

Die Neukonzeption des Rechtsbruchtatbestandes in § 4 Nr. 11 UWG

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Würde eines
doctor iuris
der Juristischen Fakultät
der Julius-Maximilians-Universität Würzburg

vorgelegt von

Henriette Gutmayer
aus Zwickau

2012

Erstberichterstatlerin: Prof. Dr. Inge Scherer

Zweitberichterstatler: Prof. Dr. Oliver Remien

Tag der mündlichen Prüfung: 07.12.2011

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde von der juristischen Fakultät der Julius-Maximilians-Universität Würzburg im Wintersemester 2011/2012 als Dissertation angenommen. Rechtsprechung und Schrifttum wurden bis Mai 2010 berücksichtigt.

Mein besonderer Dank gilt meiner Doktormutter Frau Prof. Dr. Inge Scherer für die Überlassung des Themas und die außerordentlich gute Betreuung während der Erstellung der Dissertation.

Bedanken möchte ich mich an dieser Stelle auch bei Herrn Prof. Dr. Oliver Remien für die Erstellung des Zweitgutachtens.

Meinen Eltern und meiner Familie danke ich für ihren immerwährenden grenzenlosen Rückhalt und widme ihnen diese Arbeit.

Einleitung und Gang der Darstellung	1
1. Kapitel: Einführung	3
I. Wettbewerb	3
1. Austausch- und Parallelverhältnis	4
2. Verzicht auf Wettbewerbstheorien	5
II. Lauterkeit	6
III. Rechtsbruch	7
1. Bezeichnung vor und nach der UWG-Reform 2004	7
2. Von der Fallgruppe zum kodifizierten Tatbestand	7
3. Aktuelle Rechtslage	8
2. Kapitel: Rechtshistorische Entwicklung	9
I. Rechtsgrundlage § 1 im UWG von 1909	10
II. Rechtsprechung des Reichsgerichts zur Fallgruppe Vorsprung durch Rechtsbruch	10
1. Handel mit Arzneimitteln (Drogenhandlung)	11
a) Entscheidung	11
b) Stellungnahme	11
2. Preisbindung	11
a) Entscheidung	11
b) Stellungnahme	12
3. Bewachungsgewerbe	12
a) Entscheidung	12
b) Stellungnahme	13
4. Makler-Fachgruppe	13
a) Entscheidung	13
b) Stellungnahme	14
5. Zusammenfassung	14
III. Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes	15
1. Unterscheidung zwischen wertneutralen und wertbezogene Normen	15
2. Wettbewerbsvorsprung	15
3. Subjektive Merkmale: Planmäßiger Verstoß mit Vorteilszielungsabsicht	16
4. Zusammenfassung	16
IV. Wichtige Impulse zur Fallgruppe Vorsprung durch Rechtsbruch durch die Lehre	17
1. Erweiterung des Schutzbereichs	17
2. Normzwecktheorie	18
3. Kritik an der Unterteilung zwischen wertneutralen und werthaltigen Normen	19
4. Konkurrenz zwischen Öffentlichem Recht und Wettbewerbsrecht	19
a) Kommunalrechtliches Wirtschaftsverwaltungsrecht	20
b) Vorwürfe	20
c) Lösungsvorschläge	21
5. Zusammenfassung und Stellungnahme	23
V. Rechtsprechungsänderung des BGH	23
1. TIAPRIDAL	24
a) Entscheidung	24
b) Stellungnahme	25
2. Hormonpräparate	25
a) Entscheidung	26
b) Stellungnahme	26
3. Giftnotruf-Box	28
a) Entscheidung	28
b) Stellungnahme	28
4. Abgasemissionen	29
a) Entscheidung	29
b) Stellungnahme	30
5. Elektroarbeiten	30
a) Entscheidung	30
b) Stellungnahme	31
6. Stellungnahme	32
VI. UWG-Novelle 2004	33

1. Vorbereitung der Reform des UWG.....	33
2. Eckpunkte der UWG-Reform.....	33
3. Auswirkungen der UWG-Reform 2004 auf den Rechtsbruchtatbestand.....	35
a) Einführung der unlauteren Wettbewerbshandlung.....	35
b) Verzicht auf subjektive Tatbestandsmerkmale	35
c) Abschied vom Vorsprungsgedanken.....	36
d) Neuausrichtung des Normzwecks.....	36
4. Beurteilung der UWG-Reform.....	37
VII. UWG Änderungsgesetz 2008.....	38
1. Umsetzung der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken	38
2. Eckpunkte des Ersten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen unlauteren Wettbewerb.....	39
3. Auswirkungen der Umsetzung der UGP-Richtlinie auf den Rechtsbruchtatbestand	40
VIII. Zusammenfassung.....	40
3. Kapitel: Die Position des Rechtsbruchtatbestandes innerhalb des UWG.....	41
I. Einführung.....	42
II. Schutzbereich UWG.....	42
1. Einfluss der UGP-Richtlinie	43
a) Inhalt der UGP-Richtlinie.....	43
aa) Positive Beschreibung des Anwendungsbereichs.....	44
bb) Negative Beschreibung des Anwendungsbereichs	44
cc) Ausstrahlung des Schutzbereichs der Richtlinie auf Unternehmer untereinander	46
b) Bedeutung für den Schutzbereich des UWG	46
aa) Heterogene Auslegung des Schutzbereichs des UWG.....	46
bb) Vermeidung von Wertungswidersprüchen.....	47
c) Bedeutung für den Anwendungsbereich des § 4 Nr. 11 UWG	49
2. Persönlicher Schutzbereich des UWG nach § 1 UWG.....	49
a) Mitbewerber.....	50
b) Unternehmer	50
c) Marktteilnehmer.....	50
d) Verbraucher.....	50
e) Richtlinienkonforme Auslegung des Verbraucherbegriffs.....	50
3. Sachlicher Schutzbereich des UWG	52
a) Unlauterkeit	52
aa) Vorgaben der UGP-Richtlinie	53
bb) Umsetzung in § 3 Abs. 2 und 3 UWG.....	54
cc) Systematische Bedeutung des § 3 Abs. 1 UWG	55
cc) Verhältnis von § 3 Abs. 1 UWG zu § 3 Abs. 2 S. 1 UWG	56
dd) Folgen der Systematik für den Rechtsbruchtatbestand.....	57
ee) Zitierung von § 3 i. V. m. § 4 Nr. 11 UWG	59
ff) Zusammenfassung zum Merkmal der Unlauterkeit	60
b) Geschäftliche Handlung	60
III. Geschäftliche Handlung	61
1. Bedeutung der geschäftlichen Handlung für den Rechtsbruchtatbestand	61
a) Gesetzgeber.....	61
b) Blick auf den Schutzbereich.....	62
2. Geschäftliche Handlung anstatt Wettbewerbshandlung.....	63
3. Vorgaben in Art. 2 lit d) der UGP-Richtlinie	63
4. Legaldefinition der geschäftlichen Handlung.....	64
5. Unternehmensbezug und Marktbezug	64
a) Unternehmensbezug.....	65
b) Marktbezug.....	66
c) Zwischenergebnis.....	66
6. Objektiver Zusammenhang.....	67
a) Richtlinienkonforme Auslegung.....	68
b) Intentionen des Gesetzgebers	68
c) Zusammenfassung	69
7. Verhältnis zwischen Lauterkeitsrecht und Leistungsstörungenrecht.....	70
a) Einführung zur neuen Rechtslage.....	70

b) Richtlinienkonforme Auslegung.....	72
c) Rechtsprechung	73
aa) Kontostandsauskunft-Entscheidung	73
bb) Änderung der Voreinstellung	73
cc) Änderung der Voreinstellung II.....	74
dd) Zwischenergebnis	74
ee) Folge für den Rechtsbruchtatbestand.....	75
d) Lösungsvorschläge in der Literatur	75
aa) Potentielle Außenwirkung des Verhaltens	76
bb) Objektiver Zusammenhang mit Begrenzungsfunktion.....	76
cc) Ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal: Verbraucherrelevanz.....	77
dd) Stellungnahme zur Einführung eines ungeschriebenen Tatbestandsmerkmals	79
e) Eigener Ansatz: Rückgriff auf das ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal „Marktbezug“	79
f) Folgen für den Rechtsbruchtatbestand	80
8. Zusammenfassung	81
IV. Anwendungsbereich des § 4 Nr. 11 UWG.....	82
1. Funktionsorientierte Auslegung des Anwendungsbereichs des § 4 Nr. 11 UWG	82
a) Sozialethische und funktionsorientierte Auffassungen	83
b) Kodifizierung der funktionsorientierten Auffassung.....	84
c) Kritik an der rein funktionsorientierten Auffassung.....	85
d) Stellungnahme	86
2. Funktionen der Marktteilnehmer	89
3. Richtlinienkonforme Auslegung des Schutzbereichs des § 4 Nr. 11 UWG	89
a) Übereinstimmender Schutzbereich	90
b) Erweiterter Anwendungsbereich	90
V. Zusammenfassung Kapitel 3	91
4. Kapitel: Die Tatbestandsmerkmale des § 4 Nr. 11 UWG.....	92
I. Einführung.....	92
1. Gesetzliche Vorschrift als Marktverhaltensregel	92
2. Interessen der Marktteilnehmer	93
3. Zuwiderhandeln	93
4. Spürbare Beeinträchtigung	93
5. Konkurrenzen.....	94
II. Gesetzliche Vorschrift	94
1. Herrschende Meinung	94
2. Abweichende Ansichten von der herrschenden Meinung	95
3. Zusammenfassung	96
III. Marktverhaltensregel.....	97
1. Marktverhalten	98
a) Verhalten von Marktteilnehmern	98
b) Außenwirkung – Einwirkung auf andere Marktteilnehmer	98
c) Dem Warenaustausch dienend.....	99
d) Auslegung nach der inneren Mechanik des Wettbewerbprozesses	99
e) Zusammenfassung.....	100
f) Stellungnahme	101
aa) Gemeinsamkeiten	101
bb) Unterschiede	101
cc) Fazit.....	102
2. Kein Marktverhalten – Beispiele	103
a) Verhalten gegenüber Arbeitnehmern	103
b) Journalistische Berichterstattung	103
c) Produktion und Entwicklung	104
d) Zwischenergebnis	105
3. Regelung.....	105
a) Keine Regelung im Sinne von § 4 Nr. 11 UWG	105
aa) Vorschriften des vertraglichen Leistungsstörungenrechts	106
bb) Vorschriften über die Gestaltung rechtsgeschäftlicher Schuldverhältnisse durch Allgemeine Geschäftsbedingungen	107

b) Zwischenergebnis	108
4. Absicht des Gesetzgebers.....	108
a) Ermittlung des gesetzgeberischen Regelungszwecks.....	109
b) Verfolgung mehrerer Regelungszwecke durch den Gesetzgeber	109
5. Ermittlung des Zwecks einer Vorschrift	110
a) Beispiele typischer Marktverhaltensregeln.....	110
b) Konkrete Beispiele für Marktverhaltensregeln	111
c) Vorschriften mit Doppelfunktion	111
aa) Vorschriften über reglementierte Berufe.....	112
bb) Marktzutrittsregelung zur Qualitätssicherung bei Produkten oder Dienstleistungen.....	112
cc) Vereinbarkeit mit der UGP-Richtlinie	113
d) Vorschriften ohne Bezug zum Marktverhalten	114
aa) Reiner Marktzutritt.....	114
bb) Marktzutritt von kommunalen Unternehmen zur wirtschaftlichen Betätigung	116
cc) Vorschriften zum Schutz der Arbeitnehmer	116
e) Zwischenergebnis	117
5. Begrenzung der Marktverhaltensregeln durch die Vollharmonisierung.....	117
a) Überschießende nationale Informationspflichten.....	118
b) Erwägungsgrund 15 der UGP-Richtlinie	119
c) Folgen für den Rechtsbruchtatbestand	120
6. Zusammenfassung	121
IV. Interessen der Marktteilnehmer	121
1. Bestimmung der Interessen der Marktteilnehmer.....	121
a) Interesse der Unternehmer und Mitbewerber	122
b) Interessen der Verbraucher	122
c) Interesse der Allgemeinheit an einem unverfälschten Wettbewerb	123
2. Interessen der Marktteilnehmer als Dreh- und Angelpunkt für § 4 Nr. 11 UWG	123
3. Entwicklungsgeschichtlicher Aspekt.....	124
4. Aussagekraft der Interessen nach der funktionsorientierten Auffassung.....	125
a) Übereinstimmende Interessen der Marktteilnehmer	126
b) Marktverhalten umfasst Interesse der Marktteilnehmer	126
c) Durch das UWG nicht geschützte Interessen der Marktteilnehmer	127
d) Zusammenfassung.....	128
5. Stellungnahme	128
V. Zuwiderhandlung gegen eine gesetzliche Vorschrift.....	129
1. Fragestellung	129
2. Wettbewerbsverstoß.....	130
a) Frühere Rechtslage.....	130
b) Haltung des Gesetzgebers.....	131
c) Aktuelle Rechtslage.....	131
3. Zuwiderhandlung	132
a) Rechtsprechung	132
b) Literatur	133
aa) Prüfung aller Tatbestandsmerkmale.....	133
bb) Objektive Theorie.....	133
cc) Stellungnahme	134
dd) Zusammenfassung	138
4. Vertrauensschutz in behördliche Genehmigungen.....	139
a) Frühere Rechtslage.....	140
b) Rechtsprechung	140
c) Literatur	141
aa) Für Vertrauensschutz.....	141
bb) Gegen Vertrauensschutz	142
d) Stellungnahme	143
aa) Rechtspolitische Konsequenzen.....	143
bb) Notwendigkeit des Vertrauensschutzes.....	144
cc) Ausnahmeerscheinung Vertrauensschutz	144
dd) Vertrauensschutz wegen der Rechtsauffassung der Verwaltung.....	145
e) Dogmatische Lösungsvorschläge	145
aa) Ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal	146

bb) Entschuldigbarer Verbotsirrtum	147
cc) Rechtfertigungstatbestand	147
f) Zwischenergebnis	148
5. Missachtung von Verkehrspflichten – Wettbewerbsrechtliche Störerhaftung?	148
a) Haftung des Betreibers von eBay wegen jugendgefährdender Medien	149
b) Bedeutung der Entscheidung für den Rechtsbruchtatbestand	149
c) Stellungnahme.....	150
6. Zusammenfassung	150
VI. Spürbare Beeinträchtigung.....	150
1. Prüfung der Bagatellklausel innerhalb von § 4 Nr. 11 UWG	151
2. Ermittlung der spürbaren Beeinträchtigung	152
3. Zusammenfassung	153
VII. Konkurrenzen	153
1. Mehrere Ansprüche nebeneinander	153
2. Abschließende Sanktionssysteme.....	154
5. Kapitel: Fallbeispiel zur Veranschaulichung der Ergebnisse	155
I. Einführung.....	155
II. Sachverhalt: „Wasserbehandlung“	156
III. Subsumtion	157
1. § 5 Abs. 1 Nr. 1 UWG	157
a) Voraussetzungen	157
b) Ergebnis und Rechtsfolgen	157
2. § 4 Nr. 11 UWG	158
a) Voraussetzungen	159
aa) Gesetzliche Vorschrift.....	159
bb) Marktverhaltensregel	159
dd) Zuwiderhandeln	159
ee) Spürbarkeit.....	160
b) Ergebnis und Stellungnahme	161
IV. Abwandlung	161
1. Keine Irreführung	161
2. Rechtsbruchtatbestand	161
V. Zusammenfassung	162
6. Kapitel: Zusammenfassung	163
I. Beschränkter Anwendungsbereich des § 4 Nr. 11 UWG im B2C-Bereich	163
II. Relevante Tatbestandsmerkmale	163
III. Objektive Betrachtungsweise.....	164
IV. Marktverhaltensregelung	164
V. Ausblick.....	164

Literatur

Ackermann, Brunhilde, Wettbewerbsrecht – Unter Berücksichtigung europarechtlicher Bezüge, Berlin, Heidelberg, 1997

Armgardt, Matthias, Verbraucherschutz und Wettbewerbsrecht: unwirksame AGB-Klauseln im Licht der neueren Rechtsprechung zum UWG und zur UGP-Richtlinie, in: WRP 2009, 122 ff.

Beater, Axel, Unlauterer Wettbewerb, München 2002

Beater, Axel, Entwicklungen des Wettbewerbsrecht durch die gesetzgebende und die rechtsprechende Gewalt - Eine rechtshistorische und rechtsvergleichende Skizze, in: Festschrift für Willi Erdmann zum 65. Geburtstag, Köln, München u. a. 2002, S. 513 ff. (zit.: *Beater*, FS Erdmann)

Beater, Axel, Verbraucherverhalten und Wettbewerbsrecht, in: Festschrift für Winfried Tilmann: zum 65. Geburtstag, Köln, Berlin, u. a. 2003, S. 87 ff. (zit.: *Beater*, FS Tilmann)

Berlit, Wolfgang, Wettbewerbsrecht, 7. Auflage, München 2009

Boesche, Katharina Vera, Wettbewerbsrecht, 3. Auflage, Heidelberg 2009

Böhler, Roland, Alter und neuer Rechtsbruchtatbestand, Aufgezeigt am Beispiel des Marktzutritts kommunaler Unternehmen, Berlin 2008, zugl. Nürnberg-Erlangen, Univ., Diss., 2007

Dettmar, Jasmin Isabel, Unlauterer Wettbewerb durch Rechtsbruch nach Maßgabe des § 4 Nr. 11 UWG n. F., Berlin 2007, zugl. Bayreuth, Univ., Diss., 2006

Doepner, Ulf, Unlauterer Wettbewerb durch Rechtsbruch – Quo vadis ?, in: Recht und Wettbewerb, in: Festschrift für Horst Helm zum 65. Geburtstag, München 2002, S. 47 ff. (zit.: *Doepner*, FS Helm)

Doepner, Ulf, Unlauterer Wettbewerb durch Verletzung von Marktzutrittsregelungen?, in: WRP 2004, 1292 ff.

Döring, Reinhard, Die Haftung für eine Mitwirkung an Wettbewerbsverstößen nach der Entscheidung des BGH "Jugendgefährdende Medien bei eBay", in: WRP 2007, 1131 ff.

Elskamp, Gregor, Gesetzesverstoß und Wettbewerbsrecht, Zur wettbewerbsrechtlichen Unzulässigkeit von Verstößen gegen außerwettbewerbliche Gesetze, Baden-Baden 2008, zugl. Mannheim, Univ., Diss., 2007

Emmerich, Volker, Unlauterer Wettbewerb, 7. Auflage, München 2004 (zit.: *Emmerich*, 7. Aufl.)

Emmerich, Volker, Unlauterer Wettbewerb, 8. Auflage, München 2009

Engels, Stefan/Salomon, Thomas H., Vom Lauterkeitsrecht zum Verbraucherschutz: UWG-Reform 2003, in: WRP 2004, 32 ff.

Eppe, Mark, Verbraucherschutz im UWG und BGB, in: WRP 2005, 808 ff.

Ernst, Stefan, Abmahnungen auf Grund von Normen außerhalb des UWG, in: WRP 2004, 1133 ff.

Fezer, Karl-Heinz, Modernisierung des deutschen Rechts gegen den unlauteren Wettbewerb auf der Grundlage einer Europäisierung des Wettbewerbsrechts, in: WRP 2001, 989 ff.

Fezer, Karl-Heinz, Der Dualismus der Lauterkeitsrechtsordnungen des b2c-Geschäftsverkehrs und des b2b-Geschäftsverkehrs im UWG, in: WRP 2009, 1163 ff.

Fezer, Karl-Heinz, Lebensmittelimitate, gentechnisch veränderte Produkte und CSR-Standards als Gegenstand des Informationsgebots im Sinne des Art. 7 UGP-RL Lauterkeitsrechtliche Informationspflichten nach § 5a UWG zum Schutz vor irreführender Lebensmittelvermarktung, in: WRP 2010, 577 ff.

Fezer, Karl-Heinz (Hrsg.), Lauterkeitsrecht, Kommentar zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), München 2005, (zit.: *Fezer/Bearbeiter*, UWG 2005)

Fezer, Karl-Heinz (Hrsg.), Lauterkeitsrecht, Kommentar zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), München 2010, (zit.: *Fezer/Bearbeiter*, UWG)

Fezer, Karl-Heinz, Objektive Theorie der Lauterkeit im Wettbewerbsrecht, in: Perspektiven des geistigen Eigentums und Wettbewerbsrecht, in: Festschrift für Gerhard Schrickler zum 70. Geburtstag, München 2005, S. 671 ff. (zit.: *Fezer*, FS Schrickler)

Frenzel, Stan, Neukonzeption des Rechtsbruchtatbestands abgeschlossen - Zu § 3 i. V. m. § 4 Nr. 11 UWG, in: WRP 2004, 1137 ff.

Glöckner, Jochen, Wettbewerbsbezogenes Verständnis der Unlauterkeit und Vorsprungserlangung durch Rechtsbruch, in: GRUR 2008, 960 ff.

Glöckner, Jochen, Der gegenständliche Anwendungsbereich des Lauterkeitsrechts nach der UWG-Novelle 2008; ein Paradigmenwechsel mit Folgen, in: WRP 2009, 1175 ff.

Glöckner, Jochen/Henning-Bodewig, Frauke, EG-Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken: Was wird aus dem „neuen“ UWG?, in: WRP 2005, 1311 ff.

Gloy, Wolfgang (Begr.)/Loschelder, Michael/Erdmann, Willi (Hrsg.), Handbuch des Wettbewerbsrechts, 4. Auflage, München 2010 (zit.: *Gloy/Loschelder/Erdmann/Bearbeiter*,)

Götting, Horst Peter, Der Rechtsbruchtatbestand, in: Perspektiven des geistigen Eigentums und Wettbewerbsrecht, in: Festschrift für Gerhard Schrickler zum 70. Geburtstag, München 2005, S. 689 ff. (zit.: *Götting*, FS Schrickler)

Götting, Horst Peter, Wettbewerbsrecht, München 2005

Götting, Horst Peter/Nordemann, Axel (Hrsg.), UWG Handkommentar, Baden-Baden 2010 (zit.: *Götting/Nordemann/Bearbeiter*, UWG)

Haase, Martin, Die unlautere Wettbewerbshandlung nach der UWG-Reform, zu den normativen Leitlinien des neuen Lauterkeitsrechts unter besonderer Berücksichtigung des Verbrauchers als Schutzobjekt, Hamburg 2006, zugl.: Münster, Univ., Diss., 2006

Harte-Bavendamm, Henning/Henning-Bodewig, Frauke (Hrsg.), Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), mit Preisangabenverordnung, München 2004 (zit.: *Harte/Henning/Bearbeiter*, UWG 2004)

Harte-Bavendamm, Henning/Henning-Bodewig, Frauke (Hrsg.), Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), mit Preisangabenverordnung, 2. Auflage, München 2009 (zit.: *Harte/Henning/Bearbeiter*, UWG)

Heermann, Peter W./Hirsch, Günter, Münchner Kommentar zum Lauterkeitsrecht Band 1: Grundlagen des Wettbewerbsrechts, Internationales Wettbewerbs- und Wettbewerbsverfahrensrecht, Europäisches Gemeinschaftsrecht - Grundlagen und sekundärrechtliche Maßnahmen, §§ 1 - 4 UWG, 2. Auflage, München 2006 (zit.: *MüKo-UWG/Bearbeiter*)

Heermann, Peter W., Die Erheblichkeitsschwelle i. S. des § 3 UWG-E, in: GRUR 2004, 94 ff.

Hefermehl, Wolfgang, Der Anwendungsbereich des Wettbewerbsrecht, in: Festschrift für Hans Carl Nipperdey zum 60. Geburtstag, Berlin und München 1955, S. 283 ff. (zit.: *Hefermehl*, FS Nipperdey)

Hefermehl, Wolfgang/Köhler, Helmut/Bornkamm, Joachim, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb UWG, Preisangabenverordnung, Unterlassungsklagegesetz, 24. neu bearbeitete Auflage, München 2006 (zit.: *Hefermehl/Köhler/Bornkamm*, UWG 2006)

Hefermehl, Wolfgang/Köhler, Helmut/Bornkamm, Joachim, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb UWG, Preisangabenverordnung, Unterlassungsklagegesetz, 25. neu bearbeitete Auflage, München 2007 (zit.: *Hefermehl/Köhler/Bornkamm*, UWG 2007)

Henning-Bodewig, Frauke, Neuorientierung von § 4 Nr. 1 und 2 UWG?, in: WRP 2006, 621 ff.

Henning-Bodewig, Frauke, Das neue Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, in: GRUR 2004, 713 ff.

Henning-Bodewig, Frauke/Schricker, Gerhard, Stellungnahme des Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Patent-, Urheber- und Wettbewerbsrechts zum Grünbuch zum Verbraucherschutz in der EU KOM (2002) 531 endg., in: GRUR Int 2002, 320, 319 ff.

Hübschle, Wolfgang, Wettbewerbsrechtliche Abwehransprüche gegen die unternehmerische Betätigung der öffentlichen Hand, in: Gewerbearchiv 2000, 186 ff.

Isele, Jan-Felix, Von der „Wettbewerbshandlung“ zur „geschäftlichen Handlung“: Hat die „Änderung der Voreinstellung“ ausgedient?, in: GRUR 2009, 727 ff.

Isele, Jan-Felix, Update: Bearbeitungsfehler im Massengeschäft - „Änderung der Voreinstellung II“, in: GRUR 2010, 309 ff.

Jacobs, Rainer/Lindacher, Walter F./Teplitzky, Otto (Hrsg.), UWG Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, Großkommentar, Berlin 2005 (zit.: *UWG Großkommentar/Bearbeiter*)

Jagow, Carl von, Sind Verstöße gegen lebensmittelrechtliche Vorschriften lauterkeitsrechtlich immer relevant?, in: Festschrift für Ulf Doepner zum 65. Geburtstag, München 2008, S. 21 ff. (zit.: *von Jagow*, FS Doepner)

Keck, Stefan, Wettbewerbsverstöße durch Rechtsbruch, Regensburg, Univ., Diss., 2005

Keßler, Jürgen, UWG und Verbraucherschutz - Wege und Umwege zu, Recht der Marktkommunikation, in: WRP 2005, 264 ff.

Köhler, Helmut/Bornkamm, Joachim, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb UWG, Preisangabenverordnung, Unterlassungsklagegesetz, 28. neu bearbeitete Auflage, München 2010 (zit.: *Köhler/Bornkamm*, UWG)

Köhler, Helmut, „Wettbewerbshandlung“ und „Geschäftspraktiken“, Zur richtlinienkonformen Auslegung des Begriffs der Wettbewerbshandlung und zu seiner Definition im künftigen UWG, in: WRP 2007, 1393 ff.

Köhler, Helmut, Wettbewerbsverstoß durch rechtswidrigen Marktzutritt, in: GRUR 2001, 777 ff.

Köhler, Helmut, Der Rechtsbruchtatbestand im neuen UWG, in: GRUR 2004, 381 ff.

Köhler, Helmut, „Täter“ und „Störer“ im Wettbewerbs- und Markenrecht - Zur BGH-Entscheidung „Jugendgefährdende Medien bei eBay“, in: GRUR 2008, 1 ff.

Köhler, Helmut, Wettbewerbsrecht im Wandel: Die neue Rechtsprechung zum Tatbestand des Rechtsbruchs, in: NJW 2002, 2761 ff.

Köhler, Helmut, Das neue UWG, in: NJW 2004, 2121 ff.

Köhler, Helmut, Konkurrentenklage gegen die Verwendung unwirksamer Allgemeiner Geschäftsbedingungen? in: NJW 2008, 177 ff.

Köhler, Helmut, Vom deutschen zum europäischen Lauterkeitsrecht - Folgen der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken für die Praxis, in: NJW 2008, 3032 ff.

Köhler, Helmut, Wettbewerbsrechtliche Grenzen der Betätigung kommunaler Unternehmen, in: WRP 1999, 1205 ff.

Köhler, Helmut, Zur richtlinienkonformen Auslegung und Neuregelung der „Bagatellklausel“ in § 3 UWG, in: WRP 2008, 10 ff.

Köhler, Helmut, Die UWG-Novelle 2008, in: WRP 2009, 109 ff.

Köhler, Helmut, Unzulässige geschäftliche Handlungen bei Abschluss und Durchführung eines Vertrags, in: WRP 2009, 898 ff.

Köhler, Helmut/Piper, Henning, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb mit Preisangabenverordnung, 3. Auflage, München 2002 (zit.: *Köhler/Piper, UWG*)

Kotthoff, Jost/Mechel, Astrid/Klippel, Diethelm/Plass, Gunda/Ekey, Friedrich L., Heidelberger Kommentar zum Wettbewerbsrecht, 2. Auflage, Heidelberg 2005 (zit.: *HK-UWG/Bearbeiter*)

Kühl, Kristian, Strafrecht Allgemