbelastete Partei mit der Darlegung und dem Beweis einzelner Tatsachen und Umstände zu belasten⁴⁴⁹. Das rechtfertigt sich aus praktischen Gründen der Billigkeit und eines gerechten Interessenausgleichs, denen der Gedanke zugrunde liegt, „dass jeder für seinen Bereich verantwortlich sei und daher die Nachteile tragen muss, die entstehen, wenn daraus herrührende Umstände nicht aufgeklärt werden können“⁴⁵⁰. Die Beweislastverteilung ist – zumindest sollte sie es sein – das Ergebnis einer vom Gesetzgeber vorgenommenen Interessenabwägung⁴⁵¹. Dem Tatbestand einer Anspruchgrundlage ist zu entnehmen, welche Partei welche Tatsachen und Umstände darlegen und erforderlichenfalls beweisen muss. Der Gesetzgeber des § 3 UWG hat hier eine eindeutige Entscheidung zu Gunsten des (werbenden) Beklagten getroffen, indem er dem Kläger die Beweislast hinsichtlich aller, eine behauptete Irreführung begründenden Tatsachen und Umstände auferlegt⁴⁵². Das bedeutet, dass sich der Gesetzgeber dafür entschieden hat, im Zweifel lieber eine möglicherweise irreführende Werbung hinzunehmen, als möglicherweise eine zutreffende Werbung zu verbieten⁴⁵³. Der Gesetzgeber hat diese Entscheidung durch standhafte Ablehnung wiederholt vorgebrachter Reformvorschläge im Bereich der Beweislastverteilung i.R.d. § 3 UWG bestätigt.

⁴⁴⁷ Vgl. Fn. 425; Bei der Frage der Beweislastumkehr i.R.d. § 3 UWG handelt es sich um eine weitreichende, die Grundlagen des Zivilprozessrechts berührende Problematik, hinsichtlich derer dem Anspruch einer umfassenden Würdigung hier nicht entsprochen werden kann. Die nachfolgenden Ausführungen dienen daher nur, den Zusammenhang mit der vorliegenden Beweisproblematik beim Eigenpreisvergleich herzustellen.

⁴⁴⁸ *Thomas/Putzo* Vor. § 284 Rn. 25 ff.; Palandt § 282 Rn. 8 ff.; für die Produzentenhaftung s. BGHZ 51,91 (104) – Produzentenhaftung.

⁴⁴⁹ Siehe Fn.74; vgl. auch *Krieger* GRUR 68, 511 ff.; *DvgRU* GRUR 68, 355 ff..

⁴⁵⁰ *Fritze* GRUR 75, 61 (62).

⁴⁵¹ *Borck* GRUR 82, 657 (658).

⁴⁵² Zur Beweislastverteilung bei § 3 UWG s.o. Kap. 2, B., I..

⁴⁵³ Vgl. *Borck* GRUR 82, 657 (658).

Die Entscheidung des Gesetzgebers ist in der Praxis grundsätzlich hinzunehmen und zu akzeptieren, kann aber dennoch kritisch hinterfragt werden⁴⁵⁴. So wird durchaus berechtigt vorgetragen, dass bei der Abwägung mitunter der Verlässlichkeit in informative Werbung ein zu geringes Gewicht beigemessen wurde als dies eventuell erforderlich ist⁴⁵⁵. Das „Vertrauen können“ in informative Werbeangaben ist ein für die gesamte Werbewirtschaft und die Allgemeinheit wichtiges Gut von besonderem Wert⁴⁵⁶. Denn der Werbeeffekt einer Werbeinformation entsteht nur dann, wenn der Umworbene der Information auch Glauben schenkt⁴⁵⁷. Dies gerät in Gefahr, wenn damit gerechnet werden muss, dass Informationen aus der Werbung möglicherweise falsch oder zumindest nicht erwiesen sind und nunmehr selbst erweislich wahre Werbeinformationen den Schleier einer möglichen Lüge tragen.

Andererseits, so wird von den Kritikern einer Umkehr der Beweislast vorgetragen, würde es den Bereich der wahren Werbung unzulässig einschränken, wenn nicht mehr die Wahrheit einer Werbeangabe, sondern deren Erweislichkeit maßgeblich für die Zulässigkeit wäre⁴⁵⁸. Das schützenswerte Interesse des Werbenden, sich wirtschaftlich frei zu betätigen, was auch die Möglichkeit umfasst, im Wettbewerb um die Gunst des Abnehmers zu werben⁴⁵⁹, könnte hier in nicht gerechtfertigter Weise beeinträchtigt sein⁴⁶⁰. Dem wird man entgegenhalten müssen, dass derjenige, der das Vertrauen der Umworbene in Informationen aus der Werbung nutzen will, auch gehalten ist, eine entsprechende Vertrauensbasis (mit-) aufzubauen. Es erscheint nur angemessen, wenn den Werbenden hier eine erhöhte Verantwortung für die Richtigkeit der Werbeangabe trifft⁴⁶¹. So kann von einem gewissenhaften Wettbewerber verlangt werden, dass dieser seine Werbebehauptungen auf deren Richtigkeit hin in zumutbarem Umfang überprüft, bevor er mit ihnen öffentlich wirbt⁴⁶². Hat der Werbende diese Vorabprüfung in ausrei-

⁴⁵⁴ Die von der Rechtsprechung entwickelte „Darlegungs- und Beweispflicht“ kann als Ausgleich einer teilweise fehlgeschlagenen Abwägung verstanden werden, ohne die gesetzgeberische Entscheidung zur Beweislastverteilung (direkt) zu missachten.

⁴⁵⁵ So *Kur* GRUR 82, 663 (667).

⁴⁵⁶ Vgl. auch *Tetzner* § 3 Anm. 1.

⁴⁵⁷ Vgl. *Kloss*, S. 6.

⁴⁵⁸ *DvGRU* GRUR 68, 355 (356); *Krieger* GRUR 68, 511 (515).

⁴⁵⁹ *Baumbach/Hefermehl* Einl. Rn. 77.

⁴⁶⁰ Vgl. *ArGr* WRP 97, 167 (175).

⁴⁶¹ Ebenso *Kur* GRUR 82, 663 (665).

⁴⁶² *Kur* GRUR 82, 663 (665).

chendem Maße durchgeführt, wird es ihm auch keine Probleme bereiten, den Wahrheitsgehalt seiner Werbeangaben vor Gericht darzulegen und gegebenenfalls zu beweisen. Ist er hingegen dieser (sittlichen) Pflicht nicht nachgekommen, sollte es durchaus gerechtfertigt sein, wenn Unsicherheiten in der Sachverhaltsermittlung zu seinen Lasten gehen.

Das alles macht eine Regelung zur Umkehr der Beweislast jedoch noch nicht zwingend erforderlich. Als durchaus sinnvolle und in der Praxis bewährte Alternative wurde hier die „Darlegungs- und Beweispflicht“ des Beklagten entwickelt, zu deren Rechtfertigung ebenfalls auf die obigen Ausführungen verwiesen werden kann. Denn auch mit der „Darlegungs- und Beweispflicht“ werden prozessuale Grundsätze durchbrochen, die daher einer Rechtfertigung durch sachliche Gründe bedarf. Dabei stellt die „Darlegungs- und Beweispflicht“ eine weniger einschneidende und die Interessen der Beteiligten beachtende Variante zur Beweislastumkehr dar. Zunächst bleibt das Beweisrisiko prinzipiell beim Kläger, was den geltenden Grundsätzen der Beweislastverteilung Rechnung trägt. Entsprechend muss der Kläger zunächst die Umstände und Tatsachen, die für eine Geeignetheit zur Irreführung sprechen, vortragen und kann sich nicht nur – wie es im Falle der Beweislastumkehr ausreichen würde – auf eine reine Behauptung beschränken; der Kläger bleibt also verpflichtet, nach seinen Möglichkeiten zur Sachverhaltsermittlung beizutragen und wird hiervon nicht gänzlich freigestellt. Und letztlich muss das Gericht in dem Fall, dass weiterhin Unsicherheiten in der Sachverhaltsermittlung zurückbleiben, keine Entscheidung nach der Beweislast treffen, sondern kann aus einer Gesamtschau des von den Parteien Vorgetragenen zu einer Überzeugung hinsichtlich des Wahrheitsgehalts der streitigen Werbebehauptung gelangen. Ablehnend könnte man die „Darlegungs- und Beweispflicht“ zwar als eine verkappte Beweislastumkehr ansehen, die auf halbem Wege stehen geblieben ist. Sie sollte aber als eine sinnvolle und zweckmäßige, dem Schutzzweck des § 3 UWG entsprechende Alternative zur Beweislastumkehr betrachtet werden, die den aus praktischen Erwägungen durchaus erforderlichen Eingriff in die prozessuale Stellung des Beklagten so gering wie möglich hält und so für einen verhältnismäßigen Ausgleich zwischen den widerstreitenden Interessen der Parteien sorgt.

3. § 5 Abs. 4 Ref.-Entwurf

Der Regierungsentwurf zur Novellierung des UWG⁴⁶³ enthält in § 5 Abs. 4 eine Regelung folgenden Wortlauts:

„(4) Es wird vermutet, dass es irreführend ist, mit einer Preissenkung zu werben, sofern der ursprüngliche Preis nur für eine unangemessen kurze Zeit gefordert worden ist. Ist streitig, ob und in welchem Zeitraum der ursprüngliche Preis gefordert worden ist, so trifft die Beweislast denjenigen, der mit der Preissenkung geworben hat.“⁴⁶⁴

Die Vorschrift regelt den Tatbestand, dass mit einer Preissenkung geworben wird, deren *ursprünglicher Preis nur für eine unangemessen kurze Zeit gefordert worden ist*. Für den Fall, dass dieser Tatbestand vorliegt, wird zunächst vermutet, dass die Werbung irreführend i.S.d. § 5 Abs. 1 Reg.-Entwurf ist. Da es sich allerdings um keine ausdrücklich unwiderlegbare Vermutung (Fiktion) handelt, kann sie von dem Werbenden widerlegt werden⁴⁶⁵.

In Satz 2 enthält die Vorschrift eine ausdrückliche Beweislastregelung zu Lasten des Werbenden (Beklagten) bezüglich der Tatsache, ob und über welchen Zeitraum dieser den Alt-Preis vor der Preissenkung gefordert hat, was gleichbedeutend mit der Frage ist, ob die Werbebehauptung der Wahrheit entspricht. Dabei ist zu beachten, dass der Beklagte erst dann beweisbelastet wird, wenn die Richtigkeit der Werbebehauptung „streitig“ ist⁴⁶⁶. Mithin muss diese zunächst vom Kläger bestritten werden⁴⁶⁷; es handelt sich quasi um eine „gestufte“ Beweislastumkehr. Welche Anforderungen an das Vorbringen des Klägers gestellt werden sollen, ist damit noch nicht geklärt. Hier wird man sich an der bisherigen (und auch weiterhin für von § 5 Abs. 4 Reg.-Entwurf nicht erfasste Fälle geltende) Regelung zur „Darlegungs- und Beweispflicht“ orientieren können⁴⁶⁸. Das bedeutet, dass das Vorbringen des Klägers zumindest den „begründeten Zweifel“ hin-

⁴⁶³ Im Folgenden § 5 Abs. 4 Reg.-Entwurf.

⁴⁶⁴ Ein Abdruck des Entwurfs (Stand: 22.8.2003) findet sich in BT-Drs. 15/1487.

⁴⁶⁵ So auch Reg.-Entwurf / Begründung, BT-Drs. 15/1487 (S. 20); *Trube* WRP 03, 1301 (1302).

⁴⁶⁶ Die Vorschrift ähnelt einem Vorschlag von *Kur* aus dem Jahre 1981 („Beweislast und Beweisführung im Wettbewerbsprozess“, S. 221 ff.). *Borck* hat den Vorschlag von *Kur* als einen den bisherigen § 3 UWG ergänzenden Satz oder Absatz wie folgt formuliert: „Ist streitig, ob eine Angabe unrichtig ist, so trifft die Beweislast den, der die Angabe gemacht hat.“ (GRUR 82, 657 (662)).

⁴⁶⁷ Ebenso *Borck* (GRUR 82, 657 (662)) zum Vorschlag von *Kur* (s. Fn.111).

⁴⁶⁸ Siehe Kap. 2, B., II..

sichtlich der Angemessenheit der Dauer, in der der Alt-Preis verlangt wurde, oder ob dieser überhaupt (unmittelbar) vor der Preissenkung gefordert wurde, hervorrufen muss⁴⁶⁹.

Im Streitfall trifft den Beklagten (Werbenden) also nach dieser Vorschrift die Beweislast in zweifacher Hinsicht: Zunächst trägt er die (Gegen-) Beweislast dafür, dass er den Preis vor der Preissenkung eine angemessene Zeit lang tatsächlich gefordert hat. Kann er diesen Beweis nicht erbringen, muss er hinsichtlich der Irreführungsvermutung den Gegenbeweis führen und trägt damit auch die Beweislast für die Nichtgeeignetheit der Werbeangabe zur Irreführung.

Das bedeutet, dass für die wettbewerbsrechtliche Zulässigkeit einer Werbung mittels Eigenpreisvergleichs im Grunde die Erweislichkeit ihrer Wahrheit maßgeblich wäre. Es bleibt abzuwarten, welche Stimmen sich hier erheben werden und den Einfall einer allgemeinen Beweislastumkehr in § 3 UWG heraufbeschwören⁴⁷⁰. Dem kann und muss entgegengehalten werden, dass es sich um eine punktuelle, auf den Fall der Werbung mit Preissenkungen begrenzte Beweislastumkehr handelt. Der Gesetzgeber bleibt damit seiner bisher verfolgten Linie treu, Fälle der Beweislastumkehr als Ausnahmeregelungen dort anzuerkennen und/oder einzuführen, wo er sie nach Abwägung der Interessen für notwendig und verhältnismäßig, mithin als gerechtfertigt erachtet. Von einer allgemeinen Tendenz hin zur Regelung einer umfassenden Beweislastumkehr im Bereich der irreführenden Werbung ist dagegen nichts zu erkennen.

Für die gerichtliche Praxis würde die („gestufte“) Regelung des § 5 Abs. 4 Reg.-Entwurf keine wesentlichen Neuerungen bringen. Was die Irreführungsvermutung des § 5 Abs. 4 S. 1 Reg.-Entwurf betrifft, wird es schon heute als klares und eindeutiges Indiz für die Geeignetheit zur Irreführung angesehen, wenn der Alt-Preis nicht unmittelbar vor der Preissenkung eine angemessene Zeit lang ernsthaft verlangt wurde⁴⁷¹. Letztlich muss in einem solchen Fall der Beklagte bereits nach der aktuellen Rechtslage das Ge-

⁴⁶⁹ Hinsichtlich der Frage, wann ein Zeitraum „angemessen“ ist, wird man sich an der bisherigen Rechtsprechung orientieren können, vgl. dazu BGH GRUR 75, 78 (79) – Preisgegenüberstellung; *Baumbach/Hefermehl* § 3 Rn. 296 (Es ist u.a. auf die Art der Ware und die Marktlage abzustellen, vgl. dazu Kap. 3, A., II.). Zudem sollte nach Ansicht von *Nippe* im Gesetzestext klargestellt werden, dass der höhere Preis *unmittelbar* vor der Preissenkung verlangt wurde (WRP 03, 568 (570)).

⁴⁷⁰ Bereits in früherer Zeit eine Beweislastumkehr ablehnend: DvGRU GRUR 68, 355 (356); *Krieger* GRUR 68, 511 (515).

⁴⁷¹ *Baumbach/Hefermehl* § 3 Rn. 296 ff.; BGH GRUR 99, 507 (508) – Teppichpreiswerbung.

richt mit seinen Darlegungen und dem von ihm zum Beweis Angebotenen davon überzeugen, dass eine Eignung zur Irreführung entgegen der dafür sprechenden Indizien nicht vorliegt, um nicht auf Unterlassen verurteilt zu werden. Und auch die („gestufte“) Beweislastumkehr des § 5 Abs. 4 S. 2 Reg.-Entwurf wird zu keinen neuen Ergebnissen führen wie sie bereits heute von den Gerichten mittels der Grundsätze zur „Darlegungs- und Beweispflicht“ der nicht beweisbelasteten Partei erzielt werden. Denn sollte der Kläger Tatsachen vorbringt, die gegen die Richtigkeit der Werbeangabe sprechen, trifft den mittels Eigenpreisvergleich werbenden Beklagten nach diesen Grundsätzen, eine umfassende „Darlegungs- und Beweispflicht“ hinsichtlich des Wahrheitsgehalts seiner Werbebehauptung, er hätte den Alt-Preis unmittelbar vor der Preissenkung über einen angemessenen Zeitraum verlangt⁴⁷². Dem Beklagten wird es in jedem Fall möglich und darüber hinaus auch zumutbar sein, seine bisherige Preisgestaltung darzulegen und zu beweisen. Kann er seiner „Darlegungs- und Beweispflicht“ dennoch nicht ausreichend nachkommen, und besteht deshalb weiterhin gerichtliche Ungewissheit hinsichtlich der strittigen Tatsache, ist es durchaus gerechtfertigt, wenn dieser Umstand bei der richterlichen Würdigung des Verhandlungsinhaltes zu Lasten des Beklagten geht. Im Bereich der Werbung mit Preissenkungen wirkt sich die „Darlegungs- und Beweispflicht“ also bereits wie eine Umkehr der Beweislast aus. Mithin handelt es sich bei § 5 Abs. 4 Reg.-Entwurf im Grunde um eine gesetzliche Festschreibung der bisher bei Streitigkeiten um die Irreführungseignung von Eigenpreisvergleichen angewandten prozessrechtlichen Grundsätze.

IV. Zwischenbetrachtung

Nach den gewohnheitsrechtlich anerkannten Grundsätzen zur sog. „Darlegungs- und Beweispflicht“ der nicht beweisbelasteten Partei, kann der Werbende (Beklagte) nach dem Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242 BGB) verpflichtet sein, den Wahrheitsgehalt seiner Werbebehauptung vor Gericht darzulegen und erforderlichenfalls auch zu beweisen. Diese prozessuale Pflicht kommt immer dann in Betracht, wenn der Kläger, außerhalb der für die Beurteilung des Wahrheitsgehalts der Werbebehauptung relevanten Tatsachen steht und auch sonst keine Möglichkeit hat, den Sachverhalt von sich aus zu ermitteln, der Beklagte hingegen die erforderliche Aufklärung ohne weiteres geben kann oder aber, aufgrund einer (sittlichen) Vorabprüfungspflicht hinsichtlich des Wahrheitsgehalts seiner Werbebehauptung, geben können muss und ihm das nach den Um-

⁴⁷² Zur „Darlegungs- und Beweispflicht“ siehe. Kap. 2, B., II..

ständen des Einzelfalls auch zumutbar ist. Das wird bei der Werbung mit Preissenkung grundsätzlich der Fall sein. Konkret hat dann der mit einem Eigenpreisvergleich werbende Beklagte darzulegen und gegebenenfalls zu beweisen, dass er den Alt-Preis unmittelbar vor der Preissenkung eine angemessene Zeit ernsthaft verlangt hat. Voraussetzung für die „Darlegungs- und Beweispflicht“ des Beklagten ist allerdings, dass zunächst der Kläger Tatsachen und/oder Anhaltspunkte, die gegen die Richtigkeit der Werbebehauptung sprechen, vorträgt, wobei an die Substantiierungslast des Klägers keine überzogenen Anforderungen gestellt werden dürfen.

Kommt der Beklagte seiner „Darlegungs- und Beweispflicht“ nicht in dem gebotenen Maße nach (wobei hier prinzipiell kein Erfolg geschuldet ist), kann das Gericht die verbleibende Ungewissheit in der Sachverhaltsermittlung zu Lasten des nicht beweisbelasteten Beklagten würdigen.

Dagegen ist eine allgemeine und umfassende vorprozessuale, als auch prozessuale eintragbare Aufklärungspflicht der Parteien des Zivilprozesses abzulehnen.

Unter der „Darlegungs- und Beweispflicht“ ist auch keine Umkehr der Beweislast zu verstehen. Es handelt sich vielmehr um eine Durchbrechung des prozessrechtlichen Grundsatzes, dass zunächst der Kläger die Tatsachen, die seinen Anspruch begründen, schlüssig und substantiiert vortragen muss, bevor der Beklagte zu den Vorwürfen über ein bloßes Bestreiten hinaus eingehend Stellung nehmen braucht. Die Beweislast verbleibt dagegen beim Kläger. Allerdings soll nach dem aktuellen Regierungsentwurf eines neuen Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb mit dessen § 5 Abs. 4 S. 2 eine („gestufte“) Beweislastumkehr für den Bereich der Werbung mit Preissenkungen in das UWG aufgenommen werden. An diesem Vorhaben des Gesetzgebers wird sich nach Einschätzung des zuständigen Referenten im Bundesjustizministeriums, Herrn *Seichter*, der sich auf den von den beteiligten Parteien bisher angedeuteten Diskussionsbedarf stützt, voraussichtlich nichts ändern⁴⁷³. Bei der Regelung des § 5 Abs. 4 Reg.-Entwurf handelt es sich aber lediglich um eine gesetzliche Festschreibung der bisher bei Streitigkeiten um die Irreführungseignung von Eigenpreisvergleichen angewandten prozessrechtlichen Grundsätze, womit in der gerichtlichen Praxis keine neuen Ergebnisse zu erwarten sein dürften.

Sowohl mit den zur Zeit angewandten Grundsätzen zur „Darlegungs- und Beweispflicht“, als auch mit der zur Diskussion gestellten Beweislastumkehr des § 5 Abs. 4

⁴⁷³ Gespräch am 6.2.2003 mit Herrn Seichter (Bundesjustizministerium / Referat: Unlauterer Wettbewerb).

Reg.-Entwurf wird das eingangs dargestellte Problem bei der Verfolgung (vermeintlich) irreführender Werbung mittels Eigenpreisvergleichs aufgegriffen und zu Gunsten des Klägers gelöst. Das erscheint durchaus interessengerecht und nach den obigen Ausführungen auch gerechtfertigt. Ob dabei die Beweislast, wie bisher, prinzipiell beim Kläger verbleibt oder, wie geplant, auf den Beklagten übergeht, spielt vom Ergebnis her keine Rolle und wird allenfalls zu einer dogmatischen Auseinandersetzung Anlass geben⁴⁷⁴.

V. Der vorprozessuale Auskunftsanspruch

Die Grundsätze der „Darlegungs- und Beweispflicht“ der nichtbeweisbelasteten Partei haben zu einer wesentlichen Erleichterung in der Sachverhaltsermittlung bzw. -darlegung und der Beweisführung des Klägers geführt. Diese Grundsätze sind jedoch ausschließlich für den innerprozessualen Bereich entwickelt worden. Ein weiteres erhebliches Problem bei der Verfolgung (vermeintlich) irreführender Eigenpreisvergleichs-Werbung liegt im vorprozessualen Bereich. Vor Klageerhebung wird (bzw. sollte) der Kläger das Prozessrisiko abschätzen und gegenüber dem Nutzen eines Obsiegens abwägen; von einer Klage „ins Blaue hinein“ ist in Anbetracht der z.T. immensen Kosten eines Wettbewerbsprozesses tunlichst abzuraten.

Wie bereits festgestellt, ist es für den Kläger, der auf Unterlassen eines (vermeintlich) irreführenden Eigenpreisvergleichs klagt, zumeist problematisch, die für den Irreführungsnachweis erforderliche Diskrepanz zwischen dem Aussagegehalt der Werbeangabe und der wahren Gegebenheit darzulegen und erst recht diese zu beweisen. Hauptproblem ist dabei die Darlegung der tatsächlichen (zeitlichen) Preisgestaltung des Werbenden vor der Preissenkung, denn der Kläger hat grundsätzlich zu diesbezüglichen Informationen keinerlei Zugang⁴⁷⁵. Damit kann gerade beim Vorgehen gegen eine (vermeintlich) irreführende Werbung mittels Eigenpreisvergleichs die substantiierte Darlegung und der Beweis der tatsächlichen Gegebenheiten eine unüberwindbare Hürde bedeuten. Die Ungewissheit in der vorprozessualen Sachverhaltsermittlung bringt eine erhebliche Unsicherheit bei der Einschätzung der Erfolgsaussichten einer Klage mit sich und führt letztlich dazu, dass gegen eine Vielzahl von Fällen irreführender Eigenpreis-

⁴⁷⁴ Vgl. Kap. 2, B., III., 3..

⁴⁷⁵ Vgl. dazu die Ausführungen des BGH in seinem Preisgegenüberstellungsurteil (GRUR 75, 78 ff.), vgl. zur Beweisproblematik Kap. 2, B., II. und III..

vergleichswerbung keine Klage erhoben wird⁴⁷⁶. Zur Lösung des Problems käme allenfalls die Anerkennung eines vorprozessualen Auskunftsanspruchs in Betracht.

1. Der vorprozessuale Auskunftsanspruch nach der aktuellen Rechtslage

Einen vorprozessualen Auskunftsanspruch des Anspruchsgläubigers gegenüber dem Anspruchsschuldner hat der BGH außerhalb der gesetzlich geregelten Fälle⁴⁷⁷ nur ausnahmsweise für die Fälle anerkannt, in denen (1.) zwischen den Parteien eine rechtliche Sonderbeziehung besteht, (2.) es dem Kläger unmöglich oder unzumutbar ist, sich die Informationen selbst zu beschaffen, (3.) der Kläger sein Unwissen nicht verschuldet hat und (4.) dem Beklagten die Auskunftserteilung unschwer möglich und zumutbar ist (sog. unselbständiger oder akzessorischer Auskunftsanspruch)^{478 479}. Dieser „akzessorische“ Auskunftsanspruch wird dem Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242 BGB)⁴⁸⁰,

⁴⁷⁶ Die Dunkelziffer an Wettbewerbsverstößen, die aufgrund des mit einem Prozess verbundenen Haftungs- und Kostenrisikos nicht vor Gericht verhandelt, noch sonst wie geahndet wurden, wird als durchaus relevant eingeschätzt, vgl. *Sack WRP* 89, 693 (695); *Feldmann GewArch* 87, 360 (362); *ArGr WRP* 97, 167 (175).

⁴⁷⁷ Bspw. § 666 BGH (als charakteristische Vorschrift für Auskunftsansprüche im Stile eines Kontrollanspruchs bei berechtigter Wahrnehmung von Drittinteressen), § 687 Abs. 2 i.V.m. § 681, 666 BGB (Auskunft bei rechtswidrigem Eingriff in Drittinteressen); § 1379 Abs. 1 BGB und § 1605 BGB (Auskunft zur Klärung des Inhalts bzw. der Höhe eines dem Grunde nach bestehenden Anspruchs); § 510 BGB (Auskunftsanspruch zur Sicherung eines Leistungsanspruchs); denkbar ist auch ein Auskunftsanspruch als selbständiger Schadensersatzanspruch aus § 249 S. 1 BGB; allgemein dazu und zu weiteren gesetzlichen Auskunftsansprüchen s. *Lorenz JuS* 95, 569 (570 ff.) und *Lüke JuS* 86, 2 (3 f.); weitere Spezialvorschriften außerhalb des BGB sind § 19 MarkenG, § 101 a. UrheberG; § 140 b. PatG; § 14 a. GeschmMG; § 24 GebrMG.

⁴⁷⁸ Grundlegend *RGZ* 108, 1 (7); *BGHZ* 81, 21 (24); *BGHZ* 95, 274 (278 f.) – GEMA-Vermutung I; *BGH GRUR* 94, 630 (632) – Cartier-Armreif; *BGH WRP* 99, 534 (540) – Preisbindung durch Franchisegeber; *Köhler/Piper Vor.* § 13 Rn. 116 ff.; *Baumbach/Hefermehl Einl.* Rn. 399.

⁴⁷⁹ Zur Diskussion über eine allgemeine Auskunftspflicht sei auf die Ausführungen unter Kap. 2, B., II., 2. verwiesen. Danach ist erst recht im vorprozessualen Bereich eine allgemeine und umfassende, einklagbare Auskunftspflicht desjenigen, der Kenntnis von Tatsachen hat oder haben könnte, die für jemand anderen von Bedeutung sind, abzulehnen.

⁴⁸⁰ *RGZ* 108, 1 (7); *BGHZ* 81, 21 (24); *BGH GRUR* 99, 1025 (1029) – Preisbindung durch Franchisegeber; *Beater* § 30 Rn. 101; *Baumbach/Hefermehl Einl.* Rn. 399; *Gloy/Gloy* § 22 Rn. 18.

dem vertraglichen oder durch den Wettbewerbsverstoß begründeten gesetzlichen Schuldverhältnis in Verbindung mit Treu und Glauben (§ 242 BGB)⁴⁸¹ entnommen. Von besonderem Interesse soll im vorliegenden Zusammenhang das Erfordernis einer rechtlichen Sonderbeziehung (Rechtsverhältnis)⁴⁸² zwischen den Parteien sein. Hier wird deutlich, dass es sich bei dieser Art von Auskunftsanspruch um einen Hilfsanspruch oder Nebenanspruch handelt. Hauptanspruch ist dabei immer ein anderer, der dem Grunde nach bestehen muss und vom Auskunftsgläubiger nachgewiesen werden kann⁴⁸³. Fraglich ist in diesen Fällen nur der genau zu beziffernde (§ 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO) Inhalt bzw. Umfang des dem Grunde nach bestehenden Anspruchs⁴⁸⁴. Insofern dient der Hilfsanspruch der „Vorbereitung und Durchsetzung“⁴⁸⁵ eines Hauptanspruchs, der entweder auf Schadensersatz, Bereicherungsausgleich oder Beseitigung, aber auch auf Unterlassen gerichtet sein kann⁴⁸⁶. Mithin muss zwischen den Parteien ein (vor-)vertraglicher oder gesetzlicher Anspruch auf eine Leistung – zumindest dem Grunde nach – bestehen. Das Auskunftsverlangen darf hingegen nicht darauf gerichtet sein, Tatsachen zu ermitteln, die den Hauptanspruch überhaupt erst begründen können (Erforschungs- oder Beweisermittlungsantrag)⁴⁸⁷; das liefe auf eine Anerkennung einer

⁴⁸¹ BGH GRUR 92, 61 (64) – Preisvergleichsliste; BGH GRUR 90, 542 (543) – Auskunftspflicht des Unterwerfungsschuldners; *Köhler/Piper* Vor. § 13 Rn. 114; ursprünglich wurde der Anspruchsanspruch aus dem Gedanken von § 687 Abs. 2, 667 BGB hergeleitet, vgl. *vGamm* § 1 Rn. 309.

⁴⁸² Darunter sind „die Beziehungen einer Person zu einer anderen zu verstehen, die als Rechtsfolgen einem konkreten Tatbestand entspringen“ (RGZ 107, 303 (304)).

⁴⁸³ BGH NJW 57, 669 – Auskunftspflicht; BGH NJW 78, 1002; *Lorenz* JuS 95, 569 (573 f.); *Lüke* JuS 86, 2 (5).

⁴⁸⁴ Vgl. *Lorenz* JuS 95, 569 (573); *vGamm* Kap. 36 Rn. 60.

⁴⁸⁵ BGH GRUR 72, 558 (560) – Teerspritzenmaschine; s. auch § 9 Abs. 3 S. 1 des Gesetzesvorschlags von *Köhler/Bornkamm/Hennig-Bodewig* zur Reformierung des UWG (WRP 02, 1317 (1322)).

⁴⁸⁶ Vgl. *Köhler/Piper* Vor. § 13 Rn. 114 Unterlassungsanspruch als Hauptanspruch, wenn dessen zeitliche und sachliche Reichweite ungewiss ist; *Beater* § 30 Rn. 101; *Baumbach/Hefermehl* Einl. Rn. 399 m. w. N. zur stRspr.; *Gloy/Gloy* § 22 Rn. 18; *Lambsdorff*, Rn. 91.

⁴⁸⁷ BGH GRUR 87, 647 (648) – Briefentwürfe; *Köhler/Piper* Vor. § 13 Rn. 126 *Teplitzky* § 38 Rn. 7; *Gloy/Gloy* § 22 Rn. 18; *Pietzner* GRUR 72, 151 (158); eingehend zur Problematik des Ausforschungsbe- weises bzw. Erforschungs- oder Beweisermittlungsantrags s. *Lüderitz* „Ausforschungsverbot und Aus- kunftsanspruch bei Verfolgung privater Rechte“.

allgemeinen Auskunftspflicht hinaus, die weitestgehend als unzulässig betrachtet wird und vom Gesetz gerade nicht gewollt ist⁴⁸⁸.

Damit ist die Frage gestellt, ob in den hier behandelten Fällen der (vermeintlichen) Irreführung mittels Eigenpreisvergleichs eine solche Sonderbeziehung zwischen dem Unterlassungsgläubiger (Konkurrent oder Verband) und dem Unterlassungsschuldner (Werbender) besteht. Eine unerlaubte (irreführenden) Handlung, die ein solches Rechtsverhältnis zwischen den Parteien begründen würde⁴⁸⁹, kommt dabei nicht in Betracht, denn das Vorliegen einer solchen Handlung soll ja durch die Darlegung einer Diskrepanz zwischen Werbebehauptung und wahrer Begebenheit erst nachgewiesen werden. Mithin ist das Auskunftsverlangen hinsichtlich der (zeitlichen) Preisgestaltung des Werbenden vor der Preissenkung bzw. der Werbung darauf gerichtet, Tatsachen zu ermitteln, die den Unterlassungsanspruch aus § 3 UWG überhaupt erst begründen sollen. Bezüglich solcher Angaben besteht aber gerade keine Auskunftspflicht des Werbenden. Fraglich ist aber, ob es nicht zur Begründung einer Auskunftspflicht bereits ausreicht, wenn Anhaltspunkte das Vorliegen eines Anspruchs wahrscheinlich machen⁴⁹⁰. Denn trägt ein Kläger solche im Prozess vor, kann das zur Begründung einer „Darlegungs- und Beweispflicht“ des Beklagten führen⁴⁹¹. Dann rechtfertigt sich aber auch die Frage, warum solche Anhaltspunkte nicht zu einer mit der prozessualen Erklärungspflicht korrespondierenden (vorprozessualen) Auskunftspflicht führen sollen. So kann nach Ansicht der Rechtsprechung ein Auskunftsanspruch bejaht werden, wenn zwischen den Parteien ein Rechtsverhältnis besteht, das typischerweise eine „informelle Notlage“ über das Bestehen eines Anspruchs mit sich bringt⁴⁹². In einem solchen Fall genügt bereits der begründete Verdacht, dass ein Anspruch besteht, um dessen Voraussetzungen mittels Auskunftsanspruchs zu ermitteln⁴⁹³. Aber auch in diesen Fällen muss der Aus-

⁴⁸⁸ BGH GRUR 01, 841 (844) – Entfernung der Herstellungsnummer II; *Pietzner* GRUR 72, 151 (158); zu Diskussion um eine allgemeine Aufklärungspflicht s. Kap. 2, B., II., 2..

⁴⁸⁹ *Lorenz* JuS 95, 569 (573); *vGamm* Kap. 36 Rn. 60.

⁴⁹⁰ Vgl. *Lilke* JuS 86, 2 (5); BAG BB 67, 839 f..

⁴⁹¹ Vgl. Kap. 2, B., II..

⁴⁹² Bspw. beim Nachweismaklervertrag; vgl. BGH NJW-RR 87, 173 f.; BGH NJW-RR 90, 1370 f..

⁴⁹³ BGH NJW-RR 87, 173 f.; BGH NJW-RR 90, 1370 f. zum Auskunftsanspruch des Maklers hinsichtlich der die Entstehung des Provisionsanspruchs begründenden Tatsachen; vgl. auch BAG BB 67, 839 f. zum Auskunftsanspruch über solche Tatsachen, die den Anspruch auf Unterlassen von Wettbewerb durch einen ausgeschiedenen Arbeitnehmer im Falle eines bestehenden Wettbewerbsverbots (arbeitsvertragliche Wettbewerbsklausel) begründen. Auf dieser Linie liegt nach Ansicht des BGH auch der Fall, dass ein

kunftsgläubiger zunächst das Bestehen eines Rechtsverhältnisses zwischen den Parteien nachweisen, das gesteigerte Schutz- und Sorgfaltspflichten für die Rechtsgüter des anderen mit sich bringt. Eine – wenn auch hohe – Wahrscheinlichkeit für das Bestehen einer solchen Rechtsbeziehung genügt hingegen nicht⁴⁹⁴.

Um eine Ausnahme von dem zwingenden Erfordernis einer dem Grunde nach bestehenden rechtlichen Sonderverbindung handelt es sich auch dann nicht, wenn der BGH feststellt, dass „der zum Schadensersatz oder zur Beseitigung eines Zustandes fortwirkender [Störung⁴⁹⁵] Verpflichtete unter Umständen auch gehalten [ist], dem Betroffenen Auskunft darüber zu erteilen, wem gegenüber er weiterhin die zu widerrufenden ehrkränkenden Behauptungen aufgestellt hat“⁴⁹⁶. In einem solchen Fall reicht es nach Ansicht des BGH aus, wenn „Grund zur Annahme“ besteht, der Beklagte hätte die Behauptung weiteren Personen gegenüber aufgestellt. Anders als der BGH in seiner Urteilsbegründung⁴⁹⁷ ausführt, handelt es sich aber nicht um einen aus Treu und Glauben (§ 242 BGB) herzuleitenden Auskunftsanspruch, sondern vielmehr um einen selbständigen Anspruch aus § 249 S. 1 BGB (Naturalrestitution) zur Behebung eines festgestellten Schadens⁴⁹⁸. Und auch wenn man mit dem BGH auf Treu und Glauben (§ 242 BGB) abstellt, ist eine rechtliche Sonderbeziehung in dem vorausgegangenen Eingriff in die geschützten Positionen des Klägers begründet. In einem anderen Fall hatte der Beklagte gegen eine übernommene Unterlassungspflicht verstoßen. Nach Ansicht des BGH kann hier dem Unterlassungsschuldner „nach Treu und Glauben (§ 242 BGB) die (vertragliche) Nebenpflicht angesonnen werden, dem verletzten Gläubiger zu offenbaren, ob es sich um einen einmaligen Verstoß handelt oder ob er weitere Verstöße gegen seine vertragliche Verpflichtung begangen hat.“⁴⁹⁹ Der Auskunftsanspruch darf jedoch nicht dar-

Pflichtteilsberechtigter, der nicht Erbe war, gegenüber einem vom Erblasser Beschenkten Auskunft über diese vom Erblasser unentgeltlich vorgenommenen Verfügungen begehrt, vgl. BGHZ 55, 378 (380). In einer späteren Entscheidung hat der BGH diesen Auskunftsanspruch auch dem Pflichtteilsberechtigten zugestanden, der gleichzeitig Erbe war, vgl. BGHZ 61, 180 (184).

⁴⁹⁴ BGHZ 74, 379 (381); BGH NJW 78, 1002; BGH NJW-RR 87, 1296; *Lorenz* JuS 95, 569 (574); *Pa-landt/Heinrichs* § 261 Rn. 11; dahingehend *Tilman* GRUR 87, 251 (256).

⁴⁹⁵ Im Original heißt es an dieser Stelle „Ehrverletzung“.

⁴⁹⁶ BGH NJW 62, 731; vgl. auch RGZ 158, 377 (380); BGH BB 67, 839 f.; *Teplitzky* § 38 Rn. 7.

⁴⁹⁷ BGH NJW 62, 731; ebenso BGH GRUR 94, 630 (632 f.) – *Cartier-Armreif*.

⁴⁹⁸ Zum Anspruch aus § 249 S. 1 BGB s. *Lorenz* JuS 95, 569 (572) m. w. N. zur Rechtsprechung.

⁴⁹⁹ BGH GRUR 92, 61 (64) – *Preisvergleichsliste*; dazu bereits BGH GRUR 90, 542 (543) – *Auskunfts-pflicht des Unterwerfungsschuldners*.

auf gerichtet sein, Verletzungshandlungen zu ermitteln, die neue, d.h. andere Ansprüche rechtfertigen⁵⁰⁰. Auch dabei handelt es sich also um keinen akzessorischen Auskunftsanspruch im obigen Sinne, der ohne Bestehen einer rechtlichen Sonderbeziehung anerkannt wurde, sondern um eine (selbständige) Nebenpflicht aus dem Unterlassungsvertrag.

Damit wird deutlich, dass für den akzessorischen Auskunftsanspruch ein zwischen den Parteien dem Grunde nach bestehendes Rechtsverhältnis unabdingbar ist. Ein solches lässt sich zwischen einem mittels Eigenpreisvergleichs Werbenden und seinen Konkurrenten bzw. einem Verband auf den ersten Blick nicht feststellen. Nachsinnen könnte man allenfalls über eine solche pflichtenbegründende Sonderverbindung aufgrund des (allgemeinen) Wettbewerbsverhältnisses, das zwischen dem Werbenden und seinen Konkurrenten besteht. Im Wettbewerb herrscht das bekannte wettbewerbseigene Reaktionsmuster, dass eine erfolgreiche Wettbewerbshandlung des einen Wettbewerbers grundsätzlich eine nachteilige Auswirkung auf die Wettbewerbsstellung seiner Konkurrenten hat oder zumindest haben kann. In Anbetracht dieses permanenten Spannungsverhältnisses zwischen den Wettbewerbern könnte man meinen, jeden Wettbewerber treffe eine gesteigerte Sorgfaltspflicht bei Wettbewerbsmaßnahmen. Andererseits widerspricht das dem Sinn und Zweck von Wettbewerb und würde ihn bedeutend einschränken. Zwar hätte eine solche Konstruktion einer allgemeinen wettbewerbsbezogenen Sorgfaltspflicht das moralische Argument auf seiner Seite, dass unlauterer Wettbewerb nicht schützenswert ist und damit der wirtschaftlich erwünschte (lautere) Wettbewerb keinerlei Einschränkung erfahre. Doch würde das letztlich auf eine wettbewerbsrechtlich unerwünschte allgemeine Auskunftspflicht⁵⁰¹ hinauslaufen, was ein permanentes Ausforschen der Konkurrenz ermöglichen würde. Treten zwei Parteien in Wettbewerb zueinander, handelt es sich um einen rechtlich neutralen Vorgang. Im allgemeinen besteht kein Schutz vor Wettbewerb⁵⁰². Eine rechtlich relevante Nähebeziehung entsteht zwischen Wettbewerbern erst dann, wenn einer von ihnen in den Rechtskreis des anderen eingreift. Das geschieht aber nicht allein durch den Eintritt in den Wettbewerb, son-

⁵⁰⁰ Köhler/Piper § 3 Rn. 508; BGH GRUR 80, 1105 (1111) – Das Medizinsyndikat III; BGH 00, 907 (910) – Filialleiterfehler.

⁵⁰¹ Vgl. zur allgemeinen Auskunftspflicht Kap. 2, B., II., 2..

⁵⁰² Zum Wettbewerbsverbot aufgrund einer entsprechenden vertraglichen Vereinbarung vgl. Fn.152.

dem wird erst durch ein wettbewerbsfremdes Verhalten begründet⁵⁰³. Solange die Parteien aber im rechtlich neutralen Wettbewerb zueinander stehen, kann von einer pflichtbegründenden Sonderbeziehung keine Rede sein.

Damit scheidet mangels rechtlich relevanter Sonderbeziehung ein akzessorischer Auskunftsanspruch gegenüber einem mittels Eigenpreisvergleichs werbenden Wettbewerber hinsichtlich solcher Tatsachen, die zur Beurteilung des Wahrheitsgehalts der streitigen Werbebehauptung relevant sind, aus. Entsprechend hat auch der BGH in seiner Entscheidung „Preisauskunft“ entschieden:

- „1. Es besteht kein Anspruch von Verbänden oder Mitbewerbern gegen den Werbenden, der neue niedrigere Preise alten höheren Preisen gegenüberstellt, auf Auskunft darüber, wann und bis zu welchem Zeitpunkt der Wettbewerber die alten Preise ernsthaft gefordert und erhalten hat.
2. Dies gilt auch für den Fall, dass erhebliche Verdachtsmomente bestehen, dass die alten Preise vor der angeblichen Preisherabsetzung nicht ernsthaft gefordert worden sind.“⁵⁰⁴

2. § 9 Abs. 4 UWG-Vorschlag und der aktuelle Referentenentwurf

Mit dem Ziel einer Neuorientierung bei der Frage eines vorprozessualen Auskunftsanspruchs im Bereich der Werbung mit Preissenkungen, haben *Köhler/Bornkamm/Hennig-Bodewig* in ihrem Gesetzesentwurf zur Novellierung des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb⁵⁰⁵ einen Auskunftsanspruch in § 9 Abs. 4 UWG-Vorschlag mit folgendem Inhalt angeregt:

- „Wer mit einer Preissenkung wirbt, kann auf Auskunft über die Höhe des ursprünglichen Preises und den Zeitraum, in dem er gefordert wurde, in Anspruch genommen werden. Der Auskunftspflichtige kann von dem Berechtigten einen angemessenen Ausgleich für die Erteilung der Auskunft verlangen.“

⁵⁰³ *Köhler/Piper* Vor. § 13 Rn. 114; *Teplitzky* Kap38 Rn. 6; zur Begründung einer rechtlichen Sonderbeziehung aufgrund unerlaubter Handlung, vgl. BGH NJW, 78, 1002; *Lorenz* (JuS 95, 569 (573)), der zudem ausführt, dass nur eine solche Sonderbeziehung maßgeblich sein könne, die sich zu einer „Anspruchsbeziehung“ verdichtet hat.

⁵⁰⁴ BGH GRUR 78, 54 – Preisauskunft; vgl. auch Jänich, S. 29..

⁵⁰⁵ *Köhler/Bornkamm/Hennig-Bodewig* WRP 02, 1317 ff. (im Folgenden mit UWG-Vorschlag bezeichnet).

gen. Der gezahlte Betrag ist im Falle der rechtskräftigen Verurteilung wegen einer nach § 7 Abs. 2 Nr.1 irreführenden Werbung zurückzuerstatten.“⁵⁰⁶

§ 7 Abs. 2 Nr.1 des UWG-Vorschlag lautet:

„Es wird vermutet, dass es irreführend ist,

1. mit einer Preissenkung zu werben, sofern der ursprüngliche Preis nur für eine unangemessen kurze Zeit gefordert worden ist.“⁵⁰⁷

Dieser Vorschlag einer Irreführungsvermutung kombiniert mit einem vorprozessualen, selbständigen (nicht-akzessorischen) Auskunftsanspruch wurde von den Verfassern des Reg.-Entwurfs abgelehnt. Stattdessen hat man sich an Stelle eines vorprozessualen Auskunftsanspruchs für eine prozessuale Beweislastumkehr entschieden (§ 5 Abs. 4 S. 2 Reg.-Entwurf⁵⁰⁸)⁵⁰⁹. Sicherlich hätte der Auskunftsanspruch zu einer erheblich größeren Erleichterung im Vorgehen gegen irreführende Eigenpreisvergleiche geführt. Denn der Kläger hätte bereits vor Klageerhebung ermitteln können, ob die Werbung i.S.d. Gesetzesvermutung irreführend ist oder nicht und müsste nicht erst, wie es nach geltendem Recht und dem aktuellen Regierungsentwurf der Fall ist, einen Prozess anstrengen und das damit verbundene Prozess- bzw. Kostenrisiko⁵¹⁰ tragen. Dennoch haben sich die Verfasser des vorliegenden Regierungsentwurfs für die Beibehaltung eines umfassenden Schutzes der privaten Rechte des Werbenden im außergerichtlichen Bereich entschieden und greifen dafür mit der Regelung einer Beweislastumkehr tiefer in die prozessualen Rechte des Beklagten ein. Damit wird erneut der Grundsatz bestätigt, dass – insbesondere im vorprozessualen Bereich – niemand verpflichtet werden kann, sich selbst zu belasten und die Gründe für seine eigene Verurteilung liefern muss⁵¹¹. Der Gesetzgeber erneuert also seine Wertentscheidung, im außerprozessualen Bereich dem Geheimhaltungsinteresse des Werbenden mit Blick auf den Schutz der Privatautonomie

⁵⁰⁶ Köhler/Bornkamm/Hennig-Bodewig WRP 02, 1317 (1322).

⁵⁰⁷ Köhler/Bornkamm/Hennig-Bodewig WRP 02, 1317 (1320).

⁵⁰⁸ Abgedruckt in BT-Drs. 15/1487.

⁵⁰⁹ Vgl. Kap. 2, B., III., 3..

⁵¹⁰ Es ist davon auszugehen, dass der „angemessene Ausgleich“ (§ 9 Abs. 4 UWG-Vorschlag) hinter den Prozesskosten (exklusive möglicher Kosten für Umfragegutachten) hätte zurückbleiben müssen, wobei zugleich voreiligem Auskunftsverlagen und der damit verbundenen Gefahr einer übermäßigen Belastung des Werbenden durch notorisch misstrauische Konkurrenten oder Verbände Einhalt geboten hätte werden müssen.

⁵¹¹ RGZ 63, 408 (410); BGH NJW 58, 1491 (1492); BGH WM 63, 864; BGH GRUR 78, 54 (55) – Preisauskunft.

der Parteien den Vorzug vor dem Informationsinteresse des Konkurrenten zu geben und den Beklagten erst vor Gericht bei der Sachverhaltsermittlung und Beweisführung heranzuziehen bzw. zu belasten.

VI. Endbetrachtung zur Beweisproblematik

Der Zweck, irreführende Werbemaßnahmen zu unterbinden, besteht einerseits darin, den Abnehmer (Verbraucher) vor irreführungsbedingter Fehlleitung in seinem Konsumverhalten zu bewahren, und andererseits, dadurch den Mitbewerbern Schutz vor unlauteren Wettbewerbsverzerrungen zu gewährleisten. Das Ziel hoheitlicher Maßnahmen muss es sein, die Werbenden zum sorgfältigem Umgang mit Werbung anzuhalten. Anderenfalls schwindet das Vertrauen der Empfänger informativer Werbung in die vermittelten Inhalte und damit die Basis jeder informativen Werbung. Doch schwarze Schafe wird es immer wieder geben, die das – bereits schwindende – Vertrauen der Verbraucher in Werbeinformationen zu ihren Gunsten und zu Lasten aller sonstigen Beteiligten ausnutzen bzw. missbrauchen. Erforderlich ist daher ein funktionierendes Sanktionssystem, das Missbräuchen vorbeugt oder diese zumindest ahndet und vor Wiederholung abschreckt. Allerdings sind bei der Verfolgung irreführender Werbungen, und speziell bei der hier behandelten Werbung mittels Eigenpreisvergleichs, mitunter unüberwindbare Hürden zu bewältigen. Die Problematik, die sich sowohl bei der Darlegung und Beweisführung im Prozess, als auch bei der vorprozessualen Sachverhaltsermittlung stellt, wurde verdeutlicht. Mit den entwickelten und praktizierten Grundsätzen zur „Darlegungs- und Beweispflicht“ der nicht beweisbelasteten Partei hat sich eine durchaus interessengerechte und praktikable innerprozessuale Regelung gefunden. Doch ist man im vorprozessualen Bereich nach wie vor mit der Situation konfrontiert, dass eine eindeutige Ermittlung des Wahrheitsgehalts eines Eigenpreisvergleichs für den zur Klage bereiten Konkurrenten oder Verband mit den ihm zur Verfügung stehenden (legalen) Möglichkeiten im Grunde unmöglich oder zumindest unzumutbar ist, andererseits ein umfassender vorprozessualer Auskunftsanspruch zu weit in die Freiheit des Unternehmers eingreifen und diesen in erheblicher, jedoch nicht zu rechtfertigender Weise, belasten würde. Damit steigt das Prozess-, als auch das Kostenrisiko, was, in Anbetracht der mitunter erheblichen Kosten einer Wettbewerbsstreitigkeit, dazu führt, dass gegen eine Großzahl der Fälle irreführender Eigenpreisvergleiche keine Klage erhoben wird. Zur Kompensierung der Schwierigkeiten einer gerichtlichen Geltendmachung von Wettbewerbsverstößen in der Werbewirtschaft hat sich eine außergerichtliche Selbst-

kontrolle entwickelt. Eine umfassende Behandlung dieses Systems der Selbstkontrolle bzw. Selbstregulierung kann auf Grund des Umfangs der Thematik im Rahmen der vorliegenden Untersuchung nicht geleistet werden⁵¹². An dieser Stelle sei aber auf ihre Bedeutung hingewiesen. Denn dort, wo die Unterbindung wettbewerbswidrigen Verhaltens durch staatliche Einrichtungen ihre Grenzen findet, kann die Lauterkeit und Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs in weiten Bereichen von der Effizienz und dem wettbewerbskonformen Regulierungsgeschick solcher Systeme der Selbstkontrolle und Selbstregulierung abhängen.

⁵¹² Vgl. für viele *Brandmaier* „Die freiwillige Selbstkontrolle in der Werbung“; *Kisseler*, FS *Piper*, S. 283 ff.; *Hörnle* WRP 82, 504 ff..

C. Der Verbraucher und der Schutz der Entscheidungsgrundlage

Von der Eigenschaft des Verbrauchers als „Schiedsrichter“ des wirtschaftlichen Wettbewerbs zwischen den Anbietern am Markt und der sich daraus ergebenden Problematik war bereits die Rede⁵¹³. An diesem Punkt der Untersuchung sollen nun die wirtschaftlichen Interessen der Verbraucher – ob als Einzelpersonen oder in ihrer Gesamtheit – und deren wettbewerbsrechtliche Relevanz den Mittelpunkt der Betrachtung bilden. Zudem wird die Frage zu stellen sein, inwiefern den wettbewerbsrechtlich relevanten Interessen der Verbraucher im Zusammenhang mit der Werbung mittels Eigenpreisvergleichs ein besonderer Schutz durch das UWG gebührt.

I. Wettbewerbsrechtlicher Schutz von Verbraucherinteressen

Ist im wettbewerbsrechtlichen Zusammenhang von dem „Verbraucher“ die Rede, so ist damit im allgemeinen der Verbraucher als privater (Letzt-) Abnehmer in Abgrenzung zum unternehmerisch tätigen Abnehmer gemeint⁵¹⁴. Am Markt stehen die Verbraucher als Interessengruppe den Unternehmern (Produzenten und Händler) gegenüber. Der durchschnittliche Letztverbraucher gilt im Gegensatz zum unternehmerischen Abnehmer in wirtschaftlichen Angelegenheiten als eher unerfahren und z.T. unbeholfen und verfügt über eine relativ geringe Finanzkraft. Dabei ist der Verbraucher von der Wirkung wettbewerblichen Verhaltens meist unmittelbar betroffen. Allgemein betrachtet, machen eine leichte Verletzlichkeit, seine Angewiesenheit auf das Angebotene und die Reaktionsschwäche des wirtschaftlich und sozial unterlegenen Verbrauchers diesen in besonderem Maße schutzbedürftig⁵¹⁵.

⁵¹³ Siehe die ausführliche Darlegung unter Kap. 1, B., IV..

⁵¹⁴ *Beater* § 13 Rn. 30; vgl. § 13 BGB („... natürliche Person, die ein Rechtsgeschäft zu einem Zweck abschließt, der weder ihrer gewerblichen noch selbständigen beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden kann.“), auf den nun auch § 2 Abs. 2 UWG-RegE (Stand: 22.8.2003) verweist, sowie die Definition in Art.2 lit. e RL 98/6/EG über Preisangaben (abgedruckt in EuZW 98, 369).

⁵¹⁵ *Schricker*, *RabelsZ* 36 (1972), 315 (317); *Beater* § 13 Rn. 33 f., § 14 Rn. 1; *Hefermehl* FS Band II (1991) 897 (912).

1. Verbraucherschutz als Schutzzweck des UWG

In seinem Ursprung war das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb auf den Schutz der Konkurrenten gerichtet⁵¹⁶. Diese sollten vor unlauteren („illoyalen“⁵¹⁷) Wettbewerbshandlungen derer geschützt werden, die ihre wirtschaftliche Bewegungsfreiheit zum Nachteil der Mitbewerber missbrauchen und sich auf diese Weise einen Wettbewerbsvorsprung verschaffen. Die Wettbewerber sollten untereinander auf die Einhaltung ethischer Mindeststandards im Sinne kaufmännisch fairen Verhaltens verpflichtet werden⁵¹⁸. Obwohl dem historischen Gesetzgeber der Verbraucherschutz nicht völlig fremd war und dieser durchaus Diskussionsgegenstand der Gesetzesberatungen war, stand bei Inkrafttreten der Wettbewerbsgesetze von 1896⁵¹⁹ und 1909⁵²⁰ ausschließlich das Verhältnis zwischen den Wettbewerbern im Blickpunkt des jeweiligen Regelungswerkes⁵²¹. Der Schutz von Verbraucherinteressen stellte allenfalls eine mittelbare Reaktion des Konkurrentenschutzes dar. Denn wird die Kaufentscheidung des Verbrauchers durch unlautere Praktiken eines Wettbewerbers beeinflusst, kann es zu Verzerrungen des (leistungsbezogenen) Wettbewerbs zu Lasten der redlichen Konkurrenten und im Extremfall zu einer Auslese von leistungsfähigen Wettbewerbern kommen⁵²². Der Verbraucher fand also nur insofern Beachtung, als er einem Wettbewerber als Werkzeug unlauteren Wettbewerbsverhaltens dienen würde.

Dieser Gedanke des Konkurrentenschutzes ist auch heute noch von zentraler Bedeutung für das Verständnis des UWG und wird das auch bleiben⁵²³. Doch hat sich das rein wettbewerbsrechtliche Verständnis des UWG im Laufe der Zeit zu einem „sozialrechtlichen“ Verständnis gewandelt⁵²⁴. Nach dieser heute allgemein vertretenen Auffassung umfasst der Schutzzweck des UWG neben dem Schutz von wettbewerbsrechtlich schützenswerten Interessen der Mitbewerber (Konkurrenten) auch den Schutz der Verbrau-

⁵¹⁶ *Baumbach/Hefermehl* Einl. Rn. 41; *Gloy/Greuner* § 2 Rn. 5; *Ott* FS Raier (1994), S. 403 (418).

⁵¹⁷ *Ott* FS Raier (1994), S. 403 (418).

⁵¹⁸ Vgl. *Micklitz/Keßler* WRP 03, 919 (926).

⁵¹⁹ Gesetz zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs vom 27.5.1896 (RGBl. S. 145).

⁵²⁰ Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb vom 7.6.1909 (RGBl. S. 499).

⁵²¹ Vgl. *Köhler/Piper* Einf. Rn. 23; *Emmerich* § 3 Anm. 2.

⁵²² Vgl. die Ausführungen unter Kap. 1, D., II..

⁵²³ Noch heute wird die These vertreten, das deutsche Wettbewerbsrecht sei primär auf den Konkurrentenschutz ausgerichtet, vgl. *Beater* GRUR 00, 963 (966 m. w. N.); *Beater* (2000) S. 172; *Tonner* NJW 87, 1917 (1919 f.).

⁵²⁴ Auf das „Interesse des Publikums“ hinweisend RG GRUR 30, 540 (542); RGZ 120, 47 (49).

cherinteressen⁵²⁵ und der Interessen der Allgemeinheit (Schutztrias)⁵²⁶. Dabei stehen die Interessen prinzipiell in keinem Rangverhältnis zueinander, sondern werden in gleichem Maße vom Schutz des UWG erfasst⁵²⁷. In dieser Weise sind sie Gegenstand einer Interessenabwägung, die prinzipiell jeder wettbewerbsrechtlichen Beurteilung zugrunde liegt. Die Gleichrangigkeit der zu schützenden Interessen bedeutet allerdings nicht, dass ihre Gewichtung je nach dem zu beurteilenden Verhalten nicht variieren kann. Vielmehr kann sich „bei der Beurteilung des konkreten Einzelfalls mit seiner allgemeinen Interessenlage und mit seinen Besonderheiten [...] ein Übergewicht bestimmter Interessen ergeben“⁵²⁸. Allerdings darf die besondere Gewichtung einzelner Interessen nicht dazu führen, dass entgegenstehende Interessen anderer Marktteilnehmer in ihrem Wesengehalt verdrängt werden⁵²⁹. Das scheint nicht immer ganz unproblematisch. Mitunter möchte man meinen, das Argument des Verbraucherschutzes hätte in der öffentlichen Meinung und z.T. auch in den Köpfen der Rechtslehre ein ganz eigenes Gewicht erhalten, das ihm nicht nur in der öffentlichen Diskussion, sondern auch im Rahmen der wettbewerbsrechtlichen Interessenabwägung eine hervorgehobene Stellung zukommen lässt. Das ist in Zeiten, in denen der allgemeine Verbraucherschutz seinen ersten Frühling erlebt, und in denen alle Bereiche daraufhin geprüft werden, ob in ihnen der Verbraucherschutz gebührend beachtet wird⁵³⁰, nicht unbedingt verwunderlich und bei einigen Regelungsgegenständen durchaus wünschenswert. So wurde der Verbraucherschutz bereits als „Umweltschutz des Wettbewerbsrechts“⁵³¹ bezeichnet. Wo auch immer die Gefahr einer nachteiligen Wirkung für die Belange der Verbraucherschaft er-

⁵²⁵ Im Gesetz hat der Gedanke des Verbraucherschutzes insbesondere im Sinne eines Kollektivinteresses der Verbraucherschaft mit der Einführung der Klagebefugnis von (Verbraucherschutz-) Verbänden seinen unmittelbaren Niederschlag gefunden, vgl. § 13 Abs. 2 Nr. 3 UWG (§ 13 Abs. 1 a UWG a.F.) – eingeführt durch die UWG-Novelle von 1965.

⁵²⁶ *Emmerich* § 3 Anm. 2; *Köhler/Piper* Einf. Rn. 24 m. w. N. zur Rspr.; *Baumbach/Hefermehl* Einl. Rn. 42; vgl. auch § 1 des RegE UWG (Stand 22.8.2003) – abgedruckt in BT-Drs. 15/1487 (S. 5 ff.).

⁵²⁷ *Köhler/Piper* Einf. Rn. 24; v. Gamm § 4 Rn. 14.

⁵²⁸ v. Gamm Kap. 4 Rn. 14, Kap. 8 Rn. 13 ff.; *Köhler/Piper* Einl. Rn. 24.

⁵²⁹ Vgl. Grundsatz der praktischen Konkordanz (BVerfGE 93, 1 (21); v. Münch Vorb. Art.1-19 Rn. 47), dessen Gedanke auch in diesem Zusammenhang Beachtung finden muss.

⁵³⁰ Diese Tendenz feststellend bereits *Lehmann* GRUR 79, 368 (379) („geradezu modischen Eiferung für dieses Anliegen“); weiterhin *Beater* JZ 00, 973 (976).

⁵³¹ *Schricker*, *RabelsZ* 36 (1972), 315, der die Geschwindigkeit und Intensität, mit der in der öffentlichen Meinung auf den Schutz der Verbraucher reagiert wurde, mit der Reaktion auf Umweltgefahren vergleicht.

blickt wird, finden sich umgehend Fürsprecher, die ein nachhaltiges Einschreiten zum Schutze der Verbraucher fordern.

Diese Tendenz lässt sich auch im Bereich des Wettbewerbsrechts beobachten. Nicht selten könnte man daher den Eindruck gewinnen, beim UWG handle es sich um ein Verbraucherschutzgesetz⁵³². Dieser Entwicklung sollte gerade im Bereich des Wettbewerbsrechts Einhalt geboten werden und der Verbraucherschutzgedanke auf ein sinnvolles Maß zurückgeführt werden. Das gilt besonders dort, wo die Interessen der übrigen Marktteilnehmer in wettbewerbsrechtlich nicht zu rechtfertigender Weise von denen einer Minderheit unmündiger Verbraucher nahezu verdrängt werden, als auch dort, wo der Verbraucherschutzgedanke als Rechtfertigung wettbewerbspolitisch motivierten Konkurrentenschutzes entfremdet wird⁵³³ und wo ein überzogenes Verbraucherschutzniveau – zu Lasten aller Beteiligten – eine wettbewerbshemmende Wirkung entfaltet⁵³⁴. Im Sinne einer wettbewerbskonformen Liberalisierung des Lauterkeitsrechts sollte man sich erneut der schutzwürdigen Interessen der Werbenden vergegenwärtigen⁵³⁵. Symptomatisch dafür, dass dessen Interessen scheinbar aus den wettbewerbsrechtlichen Überlegungen verbannt wurden, ist die von *Müller* gestellte Frage: „Welchen Zweck sollte ein Schutz vor werblichen Angaben haben, der sich nicht daran orientiert, wie diese tatsächlich aufgefasst werden, sondern daran, wie sie aufgefasst werden sollen? Gediene wäre damit weder den Verbrauchern noch den Konkurrenten noch der Allgemeinheit“⁵³⁶; völlig außen vor bleiben hier Erwägungen hinsichtlich der Werberinteressen. Dabei gilt das Lauterkeitsrecht auf der Seite der Wettbewerber nicht nur dem Schutz der Konkurrenz. Vielmehr gilt es dem Schutz aller Wettbewerber vor ungerechtfertigten Eingriffen in ihre wirtschaftliche Handlungsfreiheit, indem es eine Obergrenze wettbewerbsrechtlicher Beschränkungen schafft⁵³⁷.

⁵³² Den Gedanken ansprechend *Köhler/Piper* Einf. Rn. 24 (a.E.).

⁵³³ Vgl. *Beater* GRUR 00, 963 (966, Fn.28); *Schricker* GRUR Int. 94, 586 (587).

⁵³⁴ Vgl. *Köhler* JuS 93, 447 (449); *Beater* (2000) S. 139.

⁵³⁵ Ebenso *Eppe* WRP 03, 29 (31).

⁵³⁶ Müller, S. 28.

⁵³⁷ Vgl. dazu *Baumbach/Hefermehl* Einl. Rn. 77; *Beater* GRUR Int. 00, 963 (965).

2. Wettbewerbsrechtlich relevante Verbraucherinteressen

Im Folgenden soll auf die wettbewerbsrechtlich schutzwürdigen Interessen der Verbraucher eingegangen werden. Anknüpfend an die einleitenden Ausführungen zur Frage des Schutzsubjekts des UWG sei darauf hingewiesen, dass die insbesondere unter (b.) dargestellten Interessen der Verbraucher indirekt auch solche der Konkurrenten betreffen. Denn wo Verbraucher mittels unlauterer Wettbewerbsmethoden in ihrer freien Entscheidungsfindung zu Gunsten des werbenden Unternehmers beeinflusst werden, hat das mittelbare Folgen für die wirtschaftlichen Interessen der Konkurrenten. Die Gefahr für die Wettbewerber besteht im Verlust (bzw. Nicht-Gewinnen) der Verbrauchergunst durch unlautere, nicht leistungsbezogene Geschäftsgebaren eines Mitbewerbers, was zur Verschlechterung ihrer Stellung im Wettbewerb und im Extremfall zum Verlust ihrer wirtschaftlichen Lebensfähigkeit führt⁵³⁸.

a. Optimierung des Angebots

Augenscheinlich und keiner näheren Begründung bedürftig ist das wirtschaftliche Interesse des Verbrauchers an der Optimierung der am Markt dargebotenen Waren und Dienstleistung hinsichtlich deren Qualität, Quantität und ihrem Preisniveau⁵³⁹. Dabei kann unter „Quantität“ einerseits die Angebotsbreite, d.h. die Anzahl gleichartiger Waren unterschiedlicher Qualität, als auch die Gebietsabdeckung, d.h. die Nähe eines Anbieters zum Aufenthaltsort des Verbrauchers, verstanden werden. Hingegen sind die Qualität und der Preis im Sinne eines Preis-Leistungs-Verhältnisses zu betrachten; der Preis sollte also in einem angemessenen Verhältnis zu der Qualität der Ware oder Dienstleistung stehen.

Setzt man sich mit der Problematik auseinander, wie diesem Interesse bestmöglich Rechnung getragen werden kann, gelangt man letztlich zu der Frage nach dem optimalen Maß an Wettbewerb bzw. nach dem zu bevorzugenden Wirtschaftssystem, das dem Ziel einer Optimierung des Angebots auf interessengerechter, wirtschaftspolitisch neutraler und verfassungskonformer Weise am effektivsten dient. Dem schließt sich die wettbewerbsrechtlich fundamentale Frage an, welche Voraussetzungen bestehen müssen bzw. ob und wie diese Voraussetzungen durch staatlich regulierendes Eingreifen geschaffen werden müssen, damit der Wettbewerb die gewünschte Wirkung entfaltet. Die vorliegende Untersuchung ist jedoch nicht der Ort für eine eingehende Untersuchung

⁵³⁸ Vgl. KOM (2003) 356 (Rn. 16); zu diesem Verhältnis die Ausführungen unter Kap. 1, D., II.

⁵³⁹ Vgl. *Beater* (2000) S. 122.

dieser Fragestellung. Es sei nur soviel festgestellt, dass nach heute wohl herrschender Überzeugung die Optimierung des Angebots das Resultat eines funktionsfähigen (Leistungs-) Wettbewerbs ist (sog. funktionale Theorie)⁵⁴⁰. Denn der wirtschaftliche Wettstreit zwischen den Anbietern um die Gunst des Verbrauchers führt letztlich dazu, dass sich das Angebot an dessen Bedürfnissen und Wünschen orientiert (Lenkungsfunktion des Verbrauchers)⁵⁴¹. Vom Ansatzpunkt her entspricht also die Sicherung des Bestands und der Freiheit von Wettbewerb und Markt dem Interesse der Verbraucher an einer Optimierung des Waren- und Dienstleistungsangebots⁵⁴².

b. Entschließungsfreiheit

Prinzipiell spiegelt sich im Konsumverhalten des Verbrauchers sein Bedarf an Waren und Dienstleistungen wieder. Lässt man psychologische und soziologische Einflüsse außen vor, manifestieren sich in dem Nachfrageverhalten des Verbrauchers seine persönlichen Bedürfnisse und seine Anforderungen an das Angebot am Markt. Entsprechend äußert sich in dem Preis, den der Verbraucher bereit ist zu zahlen, der Wert, den

⁵⁴⁰ *Beater* (2000) S. 123 ff., 132 ff.; *Baumbach/Hefermehl* Allg. Rn. 16a.; *Baudenbacher* GRUR 81, 19 (21 f.); *vHippel*, S. 22, 114; *vHippel* JZ, 417 (420).

⁵⁴¹ Mitunter kann darüber diskutiert werden, ob es sich dabei nicht um eine Fehlvorstellung handelt. Das Modell geht von einem souveränen Verbraucher aus, der autonom über seine Bedürfnisse entscheidet und über dessen Kaufverhalten die Märkte gesteuert würden (Lenkungsfunktion). In Zeiten der Massenproduktion scheint das nur bedingt der Realität zu entsprechen. Das produzierende Gewerbe hat aufgrund der Massenproduktion, die mit langfristigen Produktions- und Absatzplanungen verbunden ist, einen Großteil seiner Flexibilität eingebüßt und kann nicht mehr entsprechend flexibel auf die sich wandelnden Bedürfnisse und Anforderungen der Verbraucher reagieren. Schwankungen im Abnehmerverhalten können letztlich dazu führen, dass Produzenten und Händler auf ihren Produkten sitzen bleiben und den vorgezogenen Ausgaben keine Einnahmen gegenübergestellt werden können. Daher ist das produzierende Gewerbe nicht nur bemüht, sich an den Erfahrungen zu orientieren und bestmöglich zu antizipieren, welche Produkte den Wünschen des Verbrauchers am besten entsprechen (insofern bleibt die Lenkungsfunktion des Verbrauchers durchaus relevant). Um aber den Absatz zu sichern, wird darüber hinaus mit unterschiedlichen kommunikativen Mitteln (bspw. suggestive Werbung; Imagebildung) versucht, einen Markt für das Produkt zu schaffen bzw. die Nachfrage zu steigern. In einer Überflussgesellschaft entscheidet nicht ausschließlich der Verbraucher über seine Bedürfnisse, sondern der Anbieter versucht, (neue) Bedürfnisse im Verbraucher hervorzurufen (Nachfragelenkung; bspw. durch Modetrends). Vgl. zu diesem Gedankenansatz *Drexel*, S. 124 ff.; *Hoppmann* WuW 83, 776 (777 f.); *Luckenbach* WiSt 73, 399 (400); *Simitis*, S. 137 ff.; *van den Bergh/Lehmann* GRUR Int. 92, 588 (592) m. w. N.; kritisch *Scherer*, S. 30 ff..

⁵⁴² *Baumbach/Hefermehl* Einl. Rn. 79; *Hefermehl* FS Band II (1991), S. 897 (912); *Beater* § 14 Rn. 4; Speziell im Zusammenhang mit Preisen vgl. BGH GRUR 00, 521 (525) – Modulgerüst.

eine Ware oder Dienstleistung für ihn hat. Dieses Interesse an wirtschaftlicher Selbstbestimmung wird flankiert durch das Recht auf Privatautonomie⁵⁴³. Der Verbraucher soll sich selbstbestimmt am Markt bewegen können und keiner fremdbestimmenden Einflussnahme ausgesetzt sein. Im Idealfall ist seine Kaufentscheidung das Resultat eines rationalen Entscheidungsprozesses⁵⁴⁴. Dabei wird das Bild eines autonom entscheidenden Verbrauchers beschrieben, der ein ausgeprägtes Bewusstsein hinsichtlich seiner Bedürfnisse und der jeweiligen persönlichen Wertigkeit einer Ware oder Dienstleistung besitzt. Doch entspricht das hier aufgezeichnete Bild eines homo oeconomicus nach wirtschaftswissenschaftlichen Erfahrungen nicht dem Realtypus von Verbraucher⁵⁴⁵. Denn Grundlage einer autonom-rationalen Entscheidungsfindung ist die umfassende Kenntnis der Gegebenheiten (Marktverhältnisse). Dagegen ist in der Marktrealität von einem mehr oder weniger unvollkommen informierten Verbraucher auszugehen, der seiner Aufgabe als autonom-rationell entscheidender Schiedsrichter nur bedingt gewachsen ist⁵⁴⁶. Es stellt sich also die Frage, wie es ermöglicht werden kann, die Entscheidungsfreiheit des Verbrauchers in ausreichendem Maße zu sichern, ohne die Interessen und Rechte anderer Marktteilnehmer in ungerechtfertigter Weise zu verkürzen⁵⁴⁷.

aa. Schaffung und Sicherung von Kommunikationsstrukturen

Fundamental für den Schutz der Verbraucherentscheidung ist die Schaffung und Sicherung von Kommunikationsstrukturen zur Informationsvermittlung. In Anbetracht der bestehenden Vielzahl und Komplexität der am Markt dargebotenen Waren und Dienstleistungen ist es die Grundlage „rationalen“ Konsumverhaltens, dass der Verbraucher die Möglichkeit erhält, sich ein „Bild“ von dem Gesamtangebot zu machen und er darüber hinaus die einzelnen Angebote einerseits in Relation zueinander setzen und andererseits den eigenen Nutzen beurteilen kann⁵⁴⁸. Der Zusammenhang zwischen dem Informationsstand des Verbrauchers und der Optimierungsfunktion des Wettbewerbs ist immanent⁵⁴⁹. Gewinnt der Verbraucher an Marktübersicht, steigert das die Anforderun-

⁵⁴³ Vgl. *Koppensteiner*, Bd. 1, § 1, I, 2., c), d.); eingehend zur Privatautonomie und Verbraucherschutz vgl. Helm, S. 61 ff..

⁵⁴⁴ Zur Rationalität von Kaufentscheidungen vgl. Kap. 1, B., IV., 3..

⁵⁴⁵ Vgl. *Meyer WiSt* 98, 71; *Hart/Köck ZRP* 91, 61 (62).

⁵⁴⁶ Siehe Kap. 1, B., IV., 1..

⁵⁴⁷ Vgl. *Eppe WRP* 03, 29 (33).

⁵⁴⁸ Vgl. dazu *Mähling*, S. 28 f..

⁵⁴⁹ Vgl. *Keßler WRP* 93, 571 (574); *vHippel*, S. 30; *Pepels*, Anm. 9.1.1..

gen an das Leistungsangebot der Wettbewerber. Daher wird eine umfangreiche Markttransparenz auf der Abnehmerseite durchweg als positiv bewertet⁵⁵⁰.

Der Informationsbedarf des Verbrauchers begründet an sich noch keine Pflicht des Anbieters, den Verbraucher über das jeweilige Angebot umfassend aufzuklären und die erforderlichen Informationen zur Verfügung zu stellen⁵⁵¹. Eine solche allgemeine und umfassende Informationspflicht ist dem System einer freien Wettbewerbsordnung fremd⁵⁵². Es gilt aber seitens der Rechtsordnung sicherzustellen, dass das Regelungssystem „keine informationsunterdrückende dysfunktionale Wirkung entfaltet“⁵⁵³. Es ist Aufgabe der Rechtsordnung, durch die Sicherung der Freiheit von Wettbewerb und Markt eine Kommunikationsplattform für den ungestörten Informationsfluss zu bieten. Sofern eine solche Basis geboten wird, kann es den Kräften von Wettbewerb und Markt überlassen werden, die aus sich heraus den Informationsaustausch gewährleistet⁵⁵⁴.

Damit stellt sich die Frage nach den Informationsquellen des Verbrauchers. Diese sind namentlich das eigene Wissen des Verbrauchers sowie „unabhängige“ Drittinformationen⁵⁵⁵ sowie die (Werbe-) Informationen der Anbieter. Es gilt: Desto „objektiver“⁵⁵⁶ die Beurteilung, umso wertvoller die Informationen. Demnach stellen die Informationen unabhängiger Dritter die wohl beste Quelle für Verbraucherinformationen dar⁵⁵⁷. Im Zusammenhang mit Preisvergleichen befindet sich hier besonders auf dem Gebiet der neuen Medien einiges in der Entstehung. So gelangt man im Internet mit dem Suchbeg-

⁵⁵⁰ *Keßler* WRP 93, 571 (575); *vHippel*, S. 30; *Pepels*, Anm. 9.1.1. ff..

⁵⁵¹ *Keßler* WRP 93, 571 (575); Zur Frage einer Aufklärungspflicht des werbenden Unternehmers s. Kap. 2, B., V..

⁵⁵² Vgl. BGH GRUR 99, 1122 (1123) – EG-Neuwagen I.

⁵⁵³ *Keßler* WRP 93, 571 (575).

⁵⁵⁴ Vgl. dazu *Mähling*, S. 162 ff (Der Wettbewerb als Verfahren der Wissensverbreitung).

⁵⁵⁵ Bspw. Stiftung Warentest, Auto- oder Computerfachzeitschriften. Dabei ist zu beachten, dass die Unabhängigkeit solcher Informationsanbieter z.T. mit Vorsicht zu genießen ist. So werden bspw. bei Übersichten in Tageszeitungen zu den günstigsten Telefonanbietern von Ferngesprächen meistens nur solche beachtet, die in einem besonderen (Vertrags-) Verhältnis zu dem „unabhängigen“ Übersichtenersteller stehen. Zudem handelt es sich um keine individuelle „Verbraucherberatung“, d.h. die Themen richten sich nicht nach den Bedürfnissen des einzelnen Verbrauchers und sind zumeist kostenpflichtig.

⁵⁵⁶ Unter „objektiv“ ist hier die Unabhängigkeit des Informanten sowie der Umfang der ausgewerteten Tatsachen und Ergebnisse zu verstehen.

⁵⁵⁷ Vgl. *Simitis*, S. 118.

riff „Preisvergleich“ über die einschlägigen Suchmaschinen zu diversen Anbietern von „unabhängigen“ Preisvergleichen⁵⁵⁸.

Der Großteil der (kostenfreien) Produktinformationen wird aber nach wie vor von den Anbietern selbst zumeist in Form von Werbung vermittelt⁵⁵⁹. Das gilt nahezu ausschließlich für Informationen über die Preisveränderung eines Anbieters. Bedenklich an solchen, im Allgemeinen der Werbung für das eigene Angebot dienenden Informationen ist, dass diese durchweg einseitig sind und kein objektives Bild des Produktes vermitteln⁵⁶⁰. Das ist durchaus nachvollziehbar, wäre doch ein entgegengesetztes Verkaufsverhalten kaufmännisch überaus ungeschickt. So mangelt es auch der Werbung mit einer Preissenkung mittels Eigenpreisvergleichs an der nötigen Objektivität. Denn das werbliche Herausstellen impliziert eine Kaufempfehlung. Vorausgesetzt, die Angabe entspricht der Wahrheit, ist zwar der Preisvorteil, auf den sich die Empfehlung zurückführen lässt, durchaus real. Das bedeutet aber nicht, dass es sich um ein „objektiv preiswertes“ Angebot handeln muss. Denn die der Empfehlung zugrundeliegende Preisbeurteilung eines Eigenpreisvergleichs bezieht sich ausschließlich auf die Preisgestaltung des werbenden Unternehmers, dessen Wettbewerber mit ihren konkurrierenden Angeboten werden jedoch außen vor gelassen⁵⁶¹. Der „objektive“ Vergleich der am Markt konkurrierenden Angebote bleibt damit Aufgabe des Verbrauchers. Auch „unabhängige“ Anbieter von Preisvergleichen können den Verbraucher in seiner Aufgabe des Gegenüberstellens von Angeboten nur bedingt entlasten. Denn diese vergleichen nur die Preise eines konkreten, individualisierten Produktes. Dagegen setzt sich die Wertigkeit eines Angebots aus dem Verhältnis von Preis und Leistung zusammen, wozu auch noch die individuelle Komponente des persönlichen Nutzens tritt⁵⁶². Diese umfassende Abwägung des Preis-Leistungs-Verhältnisses gleichartiger Produkte verbleibt damit beim

⁵⁵⁸ Bspw. gelangt man über die Suchmaschine: www.google.de zu folgenden Anbietern, die alle einen Überblick über das Angebot einer bestimmten Ware geben: www.preisvergleich.de; www.kelkoo.de; www.ciao.com; www.ideal.de; www.guenstiger.de; www.geizhals.de; www.preissuchmaschine.de.

⁵⁵⁹ *Keßler* WRP 87, 75 (76) hält den Anbieter als Informationsquelle für das eigene Angebot als vorzugswürdig, da dieser seine Leistung am besten kennt und Informationen darüber mit dem geringsten Aufwand bereitstellen kann („cheapest cost avoider“).

⁵⁶⁰ Vgl. *Keßler* WRP 93, 571 (575); *Schmalen* WiSt 75, 496; *Löwenheim* GRUR 80, 14 (18), der darauf hinweist, dass sich der Verbraucher dessen durchaus bewusst ist.

⁵⁶¹ Vgl. *vHippel*, S. 91; Beachte hierzu den Exkurs zur Beurteilung von Preisangaben, Kap. 1, C., IV., 3..

⁵⁶² Vgl. *Weyhenmeyer* WRP 79, 766 (767 f., 770 ff.)

Verbraucher selbst, der daher auf die Bereitstellung von Informationen als Grundlage seiner Entscheidungen angewiesen ist.

bb. Verwertbarkeit der Informationen

Wirtschaftswissenschaftliche Erfahrungen haben gezeigt, dass der Verbraucher über nur begrenzte Kapazitäten zur Informationsaufnahme, –verarbeitung und –speicherung verfügt⁵⁶³. Auf die Problematik um die (selektive) Wahrnehmung des Verbrauchers und die Anforderungen an die Präsentation bzw. Vermittlung von produkt- und marktbezogenen Informationen wurde bereits ausführlich eingegangen⁵⁶⁴. An dieser Stelle soll nun der Frage nachgegangen werden, welche inhaltlichen Anforderungen an informative Werbeangaben zu stellen sind.

(1.) Klarheit und Verständlichkeit von Werbeinformationen

Damit Informationen für den Verbraucher verwertbar werden, muss er zunächst ihren Aussagegehalt richtig verstehen. Verbraucherinformationen müssen klar und deutlich formuliert werden, damit Unsicherheiten und Missverständnissen vorgebeugt wird. Anderenfalls besteht die Gefahr einer fehlgeleiteten Kaufentscheidung, wenn sich diese auf eine falsche Grundlage stützt und aufgrund falscher Vorstellungen und Erwartungen getroffen wird. Daran anschließend muss der Verbraucher die Informationen zuordnen können. Erst wenn der Verbraucher erkennt, in welchem Zusammenhang die jeweilige Information von Bedeutung ist, ist sie für die Entscheidungsfindung von Wert. Andernfalls kann sie die gleiche fehlleitende Wirkung wie eine missverstandene Angabe haben. Zudem gewinnt der Verbraucher durch das Zuordnen in Produkt- und Eigenschaftskategorien an Übersicht über die Vielzahl an unterschiedlichen Informationen, die auf ihn einströmen und kann diejenigen Informationen herausfiltern, die für seine persönliche Entscheidungsfindung von einiger Erheblichkeit sind⁵⁶⁵. Desweiteren ist beachtlich, zu welchem Zeitpunkt der Verbraucher Zugang zu entscheidungserheblichen Informationen hat. Bedenkt man die nur begrenzte Speicherkapazität und Merkfähigkeit (Speicherdauer) des Verbrauchers⁵⁶⁶, dann müssen produktbezogene Informationen im Zeit-

⁵⁶³ Vgl. Kap. 1, C., I..

⁵⁶⁴ Vgl. Kap. 1, C., I..

⁵⁶⁵ Zur selektiven Wahrnehmung vgl. Kap. 1, C., I..

⁵⁶⁶ Vgl. Kap. 1, C., I..

raum des Entscheidungsprozesses verfügbar sein⁵⁶⁷. In dieser Phase ist der Verbraucher aufnahmebereit und empfänglich für produktspezifische und marktbezogene Informationen. Eine verfrühte Aufklärung wirkt sich, sofern sie überhaupt wahrgenommen wird, nicht oder allenfalls nur bedingt auf die Verbraucherentscheidung aus, da sie im Moment der Entscheidungsfindung im Bewusstsein des Verbrauchers nicht mehr oder nur noch fragmentarisch präsent ist.

Das Informationsinteresse des Verbrauchers ist also nicht nur darauf gerichtet, dass er zur rechten Zeit Zugang zu Informationen erhält, die für seine Konsumententscheidung von Bedeutung sein können. Darüber hinaus müssen die Informationen, als auch die Art und Weise der Informationsvermittlung den Anforderungen an Klarheit und Verständlichkeit genügen, um für die Entscheidungsfindung verwertbar zu sein. Die Anforderungen sind um so größer, desto komplexer und schwerer überschaubar der vom Verbraucher zu beurteilende Sachverhalt ist.

Des Weiteren seien die nur begrenzten kognitiven Fähigkeiten des Verbrauchers zu bedenken⁵⁶⁸. Überschreitet die auf den Verbraucher einströmende Informationsmenge das durch die intellektuelle Aufnahmekapazität bestimmte Höchstmaß oder überfordert die Komplexität der Informationen die Verarbeitungsfähigkeit des Verbrauchers, besteht die Gefahr von Unsicherheit und Fehldeutung und/oder es droht eine Verhaltensreaktion, die als Informationsstress (information overload) bezeichnet wird⁵⁶⁹. Mit Blick auf die Effizienz der ökonomischen Funktionsbedingung marktbezogener Kommunikationsprozesse sollte das Augenmerk daher weniger auf die Quantität als auf die Qualität informativer Wettbewerbshandlungen gelegt werden⁵⁷⁰.

(2.) Das Problem der Mehrdeutigkeit beim Eigenpreisvergleich

Nach allgemeiner Auffassung besteht bei der Werbung mit Preisvergleichen die Gefahr der Irreführung, wenn die Werbeangabe mehrdeutig bzw. der Vergleichsmaßstab unklar ist⁵⁷¹. Der Preis ist ein für die Kaufentscheidung des Verbrauchers wesentlicher Faktor und die Angabe einer Preisdifferenz ein bedeutendes Hilfsmittel zur Beurteilung der

⁵⁶⁷ Die zeitliche Komponente beachtend Art. 7 Nr. 2 RL-Vorschlag (KOM (2003) 356).

⁵⁶⁸ Vgl. die Ausführungen unter Kap. 1, C., I..

⁵⁶⁹ Zusammenfassend *Keßler* WRP 90, 73 (83 f.); eingehend dazu Kap. 1, C., I..

⁵⁷⁰ Vgl. *Micklitz/Keßler* WRP 03, 919 (922); *Schmalen* WiSt 75, 496.

⁵⁷¹ *Völker* § 3 UWG Rn. 56; *Gloy/Helm* § 49 Rn. 254; BGH GRUR 80, 306 (307) – Preisgegenüberstellung III.

Preisrelation⁵⁷². Interpretiert der Verbraucher die Preisgegenüberstellung aber in einer Weise, wie sie der Realität nicht entspricht, wird er mitunter eine Kaufentscheidung treffen, die er sonst nicht oder nicht so getroffen hätte.

Besonders die Erscheinungsformen der Preisgegenüberstellung, bei denen dem zu zahlenden niedrigeren Preis entweder ein durchgestrichener oder ein mit dem Zusatz „statt“ versehener (sog. „statt“-Preis-Werbung) höherer Preis gegenübergestellt wird, werden diesbezüglich kritisch betrachtet⁵⁷³. Das lässt sich auf den Umstand zurückführen, dass bei diesen Auszeichnungsmethoden nicht ausdrücklich angegeben wird, um was für einen Preis es sich bei dem als „nicht verlangt“ kenntlich gemachten Vergleichspreis handelt. Theoretisch kann es sich hierbei um den vom Werbenden unmittelbar vor der Preissenkung oder den normalerweise verlangten Preis handeln. Ebenso gut könnte es sich aber auch um eine Gegenüberstellung mit einer unverbindlichen Herstellerpreiseempfehlung, dem Preis eines Konkurrenten oder sonst einem anderen Vergleichswert handeln⁵⁷⁴.

Dennoch ist es für die Vermeidung einer Irreführungsfahr nicht unbedingt erforderlich, dass die Tatsache, dass es sich um einen Eigenpreisvergleich handelt, unmittelbar aus der Werbeangabe hervorgeht, sondern es reicht bereits aus, wenn sich der Aussagegehalt eines Eigenpreisvergleichs aus dem Gesamtbild der Werbung oder sonst wie aus den näheren Umständen ergibt⁵⁷⁵. Das ist letztlich eine Frage des konkreten Einzelfalls. Auch wenn sich in vielen Fällen zumindest aus den Umständen ermitteln lässt, um was für einen Vergleichspreis es sich handelt, lassen sich durchaus Situationen in der täglichen Werbepaxis finden, bei denen sich keine entsprechenden Hinweise aus den näheren Umständen ergeben.

Nachfolgend soll das Problem der Mehrdeutigkeit beim Eigenpreisvergleich zunächst genau dargestellt, verifiziert und kritisch hinterfragt werden (s. (a.) – (c.)). Sodann wird unter (3.) zu diesem Problemkreis Stellung zu beziehen sein.

⁵⁷² Vgl. Kap. 1, C., IV.

⁵⁷³ Vgl. Gloy/Helm § 49 Rn. 254; BGH GRUR 80, 306 (307) – Preisgegenüberstellung III; Völker § 3 Rn. 56 m. w. N. zur Rspr.; zu den Erscheinungsformen des Eigenpreisvergleichs s. Kap. 1, A., II.

⁵⁷⁴ Vgl. DVgRU GRUR 86, 439 (442).

⁵⁷⁵ Völker § 3 UWG Rn. 56; Gloy/Helm § 49 Rn. 254; Bspw. liegt ein Eigenpreisvergleich nahe, wenn die Preissenkung auf dem Preisschild, das sich an der reduzierten Ware befindet, kenntlich gemacht wird.

(a.) **Durchgestrichene Preise und „statt“-Preis-Werbung**

Typische Erscheinungsformen des Eigenpreisvergleiches sind das vergleichsweise Gegenüberstellen des aktuell verlangten Preis mit einem durchgestrichenen Preis und die sog. „statt“-Preis-Werbung, bei der Ungültigkeit des gegenübergestellten Bezugspreises mittels der Angabe „statt“ verdeutlicht wird. Diese beiden Formen der Preiswerbung waren zumeist Gegenstand der Diskussion hinsichtlich der Mehrdeutigkeit des Eigenpreisvergleichs und sollen diesbezüglich einer näheren Betrachtung unterworfen werden.

(aa.) **Das Gegenüberstellen mit einem durchgestrichenen Preis**

In seinem Gutachten hinsichtlich der Werbung mit durchgestrichenen Preisen vertrat der Gutachter-Ausschuss für Wettbewerbsfragen die Ansicht, der Verbraucher entnehme dieser Art der Preisgegenüberstellung auch ohne zusätzlichen Hinweis, den Aussagegehalt eines Eigenpreisvergleiches⁵⁷⁶. Neben der einfachen Anmerkung, dass eine Fehlvorstellung dahingehend, hier werde auf eine unverbindliche Preisempfehlung Bezug genommen, nach seiner Überzeugung ausscheide, blieb der Gutachter-Ausschuss eine weitergehende Begründung seiner Behauptung schuldig. Dieser Überzeugung des Gutachter-Ausschusses hat sich der Großteil des Schrifttums sowie einige Oberlandesgerichte angeschlossen⁵⁷⁷. Auch war bereits der Gesetzgeber des § 6 e Abs. 1 UWG a.F.⁵⁷⁸ dieser Ansicht. Gem. § 6 e Abs. 1 UWG a.F. wirbt mit einem Eigenpreisvergleich, wer „... die tatsächlich geforderten Preise [...] höheren Preisen gegenüberstellt und dabei den Eindruck erweckt, dass er die höheren Preise früher gefordert hat [...]“. Bedenkt man, dass der Gesetzgeber dabei besonders die Werbung mit durchgestrichenen Preisen im Blick hatte⁵⁷⁹, wird offensichtlich, dass der Gesetzgeber von 1986 davon ausging, dass diese Art der Werbung in den Augen des Verbrauchers von 1986 den Aussagege-

⁵⁷⁶ GA WRP 99, 449; vgl. bereits *Hiersemann* WRP 62, 112 (112 f.), der diesen Aussagegehalt einer jeden nicht näher deklarierten Preisgegenüberstellung zuschreibt.

⁵⁷⁷ Ebenfalls ohne nähere Begründung: *Baumbach/Hefermehl* § 3 Rn. 319; *Köhler/Piper* § 3 Rn. 397; OLG Hamm WRP 79, 383 (Leitsatz); OLG Stuttgart WRP 96, 791 (Leitsatz); a.A. *Gloy/Helm* § 49 Rn. 254.

⁵⁷⁸ Eingeführt durch das Gesetz zur Änderung der wirtschafts-, verbraucher-, arbeits- und sozialrechtlichen Vorschriften vom 25.07.1986 (BGBl. I, S. 1169). Ersatzlos gestrichen durch Art.1 Nr.1 UWG-Änderungsgesetz vom 23.07.1994 (BGBl. I, S. 1738).

⁵⁷⁹ BT-Drs. 10/4741, S. 12.

halt eines Eigenpreisvergleichs hatte. Ein (demoskopischer) Nachweis oder eine nähere (sachliche) Begründung lässt sich aber auch den Gesetzesmaterialien nicht entnehmen.

Als Begründungsansatz für die Überzeugung des Gutachter-Ausschusses könnte hier vorgetragen werden, bei der Werbung mit durchgestrichenen Preisen handle es sich um eine in der täglichen Werbepraxis gängige Auszeichnungsmethode für Eigenpreisvergleiche, die in der Verbraucherschaft als eine solche allgemein bekannt sei. Denn hinter einer Werbung mit durchgestrichenen Preisen verbirgt sich seit jeher der Vergleich mit dem eigenen, vor der Preissenkung geforderten Preis. Zu diesem Ergebnis kommt man letztlich über das Ausschlussverfahren:

Mögliche Preise, die sich hinter dem Vergleichspreis verbergen können, sind der eigene Preis, der Preis eines Konkurrenten, eine unverbindliche Herstellerpreisempfehlung oder ein gebundener Preis für Verlagserzeugnisse (§ 15 GWB) oder Bücher (Buchpreisbindungsgesetz⁵⁸⁰)⁵⁸¹. Nun ist zu beachten, dass nach allgemeiner Ansicht derjenige, der im Rahmen einer Preisgegenüberstellung auf eine unverbindliche Preisempfehlung des Herstellers Bezug nimmt, diese als eine solche eindeutig kenntlich zu machen hat⁵⁸². Gleiches gilt für die Gegenüberstellung mit dem Preis eines Konkurrenten. Ein solcher Vergleich ist nur zulässig, wenn die Werbung den Mitbewerber „unmittelbar oder mittelbar erkennbar macht, d.h. eine Identifizierung ermöglicht“⁵⁸³. Und was die Unterbietung eines gebundenen Preises anbelangt, so ist das nicht bloß vertragswidrig,

⁵⁸⁰ Gesetz v. 19.12.2000 (BGBl. I, S. 1765).

⁵⁸¹ Bewusst wurde hier der „allgemeine Marktpreis“ nicht aufgezählt, da es einen solchen nicht gibt bzw. noch nie gab (vgl. Fn. 87).

⁵⁸² BGH WRP 80, 72 (73) – ... unter empf. Preis; BGH WRP 00, 383 (385) – ehemalige Herstellerpreisempfehlung; DvGRU GRUR 86, 439 (443); GA WRP 99, 449; *Völker* § 1 PAngVO Rn. 102; *Köhler/Piper* § 1 Rn. 460.

⁵⁸³ *Köhler/Piper* § 2 Rn. 25 ff.; vgl. auch RegE WRP 00, 555 (560); *Koppensteiner*, Bd. 2, § 13, II., 5., b., aa.; zu Art. 2 Nr. 2a RL 97/55/EG vgl. *Dilly*, S. 22 f. Faktisch war die vergleichende Werbung mit den Preisen eines Konkurrenten aufgrund einer strengen BGH-Rechtsprechung bis zur Einführung des § 2 UWG (eingeführt durch das Gesetz zur vergleichenden Werbung, und zur Änderung der wettbewerbsrechtlichen Vorschriften vom 1.9.2000 (BGBl. I, 1374)) wettbewerbsrechtlich unzulässig, vgl. *Gloy/Jakobs/Hasselblatt* § 46 Rn. 19; *Gloy/Bruhn* GRUR 98, 226 (228 ff.); *vGamm* § 1 Rn. 96 ff.; *Aigner*, S. 23 ff. (59). Doch obwohl seit nunmehr zwei Jahren § 2 Abs. 1 UWG die preisvergleichende Konkurrenten-Werbung zulässt, lässt sie sich bisher in der täglichen Werbepraxis nicht finden, vgl. zum Preisvergleich nach heutigem Recht *Aigner*, S. 128 ff..

sondern auch wettbewerbswidrig⁵⁸⁴. Letztlich bleibt als allein möglicher Vergleichspreis nur der eigene Preis des Werbenden übrig. Bereits aufgrund dieser rechtlichen Gegebenheiten ließe sich feststellen, dass es sich seit jeher bei der Werbung mit durchgestrichenen Preisen bereits um den Vergleich mit den eigenen Preisen gehandelt hat. Folgt man dieser Argumentation wäre es also irreführend, wenn bei einer Werbung mit durchgestrichenen Preisen ohne weiteren Zusatz, der als „nicht zu zahlen“ gekennzeichnete Preis *nicht* der vom Werbenden unmittelbar vor der Preissenkung geforderte Preis ist, sondern eine unverbindliche Preisempfehlung oder der Preis eines Wettbewerbers wäre⁵⁸⁵. Denn einerseits dürfen diese ohne besonderen Zusatz nicht ausgezeichnet werden. Und andererseits hat die Werbung mit durchgestrichenen Preisen aufgrund der allgemeinen Erfahrung der Verbraucher und dem damit verbundenen Lerneffekt nach der wettbewerbsrechtlich relevanten allgemeinen Verkehrsauffassung den Aussagegehalt eines Eigenpreisvergleichs. Ob das letztlich dem Anspruch an Sicherheit im Kommunikationsverkehr genügt, bleibt eine noch zu klärende Frage.

Zur Diskussion könnte auch gestellt werden, ob es sich nicht aufgrund der allgemeinen Übung sogar um einen allgemein anerkannten Verkehrsbrauch im Sinne einer Verkehrssitte handelt⁵⁸⁶. Zu beachten ist dabei, dass zwischen der allgemeinen Verkehrsauffassung und einem allgemein anerkannten Verkehrsbrauch differenziert werden muss. Letzterer kommt ein normativer Regelungscharakter zu, ohne jedoch Rechtsnorm zu sein⁵⁸⁷. Ein solcher ist nur ausnahmsweise in besonders gelagerten Fällen anzunehmen, in denen eine tatsächliche Übung durch nahezu ausschließliche Befolgung eine gewisse Festigkeit erlangt hat und für die beteiligten Verkehrskreise als verbindlich angesehen wird, obwohl sie nicht in gesetzliches Recht übergegangen ist⁵⁸⁸. Die allgemeine Ver-

⁵⁸⁴ BGH GRUR 58, 247 (248) – Verlagserzeugnisse; *Baumbach/Hefermehl* § 1 Rn. 756.

⁵⁸⁵ So auch GA WRP 99, 449; *Köhler/Piper* § 3 Rn. 396.

⁵⁸⁶ Hingewiesen sei darauf, dass die Grundsätze zu den allgemeinen Handelsbräuchen (§ 365 HGB) im Verkehr mit dem privaten Abnehmer keine Geltung erlangen und in dem hier behandelten Zusammenhang ausscheiden, vgl. *Canaris* § 24 Rn. 46 f.; Zur „Verkehrsbekanntheit“ im Markenrecht vgl. *Gloy/Kreft/Gloy* § 17 Rn. 2.

⁵⁸⁷ In diesem Punkt unterscheidet sich die Verkehrssitte von dem (normativen) Gewohnheitsrecht; vgl. *MüKom/Roth* § 242 Rn. 12; *MüKom/Mayer-Maly* § 157 Rn. 15 f.; *Palandt/Heinrichs* § 133 Rn. 21; BGH NJW 66, 502.

⁵⁸⁸ Vgl. jeweils m. w. N. *Palandt/Heinrichs* § 133 Rn. 21; *MüKom/Roth* § 242 Rn. 12; *MüKom/Mayer-Maly* § 157 Rn. 15 f.; *Staudinger/Schmidt* § 242 Rn. 144 ff.; RGZ 55, 375 (377).

kehrsauffassung hat auf das Bestehen einer Verkehrssitte keinerlei Einfluss, weil es hierbei nicht auf die Anschauung, sondern grundlegend auf die tatsächliche Übung ankommt⁵⁸⁹. Eine Kenntnis der Parteien von der tatsächlichen Übung wird nicht vorausgesetzt⁵⁹⁰.

Überdenkt man die zuvor gemachten Ausführungen, dann liegt es nahe, der Werbung mit durchgestrichenen Preisen eine solche allgemeine tatsächliche Übung zu bescheinigen. Dennoch ist eine allgemeine Verkehrssitte im obigen Sinne hinsichtlich des Durchstreichens von Preisen nicht offiziell bekannt und scheint durchaus fraglich. Letztlich handelt es sich (nur) um eine weit verbreitete Auszeichnungsmethode für Eigenpreisvergleiche, die in Anbetracht der allgemeinen Verkehrsauffassung einer Verkehrssitte in ihrer Wirkung allenfalls sehr nahe kommt⁵⁹¹. Die erforderliche starke Nähe zu einer gesetzlichen Regelung wird man ihr aber wohl nicht zusprechen können.

(bb.) Die „statt“-Preis-Werbung

Eine andere Auffassung vertritt der Gutachter-Ausschuss hinsichtlich der „statt“-Preis-Werbung: Der Aussagegehalt einer Preisgegenüberstellung werde durch Zusätze anderer Art wieder verwässert, was besonders für „statt“-Preise gelte⁵⁹². Diese provozierten automatisch die Frage, worauf sich der Hinweis „statt“ beziehe und ließen weitere Deutungsmöglichkeiten offen⁵⁹³. Eine nähere Begründung, warum hier zwischen der Werbung mit durchgestrichenen Preisen und der „statt“-Preis-Werbung hinsichtlich des Aussagegehaltes unterschieden werden soll, liefern die Vertreter dieser Ansicht jedoch nicht. Eine solche wird denn auch nur schwer zu finden sein⁵⁹⁴. Wie bereits oben ausgeführt, muss der Vergleich mit einem anderen Preis als dem vom Werbenden früher verlangten Preis (bspw. einer unverbindlichen Preisempfehlung) eindeutig kenntlich gemacht werden. Bei einer „statt“-Preis-Werbung kann von einer solchen eindeutigen

⁵⁸⁹ Staudinger/*Schmidt* § 242 Rn. 145 ff.; s. auch Fn. 588; Umstritten ist, inwieweit eine subjektive Komponente der praktizierenden Teile gefordert wird vgl. dazu m. w. N. Staudinger/*Schmidt* § 242 Rn. 145 ff..

⁵⁹⁰ RGZ 114, 9 (12); BGH NJW 70, 1737; Staudinger/*Schmidt* § 242 Rn. 146 m. w. N..

⁵⁹¹ Rechtliche Beachtung findet die Verkehrsauffassung insbesondere über die Auslegungsregeln (§§ 133, 157, 242 BGB).

⁵⁹² GA WRP 99, 449.

⁵⁹³ GA WRP 99, 449; ebenso *Baumbach/Hefermehl* § 3 Rn. 319; *Köhler/Piper* § 3 Rn. 397; *Völker* § 3 UWG Rn. 56.

⁵⁹⁴ *Gloy/Helm* § 49 Rn. 254 lehnt eine Differenzierung ab und hält beide Werbemethoden für mehrdeutig.

Kennzeichnung aber nicht gesprochen werden⁵⁹⁵. Mithin käme man auch bei dieser Art der Preisgegenüberstellung anhand des Ausschlussverfahrens zu dem Schluss, dass es sich nur um einen Eigenpreisvergleich handeln kann⁵⁹⁶. Auch besteht kein allgemeiner Brauch, Preisgegenüberstellungen mit unverbindlichen Preisempfehlungen mittels einem „statt“-Preis auszuzeichnen. Letztlich verdeutlicht der Zusatz „statt“ nur, dass hier zwei Preise in Relation zueinander gesetzt werden sollen. Erst dieser Zusatz führt den Tatbestand eines Vergleiches herbei. Einen darüber hinausgehenden Aussagegehalt hat der Zusatz jedoch nicht und wäre damit prinzipiell vergleichbar mit dem Durchstreichen von Preisen⁵⁹⁷.

Dennoch lässt sich die „verwässernde“ Wirkung nicht gänzlich von der Hand weisen⁵⁹⁸. Gelangt man aber zu der Überzeugung, die „statt“-Preis-Werbung könne vom wettbewerbsrechtlich relevanten⁵⁹⁹ Betrachter im Sinne eines Vergleichs mit einer unverbindlichen Preisempfehlung des Herstellers verstanden werden⁶⁰⁰, dann bedeutet das für die „statt“-Preis-Werbung, dass sie grundsätzlich mehrdeutig ist, da sie, mangels eindeutiger Kennzeichnung, ebenso im Sinne eines Eigenpreisvergleichs verstanden werden kann. Das würde wiederum bedeuten, dass, sofern sich keine Hinweise auf den Charakter des Vergleichspreises aus den näheren Umständen ergeben, die Werbung mit „statt“-Preisen irreführend wäre und in der täglichen Werbepaxis aus wettbewerbsrechtlicher Sicht keine Verwendung finden dürfte. Es bleibt aber weiterhin fraglich, warum in der wettbewerbsrechtlichen Beurteilung zwischen „statt“-Preisen und dem Werben mit durchgestrichenen Preisen differenziert werden soll⁶⁰¹.

⁵⁹⁵ Eine allgemeine Verkehrssitte liegt hinsichtlich der „statt“-Preis-Werbung nicht vor, vgl. zur Verkehrssitte *Gloy/Kreft/Gloy* § 17 Rn. 2 (s. auch Fn. 586).

⁵⁹⁶ Ebenso OLG Karlsruhe, Az. I ZR 10/78 (vgl. GRUR 80, 306).

⁵⁹⁷ Vgl. die (nicht widersprochene) Ansicht des Berufungsgerichts von BGH GRUR 75, 78 f. – Preisgegenüberstellung I, wobei in dem zugrundeliegenden Sachverhalt die „statt“-Preise zusätzlich durchgestrichen wurden.

⁵⁹⁸ So letztlich der Gutachterausschuss für Wettbewerbsfragen (WRP 99, 449).

⁵⁹⁹ Zum Verbraucherleitbild s. Kap. 2, C., II..

⁶⁰⁰ Vgl. GA WRP 99, 449; ebenso *Baumbach/Hefermehl* § 3 Rn. 319; *Köhler/Piper* § 3 Rn. 397; *Völker* § 3 UWG Rn. 56.

⁶⁰¹ Hierzu s.u. Kap. 2, C., I., 2., b., bb., (3.).

(b.) Preisgegenüberstellung bei Markenartikeln

Wiederholt taucht die Diskussion um die „statt“-Preis-Werbung im Zusammenhang mit Markenartikeln auf. Allgemeiner Tenor ist dabei, dass wenn für Markenartikel „mit Preissenkungen in der Weise geworben [wird], dass einem aufgehobenen früheren Preis ein neuer niedrigerer gegenübergestellt wird („statt ...DM ...DM“), muss zur Vermeidung eines Irrtums des Käuferpublikums in der Werbeanzeige klargestellt werden, dass es sich bei den früheren Preisen um eigene, aufgehobene Preise des Werbenden handelt“⁶⁰². Im Bereich der Markenartikel sei sich der Verbraucher der allgemein üblichen unverbindlichen Preisempfehlungen des Hersteller bewusst, weshalb aus Sicht des Verbrauchers die Annahme nahe liege, dass es sich bei dem Vergleichspreis um eine unverbindliche Preisempfehlung für die Markenware handelt oder zumindest handeln könnte⁶⁰³. Das schließt aber nicht aus, dass die Werbung von einem nicht unwesentlichen Teil der Verbraucher im Sinne eines Eigenpreisvergleichs verstanden wird. Mithin wäre die „statt“-Preis-Werbung – wie bereits festgestellt – in jedem Fall mehrdeutig.

Nach dieser Argumentation ist für die Mehrdeutigkeit die Tatsache entscheidend, dass es sich bei der beworbenen Ware um Markenartikel handelt, für die es nach Auffassung der Betrachter (Verbraucher) eine unverbindliche Preisempfehlung gibt oder zumindest geben könnte⁶⁰⁴. Letztlich handelt es sich nach der hier dargestellten Auffassung um einen Fall, bei dem sich aus den *Umständen* ergibt, dass es sich *nicht* um einen Eigenpreisvergleich handelt bzw. handeln könnte. Die Mehrdeutigkeit ergibt sich dann aber nicht aus der „statt“-Preis-Werbung als solche, sondern ausschließlich aus den Umständen⁶⁰⁵. Bezieht sich der Werbende im Rahmen der Preisgegenüberstellung auf den von

⁶⁰² BGH GRUR 80, 306 ff. – Preisgegenüberstellung III; ebenso OLG Düsseldorf WRP 85, 215 (216 f.); *Baumbach/Hefermehl* § 3 Rn. 319.

⁶⁰³ BGH GRUR 80, 306 ff. – Preisgegenüberstellung III; OLG Düsseldorf WRP 85, 215 (216 f.); Vgl. dazu *Tilmann* (GRUR 80, 307 (308)) der anführt, dem Verbraucher wäre allenfalls zuzutrauen, zwischen solchen Produkten zu unterscheiden, die typischerweise mit einer Preisempfehlung verbunden sind und solchen, für die es mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit keine unverbindliche Preisempfehlung gibt.; Hingegen wird (bzw. darf) der Verbraucher heute keine gebundenen Preise für Markenartikel mehr vermuten, da es diese seit 1974 nicht mehr gibt und das allgemein bekannt sein dürfte, vgl. *Gloy/Helm* § 49 Rn. 254.

⁶⁰⁴ BGH GRUR 80, 306 (307) – Preisgegenüberstellung III; *Baumbach/Hefermehl* § 3 Rn. 319; *Tilmann* GRUR 80, 307 (308); beachte OLG Hamm WRP 86, 349 (351f.) das darauf abstellt, ob die Markenware dem angesprochenen Verkehrskreis auch als solche nahegebracht wurde.

⁶⁰⁵ Das wird oft nicht erkannt (bspw. *Völker* § 3 UWG Rn. 56;).

ihm zuvor geforderten Preis, bedarf es einer entsprechend deutlichen Kennzeichnung, um dem irreführenden Schein entgegenzuwirken.

Konsequenterweise müsste das Gesagte dann auch bezüglich der Werbung für Markenartikel mit durchgestrichenen Preisen gelten⁶⁰⁶. Diesbezüglich hat sich die einschlägige Literatur noch nicht geäußert, noch wurde ein entsprechender Fall von der Rechtsprechung dahingehend ausdrücklich entschieden. Das muss verwundern, gelten Markenartikel gemeinhin als bevorzugte Waren für Sonderangebote⁶⁰⁷ und das Durchstreichen von Preisen als weit verbreitete Praxis der Auszeichnung eines Eigenpreisvergleichs⁶⁰⁸.

(c.) Neuer Normalpreis oder vorübergehender Sonderpreis

Aber auch wenn der Verbraucher richtig erkennt, dass es sich um einen Eigenpreisvergleich handelt, ist damit noch nichts über die Dauer der Preissenkung gesagt. So kann es sich bei dem zu zahlenden Preis um den neuen Normal-Preis handeln oder aber, wenn die Preissenkung nur vorübergehend ist, um einen Sonderpreis. Die Unterscheidung ist nicht ganz unwesentlich, wird auf den Verbraucher durch Sonderpreise aufgrund deren zeitlichen Begrenzung ein gewisser Druck ausgeübt, das Angebot alsbald wahrzunehmen, wogegen diese Wirkung einer dauerhaften Preissenkung nicht zukommt⁶⁰⁹. Andererseits kann die Werbung mit einer dauerhaften Preissenkung einen langfristigen Effekt in Form eines günstigen Preisimages haben, der Sonderpreisen nur bedingt zukommt⁶¹⁰. Im Allgemeinen werden dauerhafte Preissenkungen im Rahmen von Niedrigpreisstrategien als solche kenntlich gemacht⁶¹¹. Dabei spielt die Auszeichnungsmethode „Eigenpreisvergleich“ allenfalls eine untergeordnete Rolle. Zur Kenntlichmachung dauerhafter Preissenkungen werden üblicherweise andere Werbemethoden wie beispielsweise die

⁶⁰⁶ Siehe *Völker* § 3 UWG Rn. 56.

⁶⁰⁷ Vgl. *Lutz* MA 69, 43 (50).

⁶⁰⁸ *Hinzuweisen* ist bspw. auf die Entscheidung des OLG Stuttgart (WRP 96, 791 ff.), das die Werbung mit durchgestrichenen Preisen als nicht irreführend ansah, weil der Verbraucher bei dieser Art der Werbung eindeutig auf einen Eigenpreisvergleich schließe, obwohl es sich bei der beworbenen Ware um Markenparfums handelte. Nach Ansicht des Gerichts könne es sich nur um einen Eigenpreisvergleich handeln, da das Durchstreichen eines Preises für dessen Ungültigkeit stehe, der Gewerbetreibende aber einen anderen Preis als den eigenen nicht für ungültig erklären könne (S. 794). Der Verbraucher halte das für „selbstverständlich, ohne dass er andere Möglichkeiten auch nur in Erwägung zöge“ (S. 795). Auf den Umstand, dass es sich um einen Markenartikel handelt, ist das Gericht jedoch nicht eingegangen.

⁶⁰⁹ Vgl. dazu Kap. 1, A., V., 1..

⁶¹⁰ Vgl. Kap. 1, A., V., 2..

Kennzeichnung als „Neuer (Dauer-) Tiefpreis“ o.ä. verwendet⁶¹². Bei der Werbung mit Eigenpreisvergleichen wird es sich also in nahezu allen Fällen um nur vorübergehende Preissenkungen handeln, weshalb der Verbraucher – anlehnend an die Argumentation zur Werbung mit durchgestrichenen Preisen⁶¹³ – bei der Werbung mit Preissenkungen grundsätzlich von einem nur vorübergehenden Sonderpreis ausgehen wird, sofern sich aus den näheren Umständen nichts anderes ergeben sollte.

(3.) Zwischenbetrachtung / Stellungnahme

Die Ausführungen zeigen, dass im Zusammenhang mit dem Eigenpreisvergleich die Mehrdeutigkeit einige Probleme bereitet. Bei objektiver Betrachtung ist festzustellen, dass der Gegenüberstellung von Preisen in der hier besprochenen Art und Weise (Durchstreichen von Preisen; „statt“-Preise) mitunter kein eindeutiger Aussagegehalt zu entnehmen ist, außer dass die beiden Preise in Relation zueinander gesetzt werden sollen und der niedrigere Preis zu zahlen ist. Einen klarstellenden Hinweis bezüglich des Charakters des (höheren) Vergleichspreises enthält die bloße Gegenüberstellung jedoch nicht⁶¹⁴. Um was für einen Vergleich es sich handelt, geht allenfalls aus außerhalb der Gegenüberstellung stehenden Umständen hervor. Diesbezüglich lässt sich ein sachlicher Grund für die Differenzierung zwischen der Werbung mit durchgestrichenen Preisen und der „statt“-Preis-Werbung bei der wettbewerbsrechtlichen Beurteilung nur schwer finden. Im Zusammenhang mit dem Durchstreichen von Preisen wird das Argument der „allgemeinen Übung“ und darauf aufbauend das Argument der „Gewöhnung“ angeführt. Der Verbraucher verbinde mit dem Durchstreichen von Preisen das Herabsetzen eigener Preise; nach der allgemeinen Verkehrsauffassung sei der Werbung mit durchgestrichenen Preisen der Aussagegehalt eines Eigenpreisvergleichs also eigen. Doch ob dieser Umstand für die nötige Sicherheit in punkto Klarheit und Verständlichkeit ent-

⁶¹¹ Bspw. mit dem Hinweis „Wir haben unsere Preise gesenkt!“.

⁶¹² Ob in Kombination mit einer Preisgegenüberstellung oder ohne.

⁶¹³ Stichwort: ständige Übung; Gewöhnung des Verbrauchers, vgl. Kap. 2, C., I., 2., b., (2.), (a.).

⁶¹⁴ Einen eindeutigen Aussagegehalt haben bspw. folgende Preisgegenüberstellungen: „früher ... jetzt ...“, Durchstreichen des höheren Preises kombiniert mit Zusatz (bspw. „jetzt“ oder „früher“).

scheidungsrelevanter anbieterabhängiger⁶¹⁵ Verbraucherinformationen genügt, erscheint durchaus fraglich, wobei eine gesunde Skepsis mitunter angebracht erscheint⁶¹⁶.

Nach der aktuellen Rechtsprechung zum Verbraucherleitbild, ist der wettbewerbsrechtlichen Beurteilung von Wettbewerbshandlungen der verständige und kritische Verbraucher zugrunde zu legen⁶¹⁷. Diese Rechtsprechung ist ohne Zweifel zu unterstützen. Dann gilt es aber auch, die nötigen Konsequenzen zu ziehen. So wird ein verständiger und kritischer Betrachter einer objektiv mehrdeutigen Preisgegenüberstellung als möglichen Erklärungsgehalt nicht ausschließlich den eines Eigenpreisvergleichs in Betracht ziehen. Auch wenn sich die Verbrauchervorstellungen nicht immer verifizieren und sachlich begründen lassen, wird man es unter Zugrundelegung des kritischen Verbrauchers bei der Beurteilung einer objektiv mehrdeutigen Werbeangabe für sehr wahrscheinlich erachten müssen, dass der Verbraucher die Mehrdeutigkeit erkennt. Von einem allgemeinen Verkehrsverständnis bezüglich einer objektiv mehrdeutigen Werbeangabe kann dann nicht mehr die Rede sein. Die Absenkung des Verbraucherschutzniveaus durch das neue (europäische) Leitbild eines verständigen Verbrauchers⁶¹⁸ führt in diesem Zusammenhang zu einer größeren Schutzwürdigkeit des Verbrauchers, da sich der kritische Verbraucher im Gegensatz zum unkritischen Verbraucher der Mehrdeutigkeit einer allgemein üblichen Werbeangabe mit einiger Wahrscheinlichkeit bewusst ist. Mithin empfiehlt sich in diesem Punkt eine konsequente Lösung. Bei der Gegenüberstellung von Preisen muss für den Verbraucher der Charakter des Vergleichspreises, unabhängig der Annahme einer „allgemeinen Übung“, unmittelbar aus dem Gesamtbild der Werbung, zumindest aber aus den näheren Umständen eindeutig hervorgehen oder eindeutig bestimmbar sein. Dabei sollte man sich nicht auf die „Gewöhnung“ der Verbraucher an typische Auszeichnungsmethoden des Eigenpreisvergleichs verlassen. Denn sofern nicht die näheren Umstände den Tatbestand eines Eigenpreisvergleiches hervorheben, lässt sich auch solchen Preisgegenüberstellungen (beispielsweise der

⁶¹⁵ Niemöller (S. 193; „empirisch belegte Tendenz der Verbraucherschaft zu einer eher skeptischen Einschätzung anbieterabhängiger Informationsangebote“).

⁶¹⁶ Gerade der Umstand, dass das Durchstreichen von Preisen mit einer „Reduzierung“ des eigenen Preises verbunden wird, obwohl der Preisauszeichnung dieser Erklärungsgehalt objektiv nicht eigen ist, eröffnet dem unredlichen Wettbewerber Möglichkeiten, den „ersten Blick“ des Verbrauchers zur Täuschung über die Preisgegenüberstellung zu nutzen.

⁶¹⁷ Grundlegend BGH WRP 00, 517 (520); vgl. auch EuGH WRP 98, 848 (Leitsatz) – 6-Korn-Eier – Gut Springenheide.

⁶¹⁸ Vgl. Kap. 2, C., II., 2. m. w. N. zur Rspr..

Werbung mit durchgestrichenen Preisen) objektiv kein eindeutiger Erklärungsgehalt für den Vergleich mit dem eigenen, unmittelbar vor der Preissenkung verlangten Preis entnehmen. Der werbende Unternehmer wird hier nicht in ungerechtfertigter Weise überfordert, wenn er den Anspruch an eine objektiv unzweideutige Auszeichnung einer Preisgegenüberstellung zu erfüllen hat. Der Kaufmann weiß zumeist aus Erfahrung, welche Werbung mehrdeutig ist und wie die Irreführung zu vermeiden wäre⁶¹⁹. In Fällen irreführender Werbung kann der werbende Unternehmer nicht zu Lasten der Verbraucher (und der Konkurrenten) schutzwürdig sein. Zudem ist hier kein Grund ersichtlich, die Anforderungen an den werbenden Unternehmer (im Rahmen der Verhältnismäßigkeit) zu niedrig anzusetzen⁶²⁰. Im Sinne der Klarheit und Verständlichkeit von Werbeangaben empfiehlt es sich also, eindeutige Auszeichnungsmethoden für Preisvergleiche jeglicher Art, und damit auch für die Gegenüberstellung mit dem eigenen, unmittelbar vor der Preissenkung geforderten Preis zu verwenden, um der Gefahr einer irreführenden Wirkung vorzubeugen.

(4.) Eigenpreisvergleich und der „allgemeine Marktpreis“

Ein weiteres Problem hinsichtlich der Verständlichkeit von Eigenpreisvergleichen besteht darin, dass der Verbraucher der Auszeichnung eines als solchen eindeutig erkennbaren Eigenpreisvergleichs den Aussagegehalt entnehmen könnte, es handle sich um ein im Verhältnis zum „allgemeinen Marktpreis“⁶²¹ preiswertes Angebot⁶²². In diesem Fall interpretiert der Verbraucher die Preisgegenüberstellung als eine Erklärung über das Verhältnis des niedrigen Preises zu konkurrierenden Angeboten von Mitbewerbern. Das ändert aber nichts an der Feststellung, dass der durchschnittlich informierte und verständige Verbraucher einem Eigenpreisvergleich den korrekten Aussagegehalt („günstiger als der früher bzw. sonst vom Anbieter verlangte Preis“) entnimmt und nicht bestreiten wird, dass dem Eigenpreisvergleich als solchem keine darüber hinausgehenden Angaben hinsichtlich dem Verhältnis zum allgemeinen Marktpreis oder zu Konkurrenzpreisen zu entnehmen ist. Die Ursache dafür, dass der Betrachter eines Eigenpreisvergleichs in die Versuchung geraten könnte, in die Werbeangabe den Aussagegehalt über das Verhältnis des verlangten Preises zum allgemeinen Marktpreis zusätzlich hin-

⁶¹⁹ Sack WRP 98, 264 (268).

⁶²⁰ Sack WRP 98, 264 (268).

⁶²¹ Beachte Fn. 87.

⁶²² Sack BB 94, 225 (233); vgl. dazu die Ausführungen unter Kap. 1, B., IV., 2. und Kap. 1, D., 3..

einzuinterpretieren, ist daher nicht auf die Missverständlichkeit der Werbeangabe „Eigenpreisvergleich“ als solche zurückzuführen, sondern liegt in der freien Interpretation gesamtwirtschaftlicher Zusammenhänge in Form einer Vereinfachungsstrategie⁶²³ durch den Verbraucher. Dabei geht der Verbraucher davon aus, dass sich der Normal-Preis im Bereich der „wettbewerbsfähigen“ Preisbildung bewegt, sich also am allgemeinen Marktpreis orientiert und von diesem nicht wesentlich abweicht, um konkurrenzfähig zu sein. Folglich müsste ein Sonderpreis, der nicht unwesentlich unterhalb des „wettbewerbsfähigen“ Normalpreises liegt, auch unterhalb des allgemeinen Marktpreises liegen oder sich zumindest in dessen unteren Regionen bewegen. Bei Sonderpreisen könnte der Verbraucher also von einem, in Relation zum allgemeinen Marktpreis, preiswerten Angebot ausgehen. Diese Schlussfolgerung ist dann aber nicht auf den Aussagegehalt zurückzuführen, den der durchschnittlich informierte und verständige Verbraucher der Werbeangabe „Eigenpreisvergleich“ als solchen entnimmt, sondern auf dessen freie Interpretation. Diese möglicherweise fehlgehende Interpretation von Eigenpreisvergleichen kann aber bei der Frage der Lauterkeit von Wettbewerbshandlungen im vorliegenden Zusammenhang keinerlei Beachtung finden, da sie außerhalb des Wirkungsbereichs der Werbeangabe Eigenpreisvergleich liegt. Zwar beurteilt sich der Aussagegehalt grundsätzlich nach dem Verkehrsverständnis (Empfängerhorizont), doch handelt es sich in diesem Fall nicht um ein *Fehlverständnis* aufgrund von Mehrdeutigkeit, sondern um eine Fehl- bzw. *Überinterpretation*, die dem werbenden Unternehmer nicht zugerechnet werden kann⁶²⁴.

Dennoch lassen sich den Ausführungen weitere Erkenntnisse für die Werbung mit dem Preisvergleich entnehmen. Sie sind auf die banale Feststellung zurückzuführen, dass der Verbraucher das Ziel verfolgt, einen möglichst billigen, zumindest aber, im Verhältnis zum „allgemeinen Marktpreis“, günstigen Preis zu zahlen. Darauf zielt die oben beschriebene Vereinfachungsstrategie des Verbrauchers bei der Beurteilung von Preisgegenüberstellungen ab. Als Orientierungshilfe für den „allgemeinen Marktpreis“ werden dabei die unverbindlichen Preisempfehlungen des Herstellers herangezogen⁶²⁵. Mitunter entspricht die Werbeinformation einer Preisgegenüberstellung mit dem unverbindlich

⁶²³ Vgl. *Diller* WRP 82, 63 (68); *Diller* II, S. 6.

⁶²⁴ Insofern bleibt auch die Problematik des Anschwärzens durch Sonderangeboten bei der lauterkeitsrechtlichen Würdigung des Eigenpreisvergleichs außer Betracht, vgl. dazu den Problemaufriss unter Kap. 1, D., II., 2..

⁶²⁵ Vgl. *Illert*, S. 32.

empfohlenen Preis im Gegensatz zu einem Eigenpreisvergleich (bei dem der Normalpreis theoretisch auch über dem allgemeinen Marktpreis liegen könnte) aufgrund der festen Bezugsgröße eher dem Informationsverlangen des Verbrauchers. Das verdeutlicht ein weiteres Mal die Notwendigkeit, dass aus der Werbeangabe selbst oder den näheren Umständen eindeutig hervorgeht, um was für einen Preis es sich bei dem Vergleichspreis einer Preisgegenüberstellung handelt, damit der Verbraucher die Werbeinformation entsprechend einordnen und würdigen kann.

cc. Wahrheit von Verbraucherinformationen

Der beherrschende Grundsatz des Wettbewerbsrechts ist das Wahrheitsgebot⁶²⁶. Um den Anforderungen des UWG zu entsprechen, müssen Werbeangaben also in jedem Fall wahr sein⁶²⁷. Entspricht die Werbeinformation, die der Verbraucher seiner Kaufentscheidung zugrunde legt⁶²⁸, nicht den tatsächlichen Gegebenheiten, besteht die Gefahr, dass der Verbraucher eine für ihn ungünstige Kaufentscheidung trifft, die er anderenfalls nicht oder nicht so getroffen hätte. Andererseits ist eine Werbeangabe nicht bereits wegen ihrer Wahrheit willen zulässig⁶²⁹. Denn ob eine Angabe wahr oder unwahr ist, beurteilt sich nach der Verkehrsauffassung⁶³⁰. Maßgeblich ist nicht, was der Werbende sagen will, sondern wie der angesprochene Verkehr die Werbung versteht⁶³¹. Wird eine Werbeangabe also fälschlicher Weise so verstanden, wie sie der Realität nicht entspricht, ändert ihre objektive Wahrheit nichts an ihrer Unzulässigkeit, selbst wenn der Werbende seine Angabe anders verstanden haben wollte. Ein Eigenpreisvergleich, der nicht als ein solcher verstanden wird, ist damit wettbewerbsrechtlich unzulässig (§ 3 UWG), sofern der Preisvergleich nicht auch in dem vom Betrachter verstandenen Sinne der Realität entspricht⁶³².

⁶²⁶ Gloy/Gloy § 14 Rn. 15; Baumbach/Hefermehl § 1 Rn. 5, § 3-8 Rn. 5, § 3 Rn. 273; Schotthöfer/Jennes, BRD, Rn. 74; Köhler/Piper § 1 Rn. 12.

⁶²⁷ Baumbach/Hefermehl vor §§ 3-8 Rn. 5; Köhler/Piper § 3 Rn. 376.

⁶²⁸ Werbeinformationen, die keine Relevanz für die Kaufentscheidung besitzen, unterliegen grundsätzlich nur bedingt dem Wahrheitsgebot, vgl. dazu Beater § 15 Rn. 9 ff., der unter § 15 Rn. 139 auf die besondere Relevanz von Preisangaben hinweist.

⁶²⁹ Gloy/Gloy § 14 Rn. 15.

⁶³⁰ Baumbach/Hefermehl § 3-8 Rn. 5; Köhler/Piper § 3 Rn. 376.

⁶³¹ Köhler/Piper § 3 Rn. 376; Kehl § 21 Anm. V..

⁶³² Vgl. Völker § 3 UWG Rn. 57; Gloy/Helm § 49 Rn. 65.

Gegen das Wahrheitsgebot verstoßen insbesondere Werbeangaben, die von dem angesprochenen Verkehrskreis richtig verstanden werden, aber den tatsächlichen Gegebenheiten nicht entsprechen. Unerheblich ist, ob der Werbende sich der Unwahrheit seiner Angaben bewusst ist⁶³³. Für den Eigenpreisvergleich bedeutet das, dass tatsächlich eine Absenkung desjenigen Preises vorliegen muss, den der Werbende unmittelbar vor der Preissenkung für das selbe Produkt über einen gewissen Zeitraum ernsthaft verlangt hat⁶³⁴.

Dabei muss das Gebot der Preiswahrheit vor dem Hintergrund der besonderen Schutzbedürftigkeit des Verbrauchers bei Eigenpreisvergleichen betrachtet werden. Bei der Werbeangabe Eigenpreisvergleich handelt es sich um Informationen bezüglich der Preisgestaltung des Werbenden und damit um Angaben über Betriebsinterna, deren Zugang nur dem Werbenden selbst offen steht. Die Möglichkeit einer Nachprüfung des Wahrheitsgehaltes ist dem Verbraucher daher allenfalls unter unzumutbarem Aufwand möglich, weshalb auch die Werbung mittels Eigenpreisvergleichs für (unwahre) irreführende Angaben durch den unredlichen Wettbewerber besonders anfällig ist⁶³⁵. Vor diesem Hintergrund hat der Verbraucher ein besonders schützenswertes Interesse an der Umsetzung und Sicherung des Wahrheitsgebots bei der Werbung mit Eigenpreisvergleichen.

Allerdings ist nicht erforderlich, dass es sich um eine erhebliche Preissenkung handelt⁶³⁶, oder dass der Sonderpreis im Verhältnis zu Konkurrenzangeboten oder einem allgemeinen Marktpreis besonders günstig ist⁶³⁷, auch wenn die Auszeichnung einer Preissenkung das Vorliegen einer besonderen Kaufgelegenheit suggeriert. In Anbetracht des wettbewerbsrechtlich relevanten Leitbild eines durchschnittlich aufmerksamen und kritischen Verbrauchers bedarf es keines dahingehenden wettbewerbsrechtlichen Schutzes. Insofern genügt es, wenn der Bezugspreis und der aktuell verlangte Preis wahrheitsgemäß angegeben werden. Die Zulässigkeit der Werbung mit einer Preissenkung

⁶³³ Die Belange der Verbraucher, Konkurrenten und der Allgemeinheit an einem leistungsbezogenen, redlichen Wettbewerb sind hier von grundlegender Bedeutung und gehen vor, vgl. *Baumbach/Hefermehl* § 3-8 Rn. 5.

⁶³⁴ *Baumbach/Hefermehl* § 3 Rn. 296; vgl. dazu Kap. 3, A., II..

⁶³⁵ Vgl. zur Beweisproblematik unter Kap. 2, B.; sowie zur besonderen Gefahr einer Irreführung Kap. 1, B., IV., 1..

⁶³⁶ Vgl. zur Ausgangsproblematik Kap. 1., D., 1., 3..

⁶³⁷ Vgl. zur Ausgangsproblematik Kap. 1., D., 1., 3..

kann also nicht danach differenziert werden, wie günstig und/oder in welcher Höhe der Preis verhältnismäßig oder nominal gesenkt wurde.

II. Das Verbraucherleitbild

Richtet sich eine Werbemaßnahme nicht an ausgewählte Fachkreise, sondern an die Allgemeinheit, so ist bei der Bestimmung des Aussagegehaltes auf den Empfängerhorizont der Verbraucherschaft als Kollektiv abzustellen. Maßgeblich ist damit das sog. allgemeine Verkehrsverständnis, bei dessen Ermittlung das Verbraucherleitbild eine zentrale Bedeutung erlangt hat⁶³⁸.

1. Bedeutung, Sinn und Zweck

Der Begriff bzw. die Bestimmung des Verbraucherleitbildes ist Gegenstand der in den letzten Jahren wohl meistdiskutierten Rechtsfrage in Rechtsprechung und Lehre auf dem Gebiet des Wettbewerbsrechts⁶³⁹. Das wird nicht zuletzt darauf zurückzuführen sein, dass das Verbraucherleitbild in einem auf Marktkommunikation basierenden Wettbewerbskonzept, wie dem der im deutschen Rechtsraum vorherrschenden sozialen Marktwirtschaft⁶⁴⁰, einen zentralen Maßstab des Lauterkeitsrechts bildet⁶⁴¹. So bestimmt sich die Reichweite des Irreführungsverbotes (§ 3 UWG) in erster Linie nach dem seiner Interpretation zugrundeliegenden Verbraucherleitbild⁶⁴². Denn je mehr auf den Verständnishorizont eines wirtschaftlich mündigen und gewandten Verbrauchers abgestellt wird, umso höher liegt die Schwelle, ab der eine Wettbewerbshandlung als zur Irreführung geeignet zu betrachten ist. Dagegen bedarf es eines umso größeren

⁶³⁸ Vgl. BGHZ 13, 244 (253) – Cupresa; BGH GRUR 83, 651 (653) – Feingoldgehalt; *Baumbach/Hefermehl* § 3 Rn. 2, 23; *Köhler/Piper* § 3 Rn. 10; *Seibt* GRUR 02, 465; *Lehmler*, S. 6.

⁶³⁹ Bspw. *Nordemann* WRP 00, 977 ff.; *Keilholz* FS *Simon*, S. 681 ff.; *Tilman* FS *Piper*, S. 481 ff.; zur umfassenden Literatur vgl. die Nachweise bei *Sack* WRP 99, 399 (Fn. 1-12) und *Ullmann* JZ 1994, 928 (932, Fn. 32).

⁶⁴⁰ *Fikentscher*, Bd. II, § 20 II 7 (S. 31 ff.); *Baumbach/Hefermehl* UWG Allg. Rn. 70.

⁶⁴¹ Vgl. *Wiebe* WRP 02, 283 (287), der noch einen Schritt weiter geht und ausführt, das Verbraucherleitbild sei „der“ zentrale Maßstab des Lauterkeitsrechts.; *Emmerich* § 14 Anm. 3 (S. 181); *Gloy/Kreft/Gloy* § 17 Rn. 4.

⁶⁴² *Emmerich* § 14 Anm. 3 (S. 181); Regierungsentwurf zum UWG, BT-Drs. 15/1487 (S. 19); *Niemöller*, S. 27.

Schutzniveaus, desto mehr auf die Leichtgläubigkeit und wirtschaftliche Unbeholfenheit kleiner Minderheiten Rücksicht genommen werden muss⁶⁴³.

Das Verbraucherleitbild bestimmt ganz allgemein, wie der Verbraucher im wirtschaftlichen Leben rechtlich zu beurteilen ist. Es stellt eine Verallgemeinerung der in ihrer Vielfalt nicht zu fassenden Möglichkeiten unterschiedlichster Verhaltensweisen und Reaktionsmuster von Verbrauchern auf Wettbewerbshandlungen der Unternehmer dar. Folglich lässt sich anhand des Verbraucherleitbildes auch ermitteln, welche Anforderungen an den wettbewerbsrechtlich relevanten Verbraucher gestellt werden können und inwieweit er eines besonderen Schutzes durch die Rechtsordnung bedarf. Dabei handelt es sich um einen dynamischen Begriff, der sich an den aktuellen Gegebenheiten und Entwicklungen orientiert, und der einem fortlaufenden Entwicklungsprozess unterworfen ist; er ist das Spiegelbild des wirtschaftlichen Entwicklungsstadiums der Verbraucherschaft als Kollektiv. Damit ist das Verbraucherleitbild überall dort von zentraler Bedeutung, wo im Wettbewerbsrecht ein Rechtsbegriff mit Blick auf das allgemeine Verkehrsverständnis auszufüllen ist⁶⁴⁴. Praktisch betrachtet handelt es sich um ein Hilfsmittel bei der Durchführung der erforderlichen Interessenabwägung zur lauterkeitsrechtlichen Beurteilung von Wettbewerbshandlungen⁶⁴⁵.

2. Der europäische Verbraucher nach der Rechtsprechung des EuGH

Ausdrücklich nahm der EuGH erstmals in seiner „Mars“-Entscheidung⁶⁴⁶ vom 6.7.1995 zum Verbraucherleitbild Stellung. Als Maßstab für die Beurteilung, ob eine Werbeanzeige zur Irreführung geeignet ist, stellte der EuGH in der zitierten Entscheidung auf die Sicht eines „verständigen“ Verbrauchers ab. Aber bereits zuvor wurde in einigen Entscheidungen das Konzept des EuGH deutlich, die Eignung zur Irreführung wettbewerbsrechtlicher Handlungen anhand eines mündigen und verständigen Durchschnittsverbrauchers festzustellen⁶⁴⁷. Letztlich formulierte der EuGH in seiner Entscheidung „6-

⁶⁴³ Vgl. *Emmerich* § 14 Anm. 3 (S. 181); Regierungsentwurf zum UWG, BT-Drs. 15/1487 (S. 19).

⁶⁴⁴ *Seibt* GRUR 02, 465.

⁶⁴⁵ Drexl „Die wirtschaftliche Selbstbestimmung des Verbrauchers“ (1998) S. 427; ebenso *Beater* JZ 00, 973 (977); Zur Interessenabwägung bei irreführender Werbung allgemein vgl. *Borck* WRP 85, 63 ff..

⁶⁴⁶ EuGH WRP 95, 677 (678 f.) – Mars.

⁶⁴⁷ EuGH (Urteil vom 2.2.1994) WRP 94, 1207(1208) – Clinique (In diesem Fall war der EuGH der Ansicht, dass der Verbraucher aufgrund des Umstandes, dass ein Produkt über Parfümerien und Kaufhäuser vertrieben wird, erkennt, dass es sich um kein Produkt mit medizinischer Wirkung handelt); EuGH WRP 93, 233 f. – Nissan (Der EuGH traut dem Verbraucher nach dieser Entscheidung zu, dass dieser erkennt,

Korn Eier – Gut Springenheide⁶⁴⁸ vom 16.7.1998 wörtlich, es komme darauf an, „wie ein durchschnittlich informierter, aufmerksamer und verständiger Durchschnittsverbraucher diese [Werbe-] Angabe wahrscheinlich auffassen wird.“⁶⁴⁹ Diese Rechtsprechung hat der EuGH in den darauffolgenden Entscheidungen wiederholt bestätigt⁶⁵⁰.

Entgegen erster Stellungnahmen⁶⁵¹ zu dem Urteil „Gut Springenheide“⁶⁵² sei klarstellend darauf hingewiesen, dass sich das Wort „durchschnittlich“ nicht bloß auf das Adjektiv „informiert“, sondern ebenfalls auf die folgenden beiden Adjektive „aufmerksam“ und „verständlich“ bezieht. Das geht zwar aus der unklar formulierten deutschen Übersetzung des EuGH-Urteils nicht ganz eindeutig hervor. Doch ein Blick auf die englische und französische Fassung der Entscheidung⁶⁵³ spricht für diese nunmehr anerkannte Version⁶⁵⁴. So heißt es in der englischen Fassung, abzustellen sei auf den „average consumer, who is reasonably well-informed and reasonably observant and circumspect“⁶⁵⁵. Dem übereinstimmend erklärt die französische Fassung den „consommateur moyen, normalement informé et raisonnablement attentif et avisé“ als den maßgeblich Verbraucher bei der Beurteilung (vermeintlich) irreführender Werbung⁶⁵⁶.

Der Durchschnittsverbraucher im Sinne eines „durchschnittlich informierten, aufmerksamen und verständigen Verbrauchers“ ist Grundlage des aktuellen Vorschlags der Eu-

dass der niedrigere Fahrzeugpreis eines Parallelimporteurs mit einer geringeren Standardausstattung einhergeht. Eine Irreführung sein nur dann zu bejahen, wenn eine „erhebliche Anzahl von Verbrauchern“ einer Fehlvorstellung unterliegt).

⁶⁴⁸ EuGH WRP 98, 848 ff. – 6-Korn Einer – Gut Springenheide.

⁶⁴⁹ EuGH WRP 98, 848 (Leitsatz) – 6-Korn Einer – Gut Springenheide.

⁶⁵⁰ EuGH WRP 99, 307 (310 f.) – Verbraucherschutzverein / Sektkellerei *Keßler*; EuGH WRP 00, 289 (292) – Lifting-Creme; EuGH WRP 00, 489 (491) – Darbo.

⁶⁵¹ Danach gehe der EuGH von dem Leitbild eines „durchschnittlich verständigen“ Verbrauchers aus, der „aufmerksam“ und „verständlich“ ist, vgl. bei *Sack* WRP 99, 399 (400); *Buck-Freytag*, S. 243.

⁶⁵² EuGH WRP 98, 848 ff. – 6-Korn Einer – Gut Springenheide.

⁶⁵³ Abgedruckt in WRP 98, 1213 f..

⁶⁵⁴ Vgl. *Sack* WRP 99, 399 (400); *Buck-Freytag*, S. 243.

⁶⁵⁵ Abgedruckt in WRP 98, 1213 f..

⁶⁵⁶ Abgedruckt in WRP 98, 1213 f..

ropäischen Kommission für eine Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken⁶⁵⁷. Von wesentlicher Bedeutung ist hierbei, dass der Richtlinien-Vorschlag nicht bloß ein Mindestniveau für den Verbraucherschutz festlegt, wie dies noch in Art 7 RL 84/450/EWG der Fall war, sondern gleichzeitig ein weitergehendes, höheres Verbraucherschutzniveau in den einzelnen Mitgliedsstaaten zu unterbinden sucht⁶⁵⁸.

3. Der nationale (deutsche) Verbraucher nach der Rechtsprechung des BGH

Seinen früheren Entscheidungen zum Tatbestand des Irreführungsverbots legte der BGH in ständiger Rechtsprechung das Leitbild eines flüchtigen, unaufmerksamen und unkritischen Verbrauchers zugrunde⁶⁵⁹. Diese Rechtsprechung war in der Literatur seit jeher scharfem Widerstand ausgesetzt⁶⁶⁰. *Emmerich* trieb die Fontaine der Kritik auf die Spitze und warf dem BGH – nicht ohne einen gehörigen Anteil an Polemik – vor, er ginge vom Leitbild eines „im Grunde an der Grenze zur Debität verharrenden, unmündigen, einer umfassenden Betreuung bedürftigen Verbrauchers [aus], der auch noch gegen die kleinste Gefahr einer Irreführung in der Werbung geschützt werden muss“⁶⁶¹. Damit orientiere sich das deutsche Schutzniveau „sozusagen an dem dümmsten Teil der Bevölkerung“⁶⁶², weil der BGH jede noch so kleine Minderheit unverständiger Verbraucher vor einer Fehlleitung durch Werbeangaben schützen wolle⁶⁶³. Vielfach zitiert

⁶⁵⁷ Vgl. Art. 5 Nr. 2 i.V.m. Art. 2 lit. b) der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken im binnenmarkt-internen Geschäftsverkehr zwischen Unternehmern und Verbrauchern und zur Änderung der Richtlinien 84/450/EWG, 97/7/EG und 98/27/EG vom 18.6.2003, vgl. KOM (2003) 356 endgültig (abrufbar unter: http://europa.eu.int/comm/consumer/cons_int/safe_shop/fair_bus_pract/index_en.htm).

⁶⁵⁸ Vgl. *Schulte-Nölke* NJW 03 (Heft 36) Editorial (vgl. dazu Art. 4 Nr. 2 RL-Vorschlag und die 30. Begründungserwägung (Punkt 3) (KOM (2003) 356)); Bereits die RL 97/55/EG war auf die strenge Harmonisierung ausgerichtet und nicht bloß auf die Regelung von Mindeststandards, vgl. (18.) Begründungserwägung der RL 97/55/EG.

⁶⁵⁹ BGH GRUR 71, 365 (367) – Wörterbuch; BGH GRUR 92, 450 (452 f.) – Beitragsrechnung; BGH GRUR 93, 127 – Teilzahlungspreis II.

⁶⁶⁰ Vgl. zur umfassenden Literatur die Nachweise bei *Sack* WRP 99, 399 (Fn. 1-12) / WRP 98, 264 (Fn. 1-11).

⁶⁶¹ *Emmerich* „Das Recht des unlauteren Wettbewerbs“ (5. Aufl., 1998) § 14 Anm. 3 (S. 181) – Nachdem der BGH seine Rechtsprechung zum Verbraucherleitbild geändert hat, wurde der zitierte Passus in der aktuellen 6. Aufl. (2002) herausgenommen.).

⁶⁶² *Emmerich* FS (2000) 627 (643).

⁶⁶³ *Emmerich* (5. Aufl., 1998) § 14 Anm. 3 (S. 181).

wurden auch die Ausführungen des Klägers *Prantl* in der Rechtssache „Bocksbeutel“⁶⁶⁴, dem deutschen Recht liege „das Leitbild eines absolut unmündigen, fast schon pathologisch dummen und fahrlässig unaufmerksamen Durchschnittsverbrauchers“ zugrunde⁶⁶⁵. Letztlich machte besonders die Divergenz zum „europäischen“ Verbraucher ein Festhalten am unmündigen und unkritischen „deutschen“ Verbraucher unmöglich und führte zu einem Wandel des Verbraucherleitbildes in der Rechtsprechung des BGH⁶⁶⁶. Mittlerweile hat der BGH seine Rechtsprechung zum „unmündigen“ Verbraucher aufgegeben und orientiert sich in Richtung europäischem Verbraucherleitbild. Das geschah zunächst nur stückweise durch Einzelentscheidungen des BGH, in denen die Tendenz im Ansatz erkennbar wurde, dass auch an den Verbraucher gewisse Anforderungen und Sorgfaltspflichten im Zusammenhang mit seiner Teilnahme am wirtschaftlichen Verkehr zu stellen waren⁶⁶⁷. Als erstes deutsches Gericht legte das OLG Hamburg explizit den („europäischen“) „durchschnittlich informierten, aufmerksamen und verständigen“ Verbraucher in rein nationalrechtlich zu beurteilenden Angelegenheiten seinen Entscheidungen zugrunde⁶⁶⁸. Letztlich sah sich auch der BGH in Sachen Verbraucherleitbild zu einer Angleichung an die EuGH-Rechtsprechung veranlasst. In dem grundlegenden Urteil „Orient-Teppichmuster“ vom 20.10.1999⁶⁶⁹ führt der BGH aus:

„Der Grad der Aufmerksamkeit des durchschnittlich informierten und verständigen Verbrauchers, auf dessen Verständigkeit es ankommt, ist abhängig von der jeweiligen Situation. Er wird vor allem von der Bedeutung der beworbenen Ware oder Dienstleistung für den angesprochenen Verbraucher abhängen und wird beispielsweise dort eher gering, d.h.

⁶⁶⁴ EuGH GRUR Int. 84, 291 ff. – Bocksbeutel.

⁶⁶⁵ Vgl. EuGH GRUR Int. 84, 291 (293) – Bocksbeutel; zur sachlichen Diskussion vgl. *Nordemann* WRP 00, 977 ff.; *Keilholz* FS *Simon*, S. 681 ff.; *Tilmann* FS Piper, S. 481 ff.; zur umfassenden Literatur vgl. die Nachweise bei *Sack* WRP 99, 399 (Fn. 1-12) und *Ullmann* JZ 1994, 928 (932, Fn. 32)..

⁶⁶⁶ Vgl. *Sack* WRP 99, 399; Zur Diskussion eines Harmonisierungs- bzw. Angleichungszwangs durch das Europarecht (insb. die RL 84/450/EWG) und die Rechtsprechung des EuGH vgl. bspw. *Deutsch* GRUR 96, 541 ff.; *Beater* GRUR Int. 00, 963 ff. (968 ff.); *Ahrens* WRP 99, 389 (395 ff.); *Meyer* WRP 93, 215 ff.; *Kemper/Rosenow* WRP 01, 370 ff.; *Micklitz/Keßler* WRP 03, 919 (933 ff.); *Doepner* WRP 97, 999 (1007) m.w.N. in Fn. 83-85.

⁶⁶⁷ Vgl. Bspw. BGH NJW 96, 2161 ff. (insb. 2163) – Der meistverkaufte Europas; BGH NJW 1999, 211 ff.; Darstellend: *Kemper/Rosenow* WRP 01, 370 (375 f.); *Emmerich* FS (2000) 627 (644) mit Nachweisen zur Rechtsprechung.

⁶⁶⁸ OLG Hamburg, Urteil v. 28.1.1999, Az.: 3 U 65/98; OLG Hamburg WRP 99, 683 (684) – Doppelkeks mit Kakao-Creme-Füllung.

⁶⁶⁹ BGH WRP 00, 517 ff. – Orient-Teppichmuster.

flüchtig sein, wo es um den Erwerb geringwertiger Gegenstände des täglichen Bedarfs geht. Auch das erste Durchblättern von Werbebeilagen oder Zeitungsanzeigen wird regelmäßig flüchtig erfolgen, wobei sich die Begriffe „flüchtig“ und „verständlich“ nicht gegenseitig ausschließen. Erst im Falle eines am Angebot einer bestimmten – nicht völlig geringwertigen – Ware oder Dienstleistung entweder von vornherein bestehenden oder bei flüchtiger Durchsicht geweckten Interesses wird die Werbung mit größerer Aufmerksamkeit wahrgenommen. [...] Diese situationsadäquate Aufmerksamkeit des Durchschnittsverbrauchers ist für die Ermittlung des Verkehrsverständnisses maßgebend. Mögliche Missverständnisse flüchtiger oder uninteressierter Leser haben dabei zurückzutreten [...].⁶⁷⁰

Das Leitbild eines durchschnittlich informierten und verständigen Verbrauchers, dessen Grad der Aufmerksamkeit von der jeweiligen Situation und Bedeutung der beworbenen Ware abhängt, hat der BGH in der Folgezeit aufrechterhalten⁶⁷¹. Es ist Grundlage des aktuellen Regierungsentwurfs zur Novellierung des UWG⁶⁷² und könnte so endgültig Einzug in die deutsche Regelung zum Verbot irreführender Werbung halten.

4. Der situationsadäquat aufmerksame Verbraucher (Informationsverhalten)

Die Angleichung der BGH-Rechtsprechung zum Verbraucherleitbild an den „europäischen“ Verbraucher ist offensichtlich. Im Unterschied zum EuGH hebt der BGH allerdings ausdrücklich den Aspekt der situationsbedingten Aufmerksamkeit hervor⁶⁷³. Die Begriffe „flüchtig“ und „verständlich“ würden sich nicht gegenseitig ausschließen⁶⁷⁴. Nimmt der durchschnittlich verständige und kritische Verbraucher in der zu entscheidenden Situation die Werbung nur flüchtig wahr, ohne sie eingehend zu betrachten oder sich mit ihr auseinander zu setzen, so sei das der Aufmerksamkeitsgrad, von dem bei dem wettbewerbsrechtlich relevanten Verbraucher nach den jeweiligen Umständen des Einzelfalls auszugehen ist⁶⁷⁵. Ob darin ein Unterschied zur Rechtsprechung des EuGH

⁶⁷⁰ BGH WRP 00, 517 (520) – Orient-Teppichmuster.

⁶⁷¹ BGH WRP 00, 724 (726) – Space Fidelity Peep-Show; BGH WRP 00, 1278 (1280) – Möbel-Umtauschrecht; BGH NJW 01, 3262 (3263) – Domain-Name; BGH NJW 01, 3193 (3195) – Anwalts- und Steuerkanzlei; ebenso BPatG GRUR 99, 931 (932) – St. Ursula.

⁶⁷² (Stand 22.8.2003), BT-Drs. 15/1487 (S. 19); Das Leitbild eines durchschnittlich informierten und verständigen Verbraucher war bereits Grundlage der Gesetzesbegründung für das Gesetz zur Aufhebung der ZugabeVO (BT-Drs. 14/5594 S. 7) und des RabattG (BT-Drs. 14/5441, S. 7).

⁶⁷³ Grundlegend BGH WRP 00, 517 (520) – Orient-Teppichmuster; Das liegt auf der bereits vom Reichsgericht verfolgten Linie, vgl. RGZ 58, 129 f.; RGSt 48, 101 (102); RGSt 50, 15 (16).

⁶⁷⁴ BGH WRP 00, 517 (520) – Orient-Teppichmuster.

⁶⁷⁵ Vgl. BGH GRUR 02, 715 (978) – Scanner-Werbung; vgl. auch Nordemann WRP 00, 977 (979).

zu sehen ist, scheint zweifelhaft. Denn auch nach Auffassung des EuGH ist es die Aufgabe der Gerichte, „unter Berücksichtigung aller maßgeblichen Gesichtspunkte zu prüfen, wie es sich im vorliegenden Einzelfall verhält“⁶⁷⁶. Letztlich hat der EuGH bereits in früheren Entscheidungen auf einen Verbraucher mit einem „normalen Maß an Aufmerksamkeit“ abgestellt⁶⁷⁷. Und in einer neueren Entscheidung führt der EuGH ausdrücklich aus, es sei „zu berücksichtigen, dass die Aufmerksamkeit des Durchschnittsverbrauchers je nach Art der betreffenden Ware oder Dienstleistung unterschiedlich hoch sein kann“⁶⁷⁸. Mithin gehen die Ausführungen des BGH zur situationsbedingten Aufmerksamkeit des als Leitbild fungierenden Verbrauchers zwar über den Wortlaut des europäischen Verbraucherleitbildes hinaus, sie entsprechen aber dem Sinngehalt der diesbezüglichen EuGH-Rechtsprechung⁶⁷⁹.

a. Das produktbedingte Informationsverhalten (Der Einfluss des Preisniveaus auf das Informationsverhalten und die Aufmerksamkeit des Verbrauchers)

Nach Ansicht des BGH und EuGH hängt also der Grad der Aufmerksamkeit insbesondere von der Bedeutung der beworbenen Ware oder Dienstleistung ab⁶⁸⁰. In diesem Punkt der produktbedingten Unterscheidung wird die Möglichkeit gesehen, aus der Konsumentenforschung und Absatzökonomie gewonnene Erkenntnisse für das Wettbewerbsrecht fruchtbar zu machen⁶⁸¹. Dem liegt die Wertung zugrunde, dass zwischen der Intensität des Informationsverhaltens des Verbrauchers und dem zu erwerbenden Pro-

⁶⁷⁶ EuGH GRUR Int. 00, 354 (356, Nr. 30) – Lifting Crème.

⁶⁷⁷ EuGH Slg. 96, I-3514, 3539 ff., Rn. 71 – Bristol-Myers Squibb/Paranova; EuGH Slg. 96, I-3603 ff., Rn. 62 – Eurim-Pharm/Beiersdorf; EuGH Slg. 96, I-3671 ff., Rn. 43 – MPA Pharma/Röhne-Poulenc Pharma.

⁶⁷⁸ EuGH GRUR Int. 99, 734 (736, Nr. 26) – Lloyd.

⁶⁷⁹ Ebenso Nordemann WRP 00, 977 (979); Groeschke/Kiethel WRP 01, 230 m. w. N. in Fn. 7; vgl. dazu auch Beater JZ 00, 973 (977 ff.); Beater § 15 Rn. 145 ff.; Kemper/Rosenow WRP 01, 370 ff.; BGH GRUR 02, 81 (83) – Anwalts- und Steuerkanzlei; Groeschke/Kiethel WRP 01, 230 (234 ff.); Umstritten ist dagegen die Frage, wie die Verkehrsauffassung im Prozess zu ermitteln ist. Eine eingehende Behandlung dieser Problematik kann im Rahmen der vorliegenden Untersuchung nicht geleistet werden, vgl. zu dieser Problematik eingehend Müller, insb. S. 199 ff.; Spliethoff, insb. S. 33 ff., 87 ff.; Träger, S. 84 ff.; Tilmann GRUR 84, 716 ff.; Scherer WRP 99, 991 ff.; Westermann GRUR 02, 403 ff.; Groeschke/Kiethel WRP 01, 230 (235 ff.); Seibt GRUR 02, 465 ff.; Schweizer GRUR 00, 932; Ahrens WRP 00, 812 ff. (814 ff.); Spätgens WRP 00, 1023 ff..

⁶⁸⁰ BGH WRP 00, 517 (520) – Orient-Teppichmuster; EuGH GRUR Int. 99, 734 (736, Nr. 26) – Lloyd.

⁶⁸¹ Beater JZ 00, 973 (978); vgl. auch Groeschke/Kiethel WRP 01, 230 (234).

dukt ein Zusammenhang besteht⁶⁸². Dabei wird man unter „Bedeutung“ einer Ware oder Dienstleistung sowohl eine ideelle (persönliche), als auch eine materielle (finanzielle) Bedeutung zu verstehen haben. Was die materiell-finanzielle Bedeutung des Konsumgegenstandes betrifft, so ist damit vor allem dessen Preis gemeint; je höher der zu zahlende Preis, umso größer ist das wahrgenommene Kaufrisiko und umso bedeutender wird die Kaufentscheidung⁶⁸³. Daraus könnte gefolgert werden, dass die Aufmerksamkeit des Verbrauchers bei der Beurteilung eines Eigenpreisvergleichs umso größer ist, je höher der zu zahlende (Sonder-) Preis ist⁶⁸⁴. Zwar ist die prozentual gleiche Preissenkung bei einem hohen Preisniveau nominal größer als bei einem niedrigen Ausgangspreis, was werbewirksam herausgestellt werden kann und die Anlockwirkung vergrößert. Doch wird der durchschnittlich verständige und kritische Durchschnittsverbraucher einen hohen Endpreis eher von der Preissenkung abgespalten betrachten und sich weniger schnell zu einem Kauf „im Vorübergehen“ hinreißen lassen, sondern sich zunächst Gedanken über den Nutzen der Ware und im Falle einer Kaufbereitschaft möglicherweise weitere Informationen über die Günstigkeit des Angebots einholen, d.h. insbe-

⁶⁸² Allgemein dazu *Beater* JZ 00, 973 (978); *Kemper/Rosenow* WRP 01, 370 (375); *Groeschke/Kieth* WRP 01, 230 (234 f.): Zu unterscheiden sind Erfahrungs-, Such- und Vertrauensgüter. Dabei sind Erfahrungsgüter häufig gekaufte, billige Waren, wogegen es sich bei Suchgütern um selten gekaufte, teure Produkte handelt. Während der Verbraucher bei Erfahrungsgütern nicht lange nachdenkt und das Produkt einfach ausprobiert oder aufgrund gemachter Erfahrungen mit diesem oder einem anderen Produkt die erforderlichen Informationen besitzt, informiert er sich vor dem Kauf von Suchgütern umfassend und schöpft alle vorhandenen Informationsquellen aus. Bei Vertrauensgütern schließlich muss der Verbraucher in besonderem Maße auf die Angaben des Anbieters vertrauen, weil er die Qualität auch nach dem Kauf nicht sicher oder nur mit unvertretbarem Aufwand überprüfen kann (beispielsweise die Umweltverträglichkeit). In der Sache ermöglicht diese Unterscheidung eine interessengerechte Differenzierung i.R.d. Abwägung. Das wettbewerbsrechtlich relevante Schutzinteresse des Verbrauchers hängt dabei maßgeblich von seiner Angewiesenheit auf rechtlichen Schutz ab, die bei Erfahrungs-, Such- und Vertrauensgütern unterschiedlich ist. Beachte aber *Groeschke/Kieth* WRP 01, 230 (234) die darauf hinweisen, dass es sich nur um eine Orientierungshilfe handelt, die Zuordnung aber nicht schematisch erfolgen darf. So seien auch innerhalb der Produktsektoren die informationsbedürftigen Produkte von denjenigen Produkten zu trennen, die auch ohne weitergehende Information für den Verbraucher verständlich sind (S. 235).

⁶⁸³ Vgl. *Beater* (2000) S. 152; *Kemper/Rosenow* WRP 01, 370 (376 f.) der anmerkt, dass in diesem Verhalten erhebliche interindividuelle Unterschiede festzustellen sind. Letztlich ist die Preisgrenze u.a. eine Frage der finanziellen Stärke des Verbrauchers; weiterführend vgl. *Kroeber-Riel/Weinberg*, S. 251.

⁶⁸⁴ Ebenso *Kemper/Rosenow* WRP 01, 370 (377).

sondere mit Konkurrenzangeboten vergleichen⁶⁸⁵. Mit den Worten *Nordemanns*: „Er wird sich so verhalten, wie sich vernünftige Menschen zu verhalten pflegen, wenn sie nicht nur Pfennige oder ‚mal eben ´ne Mark‘ ausgeben“⁶⁸⁶. Insofern kann durchaus festgestellt werden, dass das Preisniveau, auf dem ein Eigenpreisvergleich stattfindet, Einfluss auf das Informationsverhalten des Verbrauchers haben kann. Je höher der Endpreis, umso achtsamer wird der Verbraucher und um so eher neigt er dazu, weniger auf den gesparten Betrag zu achten und weitere Informationen über das allgemeine Preisniveau einzuholen.

Diese Feststellung hat aber nur bedingten Einfluss auf die Beurteilung der Lauterkeit von Eigenpreisvergleichen. Denn trotz gesteigerter Informationsbereitschaft und größerer Aufmerksamkeit bei der Beurteilung der Preissenkung, bleiben die Möglichkeiten des Verbrauchers äußerst beschränkt, den Wahrheitsgehalt eines Eigenpreisvergleiches zu ermitteln. Die Gefahr einer Täuschung durch einen irreführenden Eigenpreisvergleich ist also die gleiche, und damit auch die Schutzwürdigkeit des Verbrauchers.

Zudem kann auch die finanzielle Bedeutung der Ware bzw. die Höhe des zu erwartenden finanziellen Schadens nicht Maßstab für die Verwerflichkeit irreführender Werbung sein⁶⁸⁷. Die Wettbewerbswidrigkeit einer Irreführung ergibt sich bereits aus der täuschenden Handlung selbst und nicht erst aus den finanziellen Folgen für den Getäuschten. Insofern besteht kein Zusammenhang zwischen der Schutzwürdigkeit des Verbrauchers gegenüber unlauterem Wettbewerbsverhalten und dem zu erwartenden Schaden. Zumal die Interessen der Mitbewerber an einem leistungsbezogenen Wettbewerb nicht außer Betracht bleiben dürfen. Auch deren schutzwürdige Interessen an einem leistungsbezogenen und fairen Wettbewerb sind unabhängig vom jeweiligen Unternehmensgewinn bzw. -verlust zu bewerten. Mithin hat die produkt- bzw. preisniveaubedingte Unterscheidung im Informationsverhalten des Verbrauchers keinerlei Auswirkung auf die Feststellung des allgemeinen Verkehrsverständnisses von Eigenpreisvergleichen und damit auf die wettbewerbsrechtliche Beurteilung irreführender Werbung als ein unlauteres Wettbewerbsverhalten, das im Rahmen eines leistungsbezogenen Wettbewerbs keine Zulassung finden kann.

⁶⁸⁵ Ebenso die Gesetzesbegründung zum Gesetz zur Aufhebung der ZugabeVO (BT-Drs. 14/5594, S. 7) und des RabattsG (BT-Drs. 14/5441, S. 7).

⁶⁸⁶ *Nordemann* WRP 00, 977 (979).

⁶⁸⁷ Vgl. Artikel 3 Nr. 3 RL-Vorschlag (KOM (2003) 356).

b. Die informationsbedingte Aufmerksamkeit des Verbrauchers

In einem weiteren Punkt erscheinen Erkenntnisse aus der Konsumentenforschung und Absatzökonomie bei der rechtlichen Beurteilung des Eigenpreisvergleichs (genauer: im Rahmen der situationsadäquaten Beurteilung des Aufmerksamkeitsgrads des Verbrauchers) diskussionswürdig. So besteht nach wirtschaftswissenschaftlicher Erfahrung ein Zusammenhang zwischen dem „ob“, als auch dem „wie“ (Intensität) der Wahrnehmung einer Werbeinformation und deren informellem Gehalt („Informationstyp“): Aufgrund der Informationsüberlastung haben sich beim Verbraucher sog. Vermeidungsstrategien entwickelt, wie die der selektiven Wahrnehmung⁶⁸⁸. Resultat dieses Phänomens ist eine bevorzugte Wahrnehmung von sog. Schlüsselinformationen, deren Informationsinhalte von wesentlichem Einfluss auf die Verbraucherentscheidung sind⁶⁸⁹. Mithin variiert der Aufmerksamkeitsgrad des Verbrauchers nicht nur nach der Bedeutung der Ware an sich, sondern darüber hinaus nach der Bedeutung der beworbenen Eigenschaft bzw. dem (vermuteten) inhaltlichen Aussagegehalt der Werbeinformation⁶⁹⁰. Dabei gelten Angaben über den Preis bzw. die Preisveränderung als wesentliche Faktoren bei der Entscheidungsfindung und gehören daher zu den vom Verbraucher bevorzugt wahrgenommenen Informationsinhalten. Mithin handelt es sich bei Preisangaben um typische „Schlüsselinformationen“⁶⁹¹. Insofern kann davon ausgegangen werden, dass der Aufmerksamkeitsgrad des Verbrauchers bei Preisinformationen grundsätzlich nicht dem eines flüchtigen Verbrauchers entspricht, da diese seine Aufmerksamkeit in besonderem Maße erregen, wobei klarstellend darauf hinzuweisen ist, dass der Grad der Aufmerksamkeit je nach dem bereits bestehenden Interesse des Verbrauchers an dem Kauf des beworbenen Produktes und nach der Höhe der Preissenkung bzw. dem gewährten Preisvorteil variiert.

Diese Erkenntnis könnte insofern von einiger Relevanz für die lauterkeitsrechtliche Beurteilung des Eigenpreisvergleichs sein, als einer Fehlleitung des Verbrauchers dessen gesteigerte Aufmerksamkeit bei Schlüsselinformationen wie der Preisangabe entgegensteht. Der Umstand muss insbesondere bei der Ermittlung des Verkehrsverständnisses Beachtung finden. Denn je wichtiger der Informationsgehalt für den Verbraucher ist,

⁶⁸⁸ Vgl. Kap. 1, C., I..

⁶⁸⁹ Vgl. zum Ganzen Kap. 1, C., I..

⁶⁹⁰ *Beater* (2000) S. 114 erwägt, die rechtliche Bewertung einer Werbeangabe von der Wichtigkeit der betreffenden Information für die Verbraucherentscheidung zu machen.

⁶⁹¹ Vgl. Kap. 1, C., IV., 2..

um so genauer wird dieser die Werbeangabe betrachten und deren Aussagegehalt analysieren. Dennoch bleibt zu beachten, dass die gesteigerte Sensibilität für Preisinformationen keinerlei Einfluss auf die nur beschränkte Möglichkeit des Verbrauchers hat, den Wahrheitsgehalt eines Eigenpreisvergleichs zu ermitteln. Auch der kritische Verbraucher muss sich letztlich auf die Richtigkeit der Angabe („Preissenkung“) verlassen und setzt sich somit der Gefahr einer Manipulation seiner „rationalen“ Kaufentscheidung durch missbräuchliche Werbemaßnahmen unredlicher Wettbewerber aus, was seine besondere Schutzwürdigkeit rechtfertigt.

Andererseits entwickelt der Verbraucher durch die bevorzugte Wahrnehmung von Preisinformationen hinsichtlich bestimmter Produkte ein sog. „mittleres Preisempfinden“⁶⁹², was aber ebenfalls für die wettbewerbsrechtliche Würdigung der Auszeichnungsmethode „Eigenpreisvergleich“ unerheblich bleibt. Denn ein mittleres Preisempfinden des Verbrauchers vermeidet allenfalls, dass sich dieser falsche Vorstellungen über die Preisgünstigkeit, d.h. das Verhältnis zu konkurrierenden Angeboten anderer Wettbewerber bzw. dem „allgemeinen Marktpreis“, macht. Einen Aussagegehalt über die *Preisgünstigkeit* enthält der Eigenpreisvergleich jedoch nicht⁶⁹³, und kann logisch-konsequenter Weise diesbezüglich beim Erklärungsempfänger auch keine falschen Vorstellungen über Tatsachen hervorrufen, mithin diesen nicht irreführen.

c. Zwischenbetrachtung zur Aufmerksamkeit des Verbrauchers bei der Preiswerbung

Es bleibt festzustellen, dass Werbeangaben über den Preis bzw. dessen Veränderungen aufgrund ihrer Eigenschaft als Schlüsselinformationen beim Verbraucher einen hohen Grad an Aufmerksamkeit bewirken. Dieser Umstand steht einem Missverständnis der Werbeangabe durch den Verbraucher und damit einer Fehlleitung desselben tendenziell entgegen. Zudem intensiviert sich die kritische Würdigung mit dem Preisniveau, auf dem der Preisvergleich stattfindet. Jedoch kann die besondere Aufmerksamkeit des Verbrauchers das Defizit an Überprüfbarkeit des Wahrheitsgehaltes eines Eigenpreisvergleichs nicht kompensieren und schützt daher nicht gänzlich vor der Gefahr einer fehlgeleiteten Kaufentscheidung aufgrund eines irreführenden Eigenpreisvergleichs. Diese Erkenntnisse müssen bei der lauterkeitsrechtlichen Beurteilung des Eigenpreisvergleichs im Einzelfall ihre Berücksichtigung finden.

⁶⁹² Vgl. Kap. 1, D., III..

⁶⁹³ Vgl. Kap. 1, C. IV., 3..

III. Endbetrachtung / Stellungnahme: Verbraucherleitbild und Schutz der Entscheidungsgrundlage

Maßgeblich für die im deutschen Rechtsraum vorherrschende marktwirtschaftliche Wettbewerbsordnung ist das dynamische Modell der sozialen Marktwirtschaft⁶⁹⁴. Das Modell basiert auf der Freiheit von Wettbewerb als rechtlich abgesichertes Prinzip unter Berücksichtigung seiner sozialen Aufgaben⁶⁹⁵. Gleichzeitig liegt der heutigen Wettbewerbskonzeption die Vorstellung eines sich in der wirtschaftlichen Realität darbietenden unvollkommenen Marktes zugrunde⁶⁹⁶. Danach muss das für wirtschaftliche Entscheidungen – gleich welcher Marktseite – erforderliche und relevante Wissen im Verlauf des Wettbewerbsprozesses zunächst ermittelt und ausgetauscht werden, weshalb der Wettbewerbsprozess auch als dynamisches Entdeckungsverfahren betrachtet wird⁶⁹⁷. Mit dem Gesamtkonzept des marktwirtschaftlichen Wettbewerbs korrespondiert das sog. Informationsmodell. Danach besteht die Aufgabe hoheitlich-staatlichen Wirkens in der Aufrechterhaltung von leistungsbezogenem Wettbewerb, in der Schaffung und Sicherung von Kommunikationsstrukturen als Plattform wirtschaftlichen Informationsaustauschs zur Ermittlung von Entscheidungsgrundlagen und zur Gewinnung von Markttransparenz sowie in der Gewährleistung verständlicher und verlässlicher Verbraucherinformationen, um so die Voraussetzungen für ein rationales Verbraucherverhalten zu schaffen⁶⁹⁸. In einem solchen, auf Marktkommunikation basierenden Wirtschaftssystem, gebührt den Faktoren „Klarheit“ und „Wahrheit“ von in den wirtschaftlichen Verkehr gelangten Informationen besondere Beachtung. Dabei ist kein sachlicher Grund ersichtlich, die diesbezüglichen Anforderungen zu gering anzusetzen. Ganz im Gegenteil gilt es, aufgrund der Manipulationsgefahr bei Verbraucherentscheidungen

⁶⁹⁴ Scherer WRP 99 991 (1996); Fikentscher, Bd. II, § 20 II 7 (S. 31 ff.); Baumbach/Hefermehl Allg. Rn. 70.

⁶⁹⁵ Vgl. Fikentscher, Bd. II, § 20 II 7 (S. 31 ff.); Baumbach/Hefermehl Allg. Rn. 70.

⁶⁹⁶ Meyer WiSt 98, 71 (73); Scherer WRP 99, 991 (1995).

⁶⁹⁷ Vgl. vHayek 1968, S. 3; Meyer WiSt 98, 71 (73 f.); zum Ganzen bereits Kap. 1, B., IV., 1..

⁶⁹⁸ Vgl. Hart/Köck ZRP 91, 61 (62); Van den Bergh/Lehmann GRUR Int. 92, 588 (593 ff.); Keßler WRP 93, 571 (576); dahingehend Scherer WRP 99, 991 (1995); Prinzipiell beinhaltet wirtschaftlicher Wettbewerb von sich aus einen institutionalisierten Kommunikationsprozess zur Ermittlung des am Markt geltenden Tauschwertes von Waren und Dienstleistungen, dessen Informationsfluss einen Evaluierungsprozess derjenigen ermöglicht, die sich für eines von mehreren Angeboten entscheiden müssen, vgl. Keßler WRP 90, 73 (74).

durch irreführende Informationen und mit Blick auf die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs, die Durchsetzung der Prinzipien „Klarheit“ und „Wahrheit“ konsequent und nachhaltig zu betreiben. Das gilt vor allem im Bereich der Werbe- bzw. Verbraucherinformationen und in besonderem Maße für sog. Schlüsselinformationen, wie die über den Preis bzw. dessen Veränderung. Denn diese Informationen sind die wesentliche Grundlage wettbewerbslenkender Entscheidungsprozesse auf Seiten des Verbrauchers. Nur wenn Verbraucherinformationen den (hohen) Anforderungen an Klarheit und Wahrheit genügen, tragen sie zur Schaffung und Sicherung von Markttransparenz bei, die Grundlage jeder autonomen und „rationalen“ Verbraucherentscheidungen ist und der Herstellung von Vertragsparität⁶⁹⁹ zwischen gewerblichem Anbieter und privatem Abnehmer dient, die ihrerseits wiederum Voraussetzungen eines funktionierenden Leistungswettbewerbs sind. Mithin ist die Sicherung von Wahrheit und Klarheit der im Austausch befindlichen Informationen eine zwingende Bedingung für die kommunikative Freiheit in einem freiheitlich-liberalen Wirtschaftssystem. Für den Bereich des Lauterkeitsrechts und speziell für den dieser Untersuchung zugrundeliegenden Gegenstand des Eigenpreisvergleichs bedeutet das die konsequente Umsetzung der Prinzipien von Preisklarheit und Preiswahrheit – nicht nur für den wirtschaftlichen Verkehr mit dem Letztverbraucher.

Der werbende Unternehmer wird hier nicht in ungerechtfertigter Weise überfordert, wenn an sein Werbeverhalten von Seiten der Rechtsordnung ein hoher Anspruch an Klarheit und Wahrheit gestellt wird. Wer raffiniert genug ist, um den Verbraucher irre zu führen, der ist auch raffiniert genug, seinem Informationsinteresse in wettbewerbskonformer bzw. lauterer Art und Weise nachzugehen⁷⁰⁰. Insofern bestehen keinerlei Bedenken hinsichtlich der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung eines Eingriffs in die wirtschaftliche Handlungsfreiheit des werbenden Unternehmers.

Der strenge Schutz der Entscheidungsgrundlage⁷⁰¹ durch das Lauterkeitsrecht ist dabei die Kehrseite des nunmehr auch von der deutschen Rechtsprechung anerkannten Leitbilds eines durchschnittlich informierten, verständigen sowie situationsadäquat auf-

⁶⁹⁹ Vgl. dazu *Niemöller*, S. 221 ff..

⁷⁰⁰ Zum „Unternehmerleitbild“ vgl. *Sack* WRP 98, 264 (268).

⁷⁰¹ Vgl. *Beater* (2000) S. 139 („überragende praktische Bedeutung“, „Zentrum des wettbewerbsrechtlichen Verbraucherschutzes“).

merksamen Durchschnittsverbrauchers⁷⁰². Es handelt sich um zwei miteinander korrespondierende Faktoren einer funktional-freiheitlichen Wettbewerbsordnung und eines effektiven Verbraucherschutzes vor überhöhten Preisen⁷⁰³. Die von der Rechtsprechung und Gesetzgebung angetretene, durchaus zu befürwortende, Liberalisierungstendenz auf dem Gebiet des Wettbewerbs- bzw. Werberechts und die Korrektur des – im Wettbewerbsrecht z.T. übertriebenen (beinah paternalistischen) – Verbraucherschutzes bedingt andererseits eine konsequente Haltung hinsichtlich lauterkeitsrechtlicher Maßstäbe bezüglich Wahrheit und Klarheit von Werbeinformation, um die nötige Sicherheit informeller Kommunikationsstrukturen zu gewährleisten, die Grundlage eines funktionsfähigen, freien, aber leistungsbezogenen Wettbewerbsprozesses sind. Insofern widersprechen die hohen Anforderungen an Klarheit und Verständlichkeit von Verbraucher- bzw. Werbeinformationen nicht der Liberalisierung des Wettbewerbs. Zu Recht geht man auch im deutschen Wettbewerbsrecht von einem gestiegenen Bildungs- und Informationsniveau und einer erhöhten Sensibilität des Verbrauchers aus⁷⁰⁴ und hat den an ihn anzulegenden wirtschaftlichen Verhaltensmaßstab korrigiert. Doch darf dabei nicht die Aufgabe vernachlässigt werden, dem Verbraucher ein Umfeld zu schaffen, das es ihm ermöglicht, die an ihn gestellten Anforderungen an ein rationales und leistungskonformes Entscheidungsverhalten zu erfüllen⁷⁰⁵. Letztlich manifestiert sich in dem hier beschriebenen Konzept der, im Interesse aller Beteiligten liegende, wettbewerbsfördernde Wandel von einem *schutzbedürftigen passiven Verbraucher* hin zu einem *schutzwürdigen aktiven Verbraucher*.

⁷⁰² Vgl. *Micklitz/Keßler* WRP 03, 919 (930); Zum Verbraucherleitbild grundlegend BGH WRP 00, 517 ff. – Orient-Teppichmuster; EuGH WRP 98, 848 ff. – 6-Korn-Eier – Gut Springenheide, vgl. ausführlich Kap. 2, C., II., 3..

⁷⁰³ Vgl. *Beater* (2000) S. 139 („Jede Wettbewerbs- bzw. Werbebeschränkung, die zur Sicherung der Verbraucherentscheidung nicht erforderlich ist, führt prinzipiell zu erhöhten Preisen und damit letztlich zur wirtschaftlichen Schädigung des Verbrauchers.“) und S. 123 ff..

⁷⁰⁴ Vgl. die Gesetzesbegründung zum Gesetz zur Aufhebung der ZugabeVO (BT-Drs. 14/5594, S. 8) sowie des RabattG (BT-Drs. 14/5441, S. 8).

⁷⁰⁵ Dahingehend HK-WettbR/*Ekey* § 3 Rn. 148; *Kroeber-Riel/Weinberg*, S. 715 f., der als Handlungsempfehlung für die Verbraucherpolitik die Sensibilisierung der Verbraucher und Heranführung an ihre gewachsene Aufgabe, bei gleichzeitiger Sicherung der Verfügbarkeit entscheidungsrelevanter Informationen, in verständlicher Form anführt.

KAPITEL 3

DER EIGENPREISVERGLEICH ALS GEGENSTAND DES PRIVATRECHTS

In diesem Abschnitt soll der Tatbestand des Eigenpreisvergleichs im Privatrecht verortet und subsumiert werden⁷⁰⁶. Einschlägiges Regelungswerk ist das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb.

A. Der Irreführungstatbestand des § 3 UWG

Nach dem Wortlaut des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb kann auf Unterlassen in Anspruch genommen werden, „wer im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs über geschäftliche Verhältnisse, insbesondere über [...] die Preisbemessung einzelner Waren oder gewerblicher Leistungen oder des gesamten Angebots [...] irreführende Angaben macht“ (§ 3 S. 1 UWG).

Was den dieser Untersuchung zugrundeliegenden Tatbestand des Eigenpreisvergleichs betrifft, besteht sowohl hinsichtlich der objektiven Tatbestandsmerkmale des *geschäftlichen Verkehrs, zu Zwecken des Wettbewerbs* und des Merkmals der *Angabe über geschäftliche Verhältnisse (Preisbemessung)*, als auch hinsichtlich der subjektiven Tatbestandsvoraussetzungen (*Kenntnis* der die Irreführung begründenden Umstände⁷⁰⁷ und das Bestehen einer *Wettbewerbsabsicht*⁷⁰⁸) kein Diskussionsbedarf; sie sind grundsätzlich unproblematisch zu bejahen. Einzig das Tatbestandmerkmal der *Eignung zur Irreführung*⁷⁰⁹ bedarf einer eingehenden Betrachtung.

⁷⁰⁶ Die strafrechtliche Norm des § 4 UWG soll dabei aus systematischen Gründen, ebenso wie sanktionsrechtliche Fragestellungen außer Acht gelassen werden.

⁷⁰⁷ Köhler/Piper § 3 Rn. 88.

⁷⁰⁸ Vgl. Köhler/Piper Einf. 210, § 3 Rn. 80; Emmerich, UWG § 4 Anm. 3 (m. w. N. zur Rspr.); diese wird bei Kaufleuten (widerlegbar) vermutet, Köhler/Piper § 3 Rn. 84.

⁷⁰⁹ Allg. anerkanntes Tatbestandmerkmal: bspw. BGH GRUR 95, 610 (611) – Neues Informationssystem; Baumbach/Hefermehl § 3 Rn. 2; Köhler/Piper § 3 Rn. 7, 202; UWG-GK/Lindacher § 3 Rn. 32; Lehmann, S.172.

I. Eignung zur Irreführung (Relevanz)

Nach allgemeiner Auffassung in Rechtsprechung und Literatur braucht es zu einem tatsächlichen Irreführungserfolg nicht zu kommen⁷¹⁰. Vielmehr genügt es für die Unzulässigkeit einer Werbemaßnahme nach § 3 UWG, wenn sie *geeignet* ist, den Betrachter irrezuführen⁷¹¹. Das folgt nicht zuletzt aus den Vorschriften des § 4 UWG und Art. 2 Nr. 1 RL 84/450/EGV⁷¹², nach denen ausdrücklich die Eignung zur Irreführung oder Täuschung genügt⁷¹³. Ein solches Verständnis entspricht auch dem Schutzzweck des § 3 UWG⁷¹⁴, der insofern eine präventive Aufgabe erfüllt.

Nach herrschender Meinung ist eine Wettbewerbshandlung „geeignet“, den Verbraucher in die Irre zu führen, wenn sie beim Betrachter eine Vorstellung über Tatsachen hervorruft, die der Realität nicht entspricht⁷¹⁵; m.a.W. begründet die Divergenz zwischen der Bedeutungsvorstellung und der Wirklichkeit den Verstoß gegen § 3 UWG⁷¹⁶. Und obwohl die Kausalität der Irreführung für den Kaufentschluss nicht erforderlich ist, muss dennoch zwischen der Vorstellung des Verbrauchers und der Kaufentscheidung ein innerer Zusammenhang bestehen⁷¹⁷. Allerdings reicht es bereits aus, wenn der Verbraucher durch die Werbebehauptung angelockt wird, d.h. wenn er veranlasst wird, sich mit dem Angebot näher zu befassen, das er sonst nicht oder nicht in dieser Weise beachtet hätte⁷¹⁸. Dieser innere Zusammenhang lässt sich mit Blick auf die allgemein aner-

⁷¹⁰ BGH GRUR 70, 609 (610) – Regulärer Preis; *Emmerich* § 14 Anm. 6; *Baumbach/Hefermehl* § 3 Rn. 87 f.; *Köhler/Piper* § 3 Rn. 205.

⁷¹¹ BGH NJW 70, 1186 (1187) – Vertragswerkstatt; BGH GRUR 70, 609 (610) – Regulärer Preis; *Emmerich* § 14 Anm. 6; *Baumbach/Hefermehl* § 3 Rn. 87 f.; *Köhler/Piper* § 3 Rn. 202.

⁷¹² Richtlinie des Rates vom 10.9.1984 zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über irreführende Werbung (RL 84/450/EWG – abgedruckt in GRUR Int. 84, 688 ff.) in der Fassung der Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rats vom 6.10.1997 zur Änderung der Richtlinie 84/450/EWG über irreführende Werbung zwecks Einbeziehung der vergleichenden Werbung (97/55/EWG – abgedruckt in GRUR Int. 97, 985).

⁷¹³ *Emmerich* § 14 Anm. 6.

⁷¹⁴ *Baumbach/Hefermehl* § 3 Rn. 87.

⁷¹⁵ *Lehmle*, S. 157; *Baumbach/Hefermehl* § 1 Rn. 5; vgl. auch *GK/Otto* § 4 Rn. 34.

⁷¹⁶ *Baumbach/Hefermehl* § 3 Rn. 22.

⁷¹⁷ *Baumbach/Hefermehl* § 3 Rn. 88a.

⁷¹⁸ BGH GRUR 95, 610 (611) – Neues Informationssystem; *Emmerich* § 14 Anm. 6; *Baumbach/Hefermehl* § 3 Rn. 89a.

kannte besondere Werbewirkung der Werbung mit einer Preissenkung für den Eigenpreisvergleich unproblematisch bejahen.

Daran anlehnend muss sich die Werbebehauptung auf einen Punkt beziehen, der für den Kaufentschluss des Publikums nicht völlig unbedeutend ist (sog. Relevanz)⁷¹⁹. Sinn und Zweck von § 3 UWG ist es nicht, den Verbraucher vor jedweder Fehlvorstellung zu schützen⁷²⁰. Eine für die wirtschaftliche Entschließung des Verbrauchers unerhebliche Irreführung bleibt insofern außer Betracht⁷²¹. Aber auch diese Eignung, die Kaufentscheidung des Verbrauchers merklich zu beeinflussen (Relevanz), liegt hinsichtlich der Werbung mittels Eigenpreisvergleichs in Anbetracht dessen Charakters einer „Schlüsselinformation“⁷²² auf der Hand.

Mithin ist der Tatbestand des § 3 S. 1 UWG für die Werbung mit dem Eigenpreisvergleich weitestgehend zu bejahen. Es ist festzustellen, dass die Entscheidung, ob der Eigenpreisvergleich bzw. sein Gebrauch durch den werbenden Anbieter im jeweiligen Einzelfall gegen § 3 S. 1 UWG verstößt, allein von der Frage abhängt, ob durch ihn beim Betrachter (Verbraucher) eine Vorstellung über Tatsachen hervorgerufen wird, die der Wirklichkeit nicht entspricht. Dabei sind insbesondere die unter Kapitel 2, C. herausgearbeiteten Erkenntnisse zum Verbraucherleitbild und der Schutzwürdigkeit des Verbrauchers zugrunde zulegen.

II. Zur Irreführung geeignete Tatbestände des Eigenpreisvergleichs

Der Eigenpreisvergleich als solcher wird – vor und nach Aufhebung des § 6 e UWG a.F. – von der Rechtsordnung allgemein als Werbemittel anerkannt und begegnet nach Ansicht von Rechtsprechung und Lehre keinen grundlegenden lauterkeitsrechtlichen Bedenken, solange die Werbeangabe nur der Wahrheit entspricht⁷²³. Die zutreffende

⁷¹⁹ BGH NJW-RR 91, 1512 (1514) – Aquavit; BGH GRUR 95, 125 (126) – Editorial; BGH NJW 98, 1953 (1954) – D-Netz-Handtelefon; BGH WRP 00, 1129 (1130) – Tageszulassung II; *Emmerich* § 14 Anm. 7; *Baumbach/Hefermehl* § 3 Rn. 88a; *Lehmler*, S. 172 f.; *Gloy/Helm* § 49 Rn. 78; vgl. auch Art. 2 Nr. 1 RL 84/450/EGV in der Fassung der RL 97/55/EG.

⁷²⁰ *Lehmler*, S. 173; *Emmerich* § 14 Anm. 7.

⁷²¹ *Emmerich* § 14 Anm. 7; *Köhler/Piper* § 3 Rn. 202; *Lehmler*, S. 173; *Baumbach/Hefermehl* § 3 Rn. 87 f.; BGH GRUR 66, 92 (93) – Bleistiftabsätze.

⁷²² Vgl. dazu Kap. 1, C. I. und IV. 2..

⁷²³ *Emmerich* § 16 Anm. 2; *Baumbach/Hefermehl* § 3 Rn. 294; *Köhler/Piper* § 3 Rn. 388; *Gloy/Helm* § 49 Rn. 256; *Ulmer/Reimer*, Bd. III, Nr. 636; *Lehmler*, S. 196; BGH GRUR 75, 78 (79) – Preisgegenüber-

Information über eine Preissenkung des Anbieters wird im Interesse der Verbraucherinformation und der Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs durchaus begrüßt⁷²⁴. Andererseits enthält der Eigenpreisvergleich ein erhebliches Irreführungspotential⁷²⁵, bei dessen Manifestierung dem Eigenpreisvergleich gerade auch aufgrund der erheblichen Wirkung auf das Marktgeschehen⁷²⁶ die lauterkeitsrechtliche Zulässigkeit zu verwehren ist. Im Folgenden sollen die aus der bisherigen Rechtsdiskussion und Rechtspraxis bekannten wesentlichen Tatbestandskonstellationen dargelegt werden, bei denen der Eigenpreisvergleich i.S.d. § 3 S. 1 UWG zur Irreführung geeignet ist. In Anbetracht des Einfallreichturns findiger Unternehmer kann diese Darlegung nicht dem Anspruch an Vollständigkeit genügen. Die Ausgestaltung des Irreführungsverbots in § 3 UWG als Generalklausel⁷²⁷ ermöglicht es aber, auch neue Konstellationen irreführender Werbung mittels Eigenpreisvergleichs zu erfassen.

Die Irreführungseignung liegt auf der Hand, wenn der Anbieter den als „früher verlangt“ ausgezeichneten Preis vor der Werbemaßnahme *überhaupt nicht* verlangt hat⁷²⁸. Eine Preissenkung scheidet hier bereits rein faktisch aus.

Demgegenüber bedarf es der Würdigung der jeweiligen Umstände des Einzelfalls, um festzustellen, ob der Werbende den „Alt-Preis“ *ernsthaft* verlangt hat. Im allgemeinen ist der Preis nicht ernsthaft gefordert, wenn der Werbende selbst keinen wirtschaftlichen Absatz zu dem angesetzten Preis erwartet⁷²⁹, etwa weil er den Preis absichtlich zu hoch angesetzt hat, um anschließend mit einer besonders eindrucksvollen und damit werbewirksamen Preissenkung werben zu können (sog. Mondpreis)⁷³⁰. Entsprechend kann die Werbung mit dem Eigenpreisvergleich mangels Ernsthaftigkeit irreführend sein, wenn

stellung I; BGH GRUR 80, 306 (307) Preisgegenüberstellung III; BGH GRUR 99, 507 (508) – Teppichpreiswerbung; BGH WRP 00, 386 (388) – Preisknaller; EuGH EuZW 93, 420 (421) – Yves Rocher.

⁷²⁴ Vgl. *Emmerich* § 16 Anm. 2.

⁷²⁵ Vgl. dazu Kap. 1, D., I..

⁷²⁶ Vgl. dazu Kap. 1, D., II..

⁷²⁷ Zur allgemeinen Diskussion über die gesetzliche Regelung durch Generalklauseln vgl. bspw. *Fezer* WRP 01, 989 (994 ff.); *Köhler/Piper* § 3 Rn. 8; *Beater* § 12 Rn.1 ff., 31 ff.; *Ohly* (1997) S. 73 ff., 327 ff.;

⁷²⁸ *Gloy/Helm* § 49 Rn. 256.

⁷²⁹ *Gloy/Helm* § 49 Rn. 256; vgl. BGH GRUR 84, 213 – „unechter“ Einzelpreis.

⁷³⁰ *Gloy/Helm* § 49 Rn. 256; *Baumbach/Hefermehl* § 3 Rn. 297; Beachte: Trotz erheblicher Preissenkung kann der Sonderpreis mitunter weiterhin über dem „allgemeinen Markpreis“ liegen, vgl. bspw. LG München I WRP 00, 248 ff.; vgl. auch Kap. 1, D., I., 1..

der Werbende den herabgesetzten Preis bereits zuvor gefordert hat und nur zwischenzeitlich den höheren Preis verlangt hat⁷³¹. Für die Ernsthaftigkeit ist allerdings nicht relevant, ob der Ursprungspreis objektiv wettbewerbsfähig war, d.h. ob er auf einer kaufmännisch vernünftigen Kalkulation basiert. Unter dem Grundsatz freier Preisbestimmung sind überhöht kalkulierte und verlangte Preise nicht unlauter. Demnach ist derjenige, der die Ware zunächst zu fehlerhaft kalkulierten Preisen anbietet, prinzipiell nicht gehindert, im Falle einer Preissenkung (aufgrund einer Kalkulationskorrektur⁷³² oder aus anderen Gründen) mit dem überhöht kalkulierten Preis im Rahmen eines Eigenpreisvergleichs zu werben. Nur wer bereits anfänglich bewusst einen überhöhten Preis veranschlagt, um später eine große Preissenkung zu Werbezwecken auszunutzen, der verstößt in dem Moment, in dem er mit der Preissenkung wirbt, gegen das geltende Lauterkeitsrecht – m. a. W. führt die verwerfliche Gesinnung zur Unlauterkeit, wenn sie mit der Preissenkungswerbung zu Tage tritt⁷³³.

Doch lässt sich die innere Einstellung (Gesinnung) des Unternehmers nur schwer nachweisen. Bei der praktischen Feststellung der Ernsthaftigkeit spielt neben der Warenart, dem Betrieb des Werbenden und der Wettbewerbssituation⁷³⁴ insbesondere der Zeitfaktor eine wesentliche Rolle (Indizwirkung). Dabei ist es eine Frage der Gesamtschau der Einzelumstände, ob der Preis eine *angemessene Zeit lang* verlangt wurde⁷³⁵. Zwar kann die Tatsache, dass der frühere Preis über einen längeren Zeitraum gefordert wurde, ein Indiz für seine Ernsthaftigkeit sein, doch kann andererseits eine über längere Zeit aufrecht gehaltene Preisforderung ebenso einer irreführenden Preispolitik dienen⁷³⁶, was

⁷³¹ *Baumbach/Hefermehl* § 3 Rn. 299; BGH GRUR 99, 507 (508) – Teppichpreiswerbung; BGH WRP 00, 387 (388) – Preisknaller; KG GRUR 99, 769; OLG Nürnberg GRUR 79, 558; vgl. auch Kap. 1, D., I., 1..

⁷³² A.A. (aber scheinbar widersprüchlich zu den Ausführungen auf Seite 1305 des nachfolgend zitierten Aufsatzes) *Trube* WRP 03, 1301 (1306 f.) für die Fälle des “zurückgenommenen Preises”, was aber bedeuten würde, dass nur derjenige mit einer Preissenkung werben darf, dessen Ursprungspreis auf einer „objektiv vernünftigen“ Kalkulation basiert, was nicht praktikabel und letztlich nicht vertretbar erscheint.

⁷³³ Vgl. *Trube* WRP 03, 1301 (1306).

⁷³⁴ *Baumbach/Hefermehl* § 3 Rn. 296; *Lehmler*, S. 196; BGH GRUR 75, 78 (79) – Preisgegenüberstellung I; BGH GRUR 99, 507 (508) – Teppichpreiswerbung; BGH WRP 00, 386 (388) – Preisknaller.

⁷³⁵ *Gloy/Helm* § 49 Rn. 256; vgl. dazu *Trube* WRP 1301 (1302 ff.).

⁷³⁶ Bspw., wenn auf diese Weise durch die Gewöhnung der Verbraucher an den überhöht kalkulierten Preis deren „mittleres Preisempfinden“ (vgl. dazu Kap. 1, D., III.) entsprechend nach oben verschoben werden soll.

wiederum gegen die Ernsthaftigkeit der Preisforderung sprechen würde⁷³⁷. Andererseits muss es sich nicht immer um einen längeren Zeitraum handeln. So kann die Marktsituation einen anzuerkennenden Grund für eine (wiederholte) kurzfristige Preisänderung geben⁷³⁸. Faktoren können hier wiederum die Warenart, die Branche oder eben die Wettbewerbssituation sein⁷³⁹.

Ebenfalls eine Frage der Beurteilung der Einzelfälle ist die Frage, *wie lange* mit einer Preissenkung geworben werden darf, wobei insbesondere die Warenart ein wesentliches Entscheidungskriterium ist⁷⁴⁰. Grundsätzlich geht das Publikum davon aus, dass die Preissenkung nicht längere Zeit zurückliegt bzw. erst vor kurzem erfolgt ist⁷⁴¹. Als Orientierungsmaßstab gilt bei Nahrungs- und Genussmitteln sowie Verbrauchsgütern eine Zeitspanne von 4-10 Wochen⁷⁴². Erweckt die Werbung zudem den Eindruck besonderer Aktualität (bspw. durch den Zusatz „jetzt“ oder „ab sofort“), ist das bei der Würdigung der Zeitspanne zu berücksichtigen⁷⁴³.

Ebenso verboten nach § 3 S. 1 UWG ist die Werbung mittels Eigenpreisvergleichs, wenn der Alt- bzw. Normal-Preis nicht für die gleiche Ware verlangt wurde, d.h. die sonderangebotene Ware in Qualität und Leistung nicht dem ursprünglichen Angebot entspricht⁷⁴⁴. Auch müssen die gegenübergestellten Preise auf der gleichen Berech-

⁷³⁷ BGH GRUR 75, 78 (79) – Preisgegenüberstellung I; Gloy/Helm § 49 Rn. 256; ; LG München I WRP 00, 248 (250).

⁷³⁸ Gloy/Helm § 49 Rn. 256; Baumbach/Hefermehl § 3 Rn. 296.

⁷³⁹ Ulmer/Reimer, Bd. III, Nr. 637; Baumbach/Hefermehl § 3 Rn. 299; Gloy/Helm § 49 Rn. 257.

⁷⁴⁰ Vgl. Baumbach/Hefermehl § 3 Rn. 299; Schramm/Schade WRP 70, 204 (206); vgl. auch Kap. 1, D., I., 1..

⁷⁴¹ Gloy/Helm § 49 Rn. 257; GK/Lindacher § 3 Rn. 912; vgl. auch OLG Koblenz WRP 58, 251 (252); OLG Celle WRP 60, 47.

⁷⁴² vgl. Baumbach/Hefermehl § 3 Rn. 299 m.w.N. zur Rspr.; Gloy/Helm § 49 Rn. 257; GK/Lindacher § 3 Rn. 912.

⁷⁴³ Vgl. GK/Lindacher § 3 Rn. 912; Ulmer/Reimer, Bd. III, Nr. 637; Baumbach/Hefermehl § 3 Rn. 299.

⁷⁴⁴ Vgl. Baumbach/Hefermehl § 3 Rn. 300; Schramm/Schade WRP 70, 204 (206); Gloy/Helm § 49 Rn. 256; OLG Karlsruhe WRP 79, 225 (226); Beachte bei Gattungsware OLG Hamm WRP 68, 447 f.; OLG Karlsruhe WRP 79, 225 ff.: Danach beschränkt sich die wettbewerbsrechtliche Zulässigkeit von Preisgegenüberstellungen nicht auf „Ladenhüter“, sondern ist auch für neu erworbene Ware „gleicher Beschaffenheit und Güte“ zulässig. Hierbei handle es sich um eine Frage der Umstände des Einzelfalls (vgl. OLG Karlsruhe WRP 79, 225 (226)). Dazu sei angemerkt, dass in den zitierten Urteilen der Gattungsbegriff eher eng ausgelegt wurde – im Fall des OLG Karlsruhe wurde Teppichware als einer Gattung zugehörig

nungsgrundlage basieren (bspw. inklusive oder exklusive Lieferkosten⁷⁴⁵). In diesen Fällen mangelt es an der notwendigen *Vergleichbarkeit*⁷⁴⁶, in denen die Zulässigkeit des Eigenpreisvergleichs grundsätzlich abzulehnen ist.

Doch kann der Irreführungseignung mitunter durch einen klarstellenden Zusatz abgeholfen werden⁷⁴⁷. Entscheidend ist hierbei, dass dem Verbraucher die nur eingeschränkte Vergleichbarkeit unter Hinweis auf den Grund verdeutlicht wird, damit dieser das Angebot entsprechend würdigen kann. Dabei wird man allerdings beachten müssen, dass die Ware oder Leistung in ihrem Wesensgehalt vergleichbar ist. Es muss sich also dem Grunde nach um das gleiche Angebot handeln. Wo hier die Grenze zu ziehen ist, bleibt letztlich eine Frage der Umstände des konkreten Einzelfalls.

So wird der durchschnittlich informierte und verständige Verbraucher⁷⁴⁸, der auf die mindere Qualität einer sonderangebotenen Ware (beispielsweise Secondhand-Ware oder beschädigte Ware) hingewiesen wird, die Preissenkung im allgemeinen auf den qualitativen Minderwert zurückführen und nicht, wie das grundsätzlich beim Eigenpreisvergleich der Fall sein wird, als eine positiv zu bewertende besondere Leistung des Anbieters würdigen⁷⁴⁹. Ebenso ist der Fall zu beurteilen, wenn die Gesamtleistung im Bereich der Neben- bzw. Zusatzleistungen nicht dem ursprünglichen Angebot entspricht (beispielsweise wenn besondere Serviceangebote aus dem Endpreis herausgenommen werden). Der Verbraucher wird auch hier durch einen klarstellenden Hinweis in die Lage versetzt, den jeweiligen Minderwert zu beachten und das veränderte Angebot entsprechend zu beurteilen.

Eine Besonderheit stellt in diesem Zusammenhang das Werben mit einer Preissenkung bei sog. *Auslaufmodellen* dar. Rein objektiv betrachtet hat das Produkt hier nichts an seiner ursprünglichen Qualität verloren. Demnach wäre die Werbung mittels Eigen-

betrachtet, die qualitativ identisch, und nur im Muster verschieden war. Im Fall des OLG Hamm wurde darauf abgestellt, dass die Ware als Gattung geführt und Einzelteile jeweils nur als Teil der Gattung angeboten zu werden pflegen.

⁷⁴⁵ Zur Frage der Irreführung aufgrund Angabe von Preisen ohne Mehrwertsteuer, vgl. *Völker* § 3 UWG Rn. 39 ff..

⁷⁴⁶ Vgl. dazu auch Kap. 1, D., I., 2..

⁷⁴⁷ Vgl. *Baumbach/Hefermehl* § 3 Rn. 300; *Schramm/Schade* WRP 70, 204 (206); OLG Karlsruhe WRP 79, 225 (226); OLG Hamm WRP 68, 447 (448).

⁷⁴⁸ Zum Verbraucherleitbild vgl. Kap. 2, C., II..

⁷⁴⁹ Vgl. *Baumbach/Hefermehl* § 3 Rn. 300; *Schramm/Schade* WRP 70, 204 (206); OLG Karlsruhe WRP 79, 225 (226); OLG Hamm WRP 68, 447 (448).

preisvergleichs für diese Produkte durchaus zulässig, da es sich tatsächlich um die Senkung des vom Werbenden früher für das gleiche Produkt ernsthaft verlangten Preises handelt. Doch beurteilt sich die (relative) Qualität einiger Produkte anhand des zusätzlichen Faktors der Aktualität. Das gilt besonders für technische Produkte, die einem fortlaufenden Entwicklungsprozess unterworfen sind, weshalb es dem Verbraucher darauf ankommt, das jeweils neueste Modell zu erhalten⁷⁵⁰. In diesen Fällen schlägt sich der (relative) Entwicklungsstand zumeist auf die Wertigkeit bzw. den Preis durch. Bei Auslaufmodellen trifft den Werbenden daher eine Aufklärungspflicht hinsichtlich der Charaktereigenschaft als Auslaufmodell⁷⁵¹. Eine solche Informations- bzw. Aufklärungspflicht des Anbieters besteht im Wettbewerb zwar nicht schlechthin und lässt sich nur in Ausnahmefällen beispielsweise durch Gesetz, Vertrag oder vorangegangenem Tun begründen⁷⁵². Jedoch lässt sich die Pflicht dann begründen, wenn „das Publikum bei Unterbleiben des Hinweises in einem wesentlichen Punkt, der den Kaufentschluss zu beeinflussen geeignet ist, getäuscht würde“⁷⁵³, wobei auch in diesen Fällen die Verpflichtung, negative Eigenschaften des eigenen Angebots in der Werbung offen zu legen, nur insoweit besteht, „als dies zum Schutz des Verbrauchers auch unter Berücksichtigung der berechtigten Interessen des Werbenden unerlässlich ist“⁷⁵⁴. Die Informations- bzw. Aufklärungspflicht bleibt damit Resultat einer Interessenabwägung, die speziell im Falle von Auslaufmodellen nach allgemeiner Ansicht eben zu Gunsten der Interessen der Verbraucher sowie einer umfassenden Markttransparenz ausfällt⁷⁵⁵. Entspricht der werbende Anbieter dieser Aufklärungspflicht, so lässt sich eine Irreführungsgefahr nicht erkennen, da zum einen der Aussagegehalt des Eigenpreisvergleichs der Wirklichkeit entspricht, mithin wahr ist, und zum anderen die Aufklärung über das Vorliegen eines

⁷⁵⁰ Vgl. BGH GRUR 99, 757 (758 f.) – Auslaufmodelle I; BGH GRUR 00, 616 (618) – Auslaufmodelle III; *Emmerich* § 14 Anm. 5., g); *Speckmann*, Rn. 234 („Aktualitätsinteresse“).

⁷⁵¹ Wohl allgA.: Vgl. BGH GRUR 99, 757 (758 f.) – Auslaufmodelle I; BGH GRUR 99, 760 (761 f.) – Auslaufmodelle II; BGH GRUR 00, 616 (618) – Auslaufmodelle III; *Emmerich* § 14 Anm. 5., g); *Speckmann*, Rn. 234 („Aktualitätsinteresse“); *Baumbach/Hefermehl* § 3 Rn. 49 b; *Gloy/Helm* § 49 Rn. 256.

⁷⁵² BGH GRUR 00, 616 (618) – Auslaufmodell III; vgl. auch BGH GRUR 99, 757 (758 f.) – Auslaufmodelle I; BGH GRUR 99, 760 (761 f.) – Auslaufmodelle II; *Baumbach/Hefermehl* § 3 Rn. 48 ff.; *Speckmann*, Rn. 234; *Beater* (2000) S. 156.

⁷⁵³ BGH GRUR 00, 616 (618) – Auslaufmodell III.

⁷⁵⁴ BGH GRUR 00, 616 (618) – Auslaufmodell III.

Auslaufmodells dafür Sorge trägt, dass der Verbraucher über den Aktualitätsstand des Produktes in Kenntnis gesetzt wird.

Zusammenfassend kann damit festgestellt werden, dass die Werbung mittels Eigenpreisvergleichs nach den bisherigen Erfahrungen aus Theorie und Praxis zur Irreführung geeignet und damit nach § 3 S.1 UWG verboten ist, wenn der als „früher verlangt“ kenntlich gemachte Preis von dem werbenden Anbieter überhaupt nicht, nicht ernsthaft bzw. nicht für eine angemessene Zeit lang oder nicht in der letzten Zeit für eine vergleichbare⁷⁵⁶ Ware und/oder Leistung verlangt wurde⁷⁵⁷. Dabei ist unerheblich, ob es sich tatsächlich um ein, im Verhältnis zum „allgemeinen Marktpreis“⁷⁵⁸, vorteilhaftes Angebot handelt oder nicht, da auch für ein wirklich günstiges Angebot nicht mit unwarhen Angaben geworben werden darf⁷⁵⁹.

B. Der allgemeine Sittenwidrigkeitstatbestand des § 1 UWG

Gem. § 1 UWG – der sog. großen Generalklausel des UWG – kann auf Unterlassen oder Schadensersatz in Anspruch genommen werden, „wer im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs Handlungen vornimmt, die gegen die guten Sitten verstoßen“. Zentrale Frage dieser Norm, und damit des gesamten Lauterkeitsrechts, ist, was man unter dem Rechtsbegriff der „guten Sitten“ zu verstehen hat. Die Frage wird seit

⁷⁵⁵ Vgl. BGH GRUR 99, 757 (758 f.) – Auslaufmodelle I; BGH GRUR 99, 760 (761 f.) – Auslaufmodelle II; BGH GRUR 00, 616 (618) – Auslaufmodelle III; *Emmerich* § 14 Anm. 5., g); *Speckmann*, Rn. 234 („Aktualitätsinteresse“); *Baumbach/Hefermehl* § 3 Rn. 49 b; *Gloy/Helm* § 49 Rn. 256.

⁷⁵⁶ Der Begriff ist sehr eng auszulegen, vgl. Fn. 744.

⁷⁵⁷ AllgA.: *Baumbach/Hefermehl* § 3 Rn. 296 ff.; *Köhler/Piper* § 3 Rn. 390; *Emmerich* § 16 Anm. 2; *Gloy/Helm* § 49 Rn. 256; *Lehmler*, S. 196; BGH GRUR 75, 78 (79) – Preisgegenüberstellung I; BGH GRUR 96, 796 (798) – Setpreis; BGH GRUR 99, 507 (508) – Teppichpreiswerbung; BGH WRP 00, 386 (388) – Preisknaller; Entsprechendes gilt für das Werben mit einem Eigenpreisvergleich, wenn mehrere Waren gekoppelt zu einem Gesamtpreis (Setpreis) angeboten und den jeweiligen Einzelpreisen gegenübergestellt werden, deren Gesamtpreis nach Addition über dem des (sonderangebotenen) Setpreises liegt. Diese Werbung ist nach § 3 S. 1 UWG zur Irreführung geeignet, wenn auch nur einer der Einzelpreise überhaupt nicht, nicht ernsthaft bzw. keine angemessene Zeit lang oder nicht in der letzten Zeit vom werbenden Anbieter für eine vergleichbare Ware und / oder Leistung verlangt wurde, vgl. BGH GRUR 84, 212 – „unechter“ Einzelpreis; *Baumbach/Hefermehl* § 3 Rn. 301; *Emmerich* § 16 Anm. 2.

⁷⁵⁸ Einen solchen gibt es grundsätzlich nicht bzw. lässt sich dieser nur schwer ermitteln. Hier ist „allgemeiner Marktpreis“ i.S.e. am Markt regelmäßig verlangten Preises zu verstehen.

⁷⁵⁹ Vgl. *Emmerich* § 14 Anm. 6 und 11.

jeher kontrovers – aber stets nur schwer greifbar – diskutiert⁷⁶⁰. Nach dem heute vorherrschenden Verständnis ist bei der Auslegung des Begriffs nicht nur auf das herrschende „Rechts- und Sittlichkeitsbewusstsein des Volkes, das Anstandsgefühl aller recht und billig Denkenden“⁷⁶¹ abzustellen (sog. Anstandsformel), sondern ist die Bedeutung des Rechtsbegriffs primär von der Funktion des Wettbewerbs und dem Schutzzweck des Wettbewerbsrechts aus zu verstehen⁷⁶².

I. Sittenwidrigkeit durch Täuschung

Einigkeit herrscht insoweit, als dass täuschende Wettbewerbshandlungen gegen den das gesamte Wettbewerbsrecht beherrschenden Wahrheitsgrundsatz verstoßen und infolgedessen als ein wettbewerbsfremdes Verhalten den „guten Sitten“ des Wettbewerbs widersprechen⁷⁶³. Zwar wird die – im Zusammenhang dieser Untersuchung relevante – irreführende Werbung bereits von dem spezielleren Irreführungsverbot der sog. kleinen Generalklausel (§ 3 UWG) erfasst. Doch schließt das eine Anwendung von § 1 UWG prinzipiell nicht aus⁷⁶⁴. § 3 UWG ist nicht *lex specialis* zu § 1 UWG; zwischen den beiden Generalklauseln des UWG besteht Anspruchskonkurrenz⁷⁶⁵. Verstößt die Wettbewerbshandlung aber bereits gegen § 3 UWG, so bleibt die Anwendung von § 1 UWG ohne praktische Relevanz⁷⁶⁶. § 1 UWG hat insofern eine nur ergänzende Funktion und gewinnt erst dann an eigener Bedeutung, wenn der Sachverhalt von § 3 UWG nicht erfasst wird⁷⁶⁷. Da der Eigenpreisvergleich aber im Falle der Irreführungseignung alle

⁷⁶⁰ Vgl. für viele *Emmerich* § 5; *Baumbach/Hefermehl* Einl. 66 ff.; GK/*Schünemann* Rn. D1 ff.; eine eingehende Darlegung und Diskussion dieser Problematik würde dem Rahmen der vorliegenden Untersuchung nicht entsprechen.

⁷⁶¹ So noch allgemein zum Begriff der Sittenwidrigkeit BGHZ 17, 327 (332); vgl. auch RGZ 48, 114 (124); *Emmerich* § 5 Anm. 1.; *Baumbach/Hefermehl* Einl. Rn. 66.

⁷⁶² Vgl. *Baumbach/Hefermehl* § 1 Rn. 2, Einl. 79 f.; *Emmerich* § 5 Anm. 7.; *Emmerich* FS (2000), 627 (631 ff.); BVerfG NJW 01, 3403; vgl. bereits Böhm, S. 104, 124, 273 f..

⁷⁶³ BGHZ 130, 205 (214) – Feuer, Eis & Dynamit I; *Baumbach/Hefermehl* § 1 Rn. 5; *Köhler/Piper* § 1 Rn. 12 f.; *Kraft*, S. 232 f.; *Emmerich* § 12 Einleitung und Anm. 1.; *Gloy/Gloy* § 14 Rn. 15; *Speckmann* Rn. 103.

⁷⁶⁴ Vgl. RGZ 79, 321 (327); *Baumbach/Hefermehl* § 1 Rn. 3; *Köhler/Piper* § 1 Rn. 13.

⁷⁶⁵ BGH GRUR 77, 257 (259) – Schaufensteraktion; *Baumbach/Hefermehl* § 1 Rn. 9; *Köhler/Piper* § 1 Rn. 13; *Emmerich* § 12 Anm. 1.; *Speckmann* Rn. 103.

⁷⁶⁶ *Baumbach/Hefermehl* § 1 Rn. 9; *Köhler/Piper* § 1 Rn. 13, § 3 Rn. 15; *vGamm*, Kap. 29 Rn. 1 f..

⁷⁶⁷ *Baumbach/Hefermehl* § 1 Rn. 9; *Köhler/Piper* § 1 Rn. 13.; *vGamm* Kap. 36 Rn. 8.

Tatbestandsvoraussetzungen des § 3 UWG erfüllt⁷⁶⁸, scheidet in diesem Zusammenhang eine „ergänzende“ Anwendung des § 1 UWG unter der Fallgruppe der „Täuschung“⁷⁶⁹ aus.

II. „Übertriebenes Anlocken“?

Im Rahmen des § 1 UWG wurde von Rechtsprechung und Literatur die Fallgruppe des übertriebenen Anlockens entwickelt. Die Fallgruppe ist nicht auf viel Gegenliebe gestoßen, wird in ihr doch eine „ebenso bequeme wie nichtssagende Allzweckwaffe“⁷⁷⁰ gesehen, die es den Gerichten erlaubt, nach ihrem eigenen Ermessen besonders herausstechende Marketingaktivitäten als sittenwidrig abzuqualifizieren, ohne genau definieren zu können, wann ein „übertriebenes“ bzw. „übermäßiges“ Anlocken überhaupt vorliegt⁷⁷¹.

Von den Entwicklern der Fallgruppe des übertriebenen Anlockens wird nicht verkannt, dass die Anlockwirkung, die von attraktiven Angeboten ausgeht, gewollte Folge eines funktionierenden Leistungswettbewerbs ist⁷⁷². Das Bedenkliche liege aber „im Übermaß von Vorteilen, die ihrem Wert und ihrer Art nach geeignet sind, die Entschließungsfreiheit des Kunden in einem derartigen Maße unsachlich zu beeinflussen, dass er seine Entscheidung nicht mehr nach dem Leitbild des Leistungswettbewerbs [bzw. nach rationalen Gesichtspunkten⁷⁷³] im Hinblick auf die Preiswürdigkeit und Qualität der Ware, sondern im Hinblick auf den ihm gewährten oder in Aussicht gestellten Vorteil trifft“⁷⁷⁴. Der Verbraucher werde so von einem leistungsbezogenen Vergleich konkurrierender Angebote abgehalten, wodurch der Wettbewerb zum Nachteil der Konkurrenten ver-

⁷⁶⁸ Vgl. Kap. 3, A..

⁷⁶⁹ Vgl. *Baumbach/Hefermehl* § 1 Rn. 5 ff.; *Emmerich* § 12 Anm. 1. ; Von *Köhler/Piper* § 1 Rn. 12 ff. als „Wettbewerbswidrige Irreführung“ bezeichnet.

⁷⁷⁰ *Emmerich* FS *Piper*, 171.

⁷⁷¹ Vgl. *Emmerich* FS *Piper*, 171 und 176.

⁷⁷² Vgl. *Baumbach/Hefermehl* § 1 Rn. 90; BGH GRUR 84, 204 (206) – Verkauf unter Einstandspreis II; BGH GRUR 94, 743 (745) – Zinsgünstige Kfz-Finanzierung durch Herstellerbank“; BGH WRP 99, 90 (92) – Handy für 0,00 DM.

⁷⁷³ *Köhler/Piper* § 1 Rn. 196.

⁷⁷⁴ *Baumbach/Hefermehl* § 1 Rn. 90; vgl. auch *Köhler/Piper* § 1 Rn. 196; BGH GRUR 89, 366 (367) – Wirtschafts magazin; BGH GRUR 98, 1037 (1038) – Schmuck-Set; BGH GRUR 01, 752 (754) – Eröffnungswerbung; *Emmerich* § 12 Anm. 8.; *Emmerich* FS *Piper*, 171 (173).

fälscht werde, die in unzumutbarer Weise um die Chance gebracht würden, den Verbraucher mit ihrem Angebot zu konfrontieren und gegebenenfalls zu überzeugen⁷⁷⁵.

Was das werbliche Herausstellen einer Preissenkung mittels Eigenpreisvergleichs betrifft, so sei in diesem Zusammenhang folgendes festgestellt: Zunächst ist nach allgemein anerkannter Auffassung davon auszugehen, dass das Anlocken der umworbenen Verbraucher durch niedrige Preise existenzieller Bestandteil eines funktionalen Leistungswettbewerbs ist und sich das Werben mit Preisen daher grundsätzlich im Rahmen der Lauterkeit bewegt⁷⁷⁶. Zwar verstärkt das werbliche Herausstellen einer Preissenkung mittels Eigenpreisvergleichs die anlockende Wirkung erheblich⁷⁷⁷ – zumal der geldwerte Vorteil sowie die zeitliche Begrenzung von Sonderangeboten die Aufmerksamkeit des Verbrauchers in besonderem Maße erregt⁷⁷⁸. Doch wird man in der Auszeichnungsmethode keine von sich aus i.S.d. § 1 UWG sittenwidrige Wettbewerbspraktik sehen können. Ein „übertriebenes“ bzw. „übermäßiges“ Anlocken lässt sich vor allem nicht auf eine besonders große Preissenkung zurückführen, da der durchschnittlich informierte und verständige Verbraucher weiß, dass in Anbetracht des starken Wettbewerbs am Markt kein Anbieter etwas zu verschenken hat⁷⁷⁹ und eine Preissenkung von außerordentlicher Größenordnung eher kritisch betrachtet wird, die damit gerade nicht „übertrieben anlockend“ wirkt. Zudem erhält der Eigenpreisvergleich durch die Höhe der von ihm bekannt gegebenen Preissenkung keine andere wettbewerbsrechtliche Qualität. Die Werbung mit einer Preissenkung, gleich welchem Umfang, bleibt ein leistungsbezogenes Wettbewerbsmittel, so dass auch die Auszeichnung einer ungewöhnlich großen Preissenkung mittels Eigenpreisvergleichs nicht der Charakter einer unsachlichen Beeinflussung zukommt. In diesem Zusammenhang sei nochmals betont, dass Werbeaktionen, die dem Verbraucher erhebliche Vorteile gewähren, grundsätzlich auf

⁷⁷⁵ Vgl. *Baumbach/Hefermehl* § 1 Rn. 90, 164; *Emmerich* § 12 Anm. 8.; BGH GRUR 74, 156 (157) – Geld-Gewinnspiel; BGH WRP 76, 100 (101) – Gewinnspiel.

⁷⁷⁶ Vgl. *Baumbach/Hefermehl* § 1 Rn. 90; BGH GRUR 84, 204 (206) – Verkauf unter Einstandspreis II; BGH GRUR 94, 743 – Zinsgünstige Kfz-Finanzierung durch Herstellerbank; *Emmerich* § 6 Anm. 1. a), § 16 Anm. 2..

⁷⁷⁷ Durch die Gegenüberstellung wird die Preissenkung erst für jedermann erkennbar; vgl. dazu Kap. 1, C., IV., 2. und Kap. 2, A., I..

⁷⁷⁸ Vgl. *Köhler/Piper* § 1 Rn. 196; *Baumbach/Hefermehl* § 1 Rn. 91a; BGH GRUR 74, 345 (347) – Geballtes Bunt.

⁷⁷⁹ So auch *Dall*, S. 41.

betriebswirtschaftlich zweckmäßigen und wettbewerbseigenen Erwägungen basieren und solange wettbewerbsrechtlich zulässig sind, als diese Erwägungen Teil einer leistungsbezogenen Werbestrategie sind. Die Grenze der Zulässigkeit solcher Wettbewerbshandlungen wird – abgesehen vom Irreführungsverbot⁷⁸⁰ – erst dort erreicht, wo die Funktionen und/oder der Bestand des Leistungswettbewerbs durch ihm fremde Wettbewerbsstrategien gefährden werden. Aber selbst wenn diese Grenze einmal überschritten wird, sollte aus dogmatischen Gründen nicht das Symptom (hier: der Eigenpreisvergleich), sondern die Ursache selbst (hier: die Preispolitik bzw. Preisgestaltung) Zielobjekt zur Bekämpfung wettbewerbsverzerrender Wettbewerbshandlungen durch staatliche bzw. gerichtliche Interventionsmaßnahmen sein⁷⁸¹.

Damit kann abschließend festgestellt werden, dass das Gegenüberstellen des zu zahlenden Preises mit dem zuvor geforderten Preis (Eigenpreisvergleich) als solches in keinem Fall eine sittenwidrige Wettbewerbshandlung im Sinne eines übertriebenen Anlockens gem. § 1 UWG darstellt. Das bedeutet, dass, wenn die Werbung mittels Eigenpreisvergleichs sich nicht zur Irreführung eignet, weder ein Verstoß gegen § 3 S. 1 UWG noch gegen § 1 UWG in Betracht kommt. Ist der Eigenpreisvergleich aber zur Irreführung geeignet und verstößt er damit gegen § 3 S. 1 UWG, kommt einer Anwendung des ebenfalls verwirklichten § 1 UWG keine praktische Bedeutung zu. Mithin bleibt § 1 UWG mangels, gegenüber § 3 UWG, „ergänzender“ Anwendungsfälle im Zusammenhang mit dem Eigenpreisvergleich ohne praktische Relevanz.

C. Die Preisangabenverordnung (PAngV)

Hinsichtlich der Produktinformation „Preis“ finden sich einige Regelungen in der Preisangabenverordnung von 1985 in der Fassung vom 28.7.2000 (PAngVO)⁷⁸². Allgemeiner Zweck der Preisangabenverordnung ist die Gewährleistung von Preiswahrheit und Preisklarheit durch sachlich zutreffende Verbraucherinformationen und durch optimale Preisvergleichsmöglichkeiten die Stellung der Verbraucher gegenüber dem Handel und

⁷⁸⁰ Vgl. dazu eingehend Kap. 3, A., II..

⁷⁸¹ Entsprechend wird durch § 20 Abs. 4 GWB das Anbieten unter dem Einstandspreis allgemein verboten, ohne dass hier bestimmte Formen der Bekanntmachung der Preisgestaltung untersagt würden.

⁷⁸² Abgedruckt in BGBl. 1985 I, S. 580 ff. bzw. BGBl. 2000 I, S.1244 ff.; Mit der PAngV wurde die Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16.2.1998 über den Schutz der Verbraucher

Gewebe zu stärken und den Wettbewerb zu fördern⁷⁸³. Zentraler Ansatzpunkt der Preisangabenverordnung ist damit der Grundsatz von Preiswahrheit und Preisklarheit, dem die Vorschriften des Regelwerks maßgeblich dienen (vgl. § 1 Abs. 5 S. 1 PAngV)⁷⁸⁴ und womit die Preisangabenverordnung hinsichtlich der allgemeinen Linie einer Liberalisierung des Wettbewerbs auf der Grundlage einer wettbewerbsfördernder Markttransparenz unterstützend wirkt.

Ohne umfassend auf das Regelwerk der Preisangabenverordnung eingehen zu wollen, soll im Zusammenhang mit dem dieser Untersuchung zugrundeliegenden Gegenstand des Eigenpreisvergleichs kurz die Vorschrift des § 1 Abs. 1 S. 1 PAngV hervorgehoben werden: Gem. § 1 Abs. 1 S. 1 PAngVO ist der Unternehmer im geschäftlichen Verkehr mit dem Letztverbraucher zur Angabe von „Endpreisen“⁷⁸⁵ verpflichtet⁷⁸⁶. Beim Eigenpreisvergleich ist der herabgesetzte Preis der Endpreis im Sinne des § 1 Abs. 1 S. 1 PAngV. Insofern ist die Angabe des zuvor verlangten und (vorübergehend) nicht zu zahlenden Alt- oder Normalpreises nicht zwingend vorgeschrieben und damit eine freiwillige Information über die Preisveränderung – deren Angabe aber nicht nur im Interesse des Verbrauchers, sondern, mit Blick auf die Werbewirkung, gerade auch im Interesse des Anbieters liegt. Im Falle des Eigenpreisvergleichs ist aber zu beachten, dass die Vorschrift des § 1 Abs. 5 S. 1 PAngV (Grundsatz von Preiswahrheit und Preisklarheit) nicht bloß für Pflichtangaben nach der Preisangabenverordnung gilt, sondern auch für freiwillige Preisangaben wie den als „früher gefordert“ ausgezeichneten Preis⁷⁸⁷. Mithin verstößt der Eigenpreisvergleich, dessen Ursursungspreis nicht der Wahrheit entspricht, ebenfalls gegen § 1 Abs. 5 S. 1 PAngV.

bei der Angabe der Preise der ihnen angebotenen Erzeugnisse (RL 98/6/EG; abgedruckt in EuZW 98, 369 f.) in nationales Recht umgesetzt.

⁷⁸³ BGH GRUR 99, 762 (763) – Herabgesetzte Schlussverkaufspreise; BGH GRUR 97, 767 (769) – Brillenpreise II; BGH GRUR 91, 845 (846) – Nebenkosten; vgl. auch die amtliche Begründung der Preisangabenverordnung von 1985 (abgedruckt bei Völker, Anhang 2.1).

⁷⁸⁴ Vgl. *Emmerich* § 16 Anm. 1., a).

⁷⁸⁵ Der Begriff wird „Endpreis“ in § 1 Abs. 1 S. 1 PAngV legaldefiniert, als Preis, der „einschließlich der Umsatzsteuer und sonstiger Preisbestandteile unabhängig von einer Rabattbewährung zu zahlen“ ist.

⁷⁸⁶ Die Angabe von Preisen steht also nicht in dem Belieben des Anbieters, vgl. *Völker* Einl. PAngV Rn.

4.

D. Das Irreführungsverbot nach dem Regierungsentwurf zur Novellierung des UWG

Der aktuelle Regierungsentwurf zur Novellierung des UWG⁷⁸⁸ enthält in § 5 Abs. 1 (i.V.m. § 3 Reg.-Entwurf) ein dem bisherigen § 3 S. 1 UWG entsprechendes Irreführungsverbot. Danach handelt unlauter, „wer irreführend wirbt“ (§ 5 Abs. 1 Reg.-Entwurf), wobei gem. § 5 Abs. 2 Nr. 2 Reg.-Entwurf „bei der Beurteilung der Frage, ob eine Werbung irreführend ist [...], insbesondere in ihr enthaltene Angaben über [...] den Preis“ zu berücksichtigen sind. Unter dieses Verbot lässt sich der irreführende Eigenpreisvergleich subsumieren, der damit auch nach dem vorliegenden Reformentwurf vom Lauterkeitsrecht erfasst und untersagt wird.

Allerdings gilt das Verbot entsprechend dem bisherigen Recht ausschließlich für Eigenpreisvergleiche, die zur Irreführung geeignet sind⁷⁸⁹, womit die Werbung unter Gegenüberstellung des eigenen, vom Werbenden zuvor ernsthaft verlangten Preises auch weiterhin keinen lauterkeitsrechtlichen Bedenken begegnet und damit grundsätzlich zulässig ist. Darüber hinaus sind nach dem Entwurf und den entsprechenden Gesetzesmaterialien hinsichtlich der Abgrenzung einer lautereren gegenüber einer zur Irreführung geeigneten Wettbewerbshandlung keine inhaltlichen Neuerungen zu erwarten⁷⁹⁰, weshalb man sich diesbezüglich an den zu § 3 S. 1 UWG entwickelten Grundsätzen und Wertungen orientieren können. Entsprechend lassen sich die im Verlauf der vorliegenden Untersuchung gemachten Ausführungen auf die geplante UWG-Reform problemlos übertragen.

⁷⁸⁷ Vgl. *Völker* Einf. Rn. 1, § 1 PAngV Rn. 98; etwas anderes gilt bspw. für die Regelung des § 1 Abs. 5 S. 2 PAngV („leicht erkennbar, deutlich lesbar oder sonst gut wahrnehmbar“), vgl. *Völker* § 1 PAngV Rn. 117.

⁷⁸⁸ Stand 22.8.2003 – abgedruckt in BT-Drs. 15/1487.

⁷⁸⁹ Vgl. die Gesetzesbegründung zum Regierungsentwurf (BT-Drs. 15/1487, S. 19).

⁷⁹⁰ Vgl. die Gesetzesbegründung zum Regierungsentwurf (BT-Drs. 15/1487, S. 13 f., 19), wonach der neue § 5 Reg.-Entwurf die bestehende Regelung zur irreführenden Werbung nur zusammenfasst und um die Regelungen zur Preiswerbung (Abs. 4) und zum Räumungsverkauf (Abs. 5–7) erweitert. Von einer eingehenden Darstellung der geplanten Regelung des § 5 und § 3 Reg.-Entwurf soll hier abgesehen werden. Hinsichtlich der Vermutungs- und Beweislastregelung in § 5 Abs. 4 Reg.-Entwurf vgl. die Ausführungen unter Kap. 2, B., III..

E. Zwischenbetrachtung

Der Eigenpreisvergleich begegnet in lauterkeitsrechtlicher Hinsicht prinzipiell keinen Bedenken und ist insofern grundsätzlich zulässig. Das gilt, soweit der Eigenpreisvergleich der Wahrheit entspricht. Ausgangspunkt ist dabei das allgemeine Verkehrsverständnis hinsichtlich der Werbeangabe, bei dessen Ermittlung das Verständnis eines durchschnittlich informierten und verständigen, sowie situationsadäquat aufmerksamen Verbraucher zugrunde zu legen ist. Dieser wettbewerbsrechtlich relevante Verbraucher entnimmt dem Eigenpreisvergleich zunächst den Aussagegehalt, dass der als ungültig gekennzeichnete Bezugspreis von dem werbenden Anbieter unmittelbar vor der Preisenkung über einen angemessenen Zeitraum ernsthaft für eine vergleichbare Ware und/oder Leistung verlangt wurde. Inwiefern die Preiswerbung eines Anbieters mittels Eigenpreisvergleichs dem Wahrheitsgrundsatz genügt, ist mitunter je nach den Umständen des Einzelfalls zu entscheiden, wobei insbesondere der Zeitfaktor, die Warenart, der Betrieb des Werbenden und die Wettbewerbssituation wesentliche Faktoren der Beurteilung sind.

Materiellrechtlich wird der irreführende Eigenpreisvergleich primär von § 3 S. 1 UWG erfasst. § 1 UWG spielt dabei nur eine untergeordnete Rolle und findet darüber hinaus keine („ergänzende“) Anwendung. Zudem sei angemerkt, dass in Anbetracht der Vielfalt möglicher Verstöße gegen den Wahrheitsgrundsatz sowie der Kreativität findiger Unternehmer auf diesem Gebiet die Regelungsart des Irreführungsverbots in § 3 UWG als Generalklausel aufgrund seiner Flexibilität bzw. Anpassungsfähigkeit ein sachgerechtes und zweckmäßiges Mittel zur Bekämpfung lauterkeitsrechtlicher Verstöße durch irreführende Werbung ist⁷⁹¹.

In dem Regierungsentwurf zur UWG-Novellierung (Stand: 22.8.2003) wird der Tatbestand des irreführenden Eigenpreisvergleichs von § 5 Abs. 1, 2 Nr. 2 i.V.m. § 3 Reg.-Entwurf erfasst. Inhaltliche sowie praktische Neuerungen sind nach dem Entwurf für den Tatbestand des Eigenpreisvergleichs aber nicht zu erwarten.

Als im Grunde wettbewerbsrechtlich unbedenkliches Werbemittel ist insofern zu erwarten, dass dem Eigenpreisvergleich auch in Zukunft eine herausragende Rolle im Bereich

⁷⁹¹ Nach dem aktuellen Regierungsentwurf zur Novellierung des UWG (Stand 22.8.2003; abgedruckt in BT-Drs. 15/1487) bleibt die Generalklausel als Kernstück des Irreführungsverbots erhalten, wird aber durch – nicht als abschließend zu betrachtende – Beispielsfälle (vgl. § 5 Abs. 5 und 7 Reg.-Entwurf) und Vermutungsregelungen (vgl. § 5 Abs. 4 und 6 Reg.-Entwurf) ergänzt.

der Sonderangebotswerbung zukommen wird und er ein unter den Anbietern beliebtes Werbemittel bzw. eine bevorzugte Auszeichnungsmethode bleibt.

RESÜMEE UND AUSBLICK

Wettbewerb basiert auf dem Prinzip der Freiheit und Gleichheit. Der Wettbewerb als Institution und seine Funktionen sind die Grundlage wirtschaftlicher Entwicklung. Ihrer Erhaltung und Förderung dient das gesamte Wettbewerbsrecht. Ein nicht mehr hinwegzudenkender Bestandteil dieses Wettbewerbs ist die Werbung. Werbung ist parteiisch, polarisierend, einseitig und bedeutet stets den Versuch einer Einflussnahme auf den Umworbenen. Das liegt in der Natur der Sache; es ist ihr Sinn und Zweck und gehört zum Wesen der Werbung wie die Werbung zum Wettbewerb. Als solche ist die Werbung prinzipiell zulässig. Lauterkeitsrechtliche Bedenken bestehen aber dort, wo die Werbung die freie Willenentschließung des Umworbenen beeinträchtigt, sie gar ausschließt oder umgeht. Gerade die Entscheidungsautonomie des Verbrauchers ist eine wesentliche Funktionsbedingung des Leistungswettbewerbs, da sie eine unverzichtbare Voraussetzung dafür ist, dass der Verbraucher seine Rolle als „Schiedsrichter“ des wirtschaftlichen Wettbewerbs am Markt zweckgerecht erfüllen kann.

So beeinflusst Werbung die Entscheidungsfreiheit in erheblichem Maße und ist lauterkeitsrechtlich unzulässig, wenn sie beim Empfänger falsche Vorstellungen über Tatsachen hervorruft, ihn mithin täuscht. Denn in diesem Fall hat Werbung eine wettbewerbsverzerrende Wirkung. Entsprechend verbietet das deutsche Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb speziell in § 3 und im Einklang mit europäischen Vorgaben Werbung, die „geeignet“ ist, den Verbraucher in die Irre zu führen.

Der Schutz vor Beeinträchtigungen des Entscheidungsfindungsprozesses orientiert sich hierbei an der Schutzbedürftigkeit und Schutzwürdigkeit der Verbraucher, sowie der Mitbewerber. Dabei darf jedoch das verfassungsrechtlich geschützte Recht des Werbenden auf wirtschaftlich freie Betätigung (Wettbewerbsfreiheit) nicht außer Acht gelassen werden. So ist die Frage, wann eine Werbeangabe in diesem Sinne zur Irreführung geeignet ist nicht bloß eine Tatsachen- sondern gerade auch eine Rechtsfrage. Was die Anforderungen an das wirtschaftliche Verhalten der Verbraucher betrifft, hat sich der Bundesgerichtshof von seinem bisherigen Leitbild eines unkritischen, unverständigen und desinformierten Verbraucher abgewandt und geht in seiner neueren Rechtsprechung in Angleichung an die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs von einem durchschnittlich informierten und verständigen, sowie situationsbedingt aufmerksamen Verbraucher aus. Dieses Verbraucherleitbild liegt dem aktuellen Regierungsentwurf zur Novellierung des UWG von 2003 zugrunde. Es entspricht der allgemeinen Liberalisierungstendenz auf dem Gebiet des Wettbewerbsrechts und verdeutlicht den

Wandel im Verbraucherschutz vom schutzbedürftigen passiven Verbraucher hin zu einem schutzwürdigen aktiven Verbraucher. Dabei ist zu beachten, dass das Verbraucherverhalten Teil einer dynamischen Marktentwicklung ist, deren Teilnehmer einem gewissen Lernprozess unterworfen sind.

Gleichzeitig bedingt die Funktionsfähigkeit eines möglichst freien aber leistungsbezogenen Wettbewerbs die Schaffung und Erhaltung umfangreicher und effektiver Kommunikationsstrukturen, womit die erforderliche weitreichende Markttransparenz, als Grundlage rationaler Entscheidungsprozesse, ermöglicht wird. In Anbetracht der heutigen Informationsflut sind für den Verbraucher insbesondere Angaben über sog. Schlüsselinformationen wie den Preis bzw. die Preisveränderung von herausragender Wichtigkeit, als diese Informationen über – aus Verbrauchersicht – zentrale und besonders entscheidungsrelevante Faktoren enthalten. Eine zentrale Bedeutung erlangt dabei der Grundsatz von Wahrheit und Klarheit von in den Austauschprozess gelangten Informationen. Diesen Grundsatz gilt es im Hinblick auf die Funktionsfähigkeit des marktöffnenden Informationsaustausches auch mit Mitteln des Staates zu gewährleisten und zu schützen. Entsprechend muss die Werbung mit Preisen – wie vorliegend der Eigenpreisvergleich – in erster Linie die Anforderung an Preiswahrheit und Preisklarheit beachten. Pate hierfür steht neben dem § 3 und § 1 UWG auch die Preisangabenverordnung. So sind das liberale „europäische“ Verbraucherleitbild und die umfassende und effektive Aufklärung der Verbraucher durch die Schaffung und Erhaltung von Kommunikationsstrukturen zwei miteinander korrespondierende Faktoren einer freiheitlich-funktionalen Wettbewerbsordnung, deren Verwirklichung und praktischen Umsetzung in gleichem Maße Beachtung zu schenken ist.

Was den der vorliegenden Untersuchung zugrundeliegenden Gegenstand des Eigenpreisvergleichs betrifft, so wurde dargelegt, dass der Aussagegehalt der Preisgegenüberstellung eine für die Preisbeurteilung durchaus hilfreiche Verbraucherinformation enthält. Zu beachten ist allerdings, dass die Gegenüberstellung mit dem eigenen, vom Werbenden vor der Preissenkung verlangten Preis ohne weiteren Zusatz keine Aussage über das Verhältnis des Sonderpreises zum allgemein am Markt verlangten Preis oder einem Konkurrenzpreis trifft. Insofern hat der Eigenpreisvergleich einen für die Rationalität der Verbraucherentscheidung nur bedingt hilfreichen Informationswert. Für die lauterkeitsrechtliche Beurteilung entscheidend ist aber die Erkenntnis, dass die Ursache einer dahingehenden Missdeutung durch den Betrachter (Verbraucher) nicht auf eine

Missverständlichkeit bzw. Mehrdeutigkeit des Eigenpreisvergleichs selbst zurückzuführen ist, sondern vielmehr in der Seitens der Verbraucher angestrebten Vereinfachung komplexer Marktverhältnisse liegt, die ihrerseits jedoch nicht durch den Eigenpreisvergleich selbst veranlasst wird. In diesem Zusammenhang bestehen somit keine lauterkeitsrechtlichen Bedenken hinsichtlich der Werbung mit einer Preissenkung mittels Eigenpreisvergleich.

Es wurde ausgezeigt, dass der Eigenpreisvergleich ein durchaus hohes und differenziertes Irreführungspotential enthält, was unmittelbar eine Gefahr für den Verbraucher, sowie mittelbar eine nicht zu unterschätzende Gefährdung für die Mitbewerber, als auch für den Wettbewerb als Institution bedeuten kann.

Andererseits wurde dargelegt, dass die Wirkung des Eigenpreisvergleichs mitunter überbewertet wird. So unterliegt die in der Diskussion von Teilen der Literatur angeführte Beurteilung des Eigenpreisvergleichs als Gefahr einer „Irreführung über das Preisniveau des Gesamtsortiments“ einer Fehlinterpretation des Konsumentenverhaltens. Der Eigenpreisvergleich enthält keinen auf die Preisgestaltung des Gesamtsortiments gerichteten Aussagegehalt, weshalb eine dahingehende Irreführungseignung als fernliegend zu verwerfen ist.

Alle sonstigen Sachverhaltskonstellationen, in denen sich der Eigenpreisvergleich zur Irreführung eignet, werden im deutschen Wettbewerbsrecht primär von § 3 UWG erfasst, dessen Ausgestaltung als Generalklausel in Anbetracht der Vielfalt möglicher Verstöße gegen den Wahrheitsgrundsatz sowie der Kreativität findiger Unternehmer zur Bekämpfung lauterkeitsrechtlicher Verstöße durch irreführende Werbung optimal geeignet ist. Dagegen spielt das allgemeine Sittenwidrigkeitsverbot des § 1 UWG im Zusammenhang mit dem Eigenpreisvergleich neben § 3 UWG eine nur untergeordnete Rolle und findet über den Tatbestand der Täuschung hinaus keine „ergänzende“ Anwendung.

Des Weiteren wurde aufgezeigt, dass der Eigenpreisvergleich in besonderem Maße für Irreführungen missbrauchsanfällig ist. Primär lässt sich das darauf zurückführen, dass der Tatbestand einer Irreführung durch einen Eigenpreisvergleich für Mitbewerber oder Verbraucher bzw. deren Schutzverbände nur äußerst schwer und mit allenfalls unzumutbarem Aufwand zu ermitteln ist, da die erforderlichen Informationen aus der Sphäre des Werbenden stammen. Seine Irreführungseignung lässt sich für Außenstehende so-

mit nur schwerlich beweisen. Dennoch greift ein generelles Verbot, wie es der Gefährdungstatbestand des § 6 e UWG a.F. enthalten hat, zu weit und in unverhältnismäßiger Weise in das Recht auf Werbefreiheit ein, missachtet zudem das berechtigte Informationsinteresse der Verbraucher und ist daher zur Regelung dieser Problematik wettbewerbsrechtlich verfehlt. Die Rechtsprechung und Rechtslehre haben hier mit der Entwicklung der sog. „Darlegungs- und Beweispflicht“ eine interessengerechte und wettbewerbs- sowie prozessrechtlich vertretbare Lösung gefunden. Dabei handelt es sich um keine Beweislastumkehr, noch geht daraus ein vorprozessualer Anspruch auf Auskunftserteilung hervor. Dennoch werden durch den Grundsatz der „Darlegungs- und Beweispflicht“ prozessuale Beweisgrundsätze in verhältnismäßigem Umfang durchbrochen, was eine Erleichterung der Beweisführung durch den Kläger bedeutet.

Der aktuelle Regierungsentwurf zur UWG-Novelle enthält in § 5 Abs. 4 S. 2 eine „gestufte“ Beweislastumkehr, die sich eng an den Grundsätzen der „Darlegungs- und Beweispflicht“ orientiert, und die daher in der gerichtlichen Entscheidungspraxis zu keinen Neuerungen führen dürfte. Die deutsche Wirtschaft wird sich also auch weiterhin mit einer nicht zu unerschätzenden Dunkelziffer an nicht (gerichtlich) beklagten Irreführungsfällen gerade im Bereich der Werbung mit dem Eigenpreisvergleich abfinden müssen. Insofern kommt den Selbstkontrollsystemen der privaten Wirtschaft nach wie vor eine nicht zu unterschätzende Bedeutung zu. Aber auch die Selbstkontrolle der Privatwirtschaft ändert nichts an der Tatsache, dass der Verbraucher sich bisher und auch in Zukunft bei seiner Entscheidungsfindung im täglichen Verkehr mangels Prüfungsmöglichkeit auf die Richtigkeit der Preisveränderungsinformation verlassen muss, wollte er sie zum Gegenstand seiner Konsumententscheidung machen. Der Eigenpreisvergleich ist daher, aber gerade auch wegen seines nur auf die Preisgestaltung des jeweils Werbenen beschränkten Aussagegehaltes von nur geringem Informationswert.

Abschließend lässt sich für die wettbewerbsrechtliche Beurteilung des Eigenpreisvergleichs feststellen, dass es sich um ein effektives und daher überaus beliebtes, vor allem aber legitimes Werbemittel handelt, dem prinzipiell keine lauterkeitsrechtlichen Bedenken entgegenstehen, solange der Grundsatz von Preiswahrheit und Preisklarheit beachtet wird. Die besondere Anlockwirkung einer werbewirksam herausgestellten Senkung des eigenen Preises hat dabei keinen Einfluss auf die rechtliche Beurteilung dieser Werbemethode. Dass Verbraucher durch das Werben insbesondere mit Preissenkungen angelockt und in ihrer Konsumententscheidung beeinflusst werden, ist wesentlicher Bestandteil

des funktionalen Leistungswettbewerbs. Und auch der langfristige Effekt eines günstigen Preisimage durch wiederholtes Werben mit Sonderangeboten hält sich als Ausdruck geschickten Unternehmertums im Rahmen lauterer Wettbewerbs.

Mit Blick auf den vorliegenden Regierungsentwurf zur Novellierung des UWG (Stand: 22.8.2003) wird sich aus wettbewerbsrechtlicher Sicht an der in dieser Untersuchung dargestellten Beurteilung des Eigenpreisvergleichs auch in Zukunft nichts ändern. Das Wettbewerbsmittel der Preisgegenüberstellung mit dem eigenen, zuvor geforderten Preis wird auch nach der geplanten Reform als grundsätzlich zulässig zu betrachten sein, das die Schwelle der Lauterkeit im Wettbewerb erst mit seiner Eignung zur Irreführung überschreitet. Und auch was die Beurteilung einer Irreführungseignung betrifft, sind nach dem Entwurf keine Neuheiten in der Gerichtspraxis zu erwarten sind. Insofern wird man sich zunächst an den zur aktuellen Rechtslage entwickelten Beurteilungsgrundsätzen orientieren können. Zudem sei darauf hingewiesen, dass bei der Auslegung des geltenden Rechts und bei der Erarbeitung des Regierungsentwurfs sämtliche europarechtlichen Vorgaben auf dem Gebiet der kommerziellen Kommunikation berücksichtigt wurden, weshalb unter gemeinschaftsrechtlichen Gesichtspunkten jedenfalls für den Bereich des Eigenpreisvergleichs zunächst mit keinen weiteren Eingriffen zu rechnen ist.

LEBENSLAUF

Persönliche Daten

Mario Stark

Geboren am 11. Oktober 1977 in Hamburg

Schulausbildung und Studium

1984 – 1997	Grundschule und Gymnasium in Hamburg
Aug. 1994 – Juni 1995	High-School in Warwick, New York State / USA
WS 1997/98 – WS 1998/99	Studium der Rechtswissenschaft, Universität Hamburg
SS 1999 – WS 2001/02	Studium der Rechtswissenschaft, Universität Würzburg
Feb. 2002	Erstes Juristisches Staatsexamen
Feb. 2004 – Juni 2004	Ergänzungsstudiengang Wirtschaftsrecht, Universität Hamburg

Praktische Tätigkeiten

April 1995 – Sep. 2000	Tennis-Training und Jugendbetreuung in Hamburg und Würzburg
Okt. 1999 – Feb. 2001	Studentische Hilfskraft im Dekanat der Juristischen Fa- kultät der Universität Würzburg
Mai 2002 – Nov. 2002	Assistententätigkeit in der Kanzlei Dr. Stock & Kollegen (Ochsenfurt / Bayern)
WS 2002/03 – SS 2003	Korrekturassistent am Lehrstuhl Prof. Dr. Hilgendorf, Prof. Dr. Knemeyer und Prof. Dr. Wollenschläger (Universität Würzburg)
Seit April 2004	Juristische Assistententätigkeit in der Kanzlei Harmsen & Utescher (Hamburg)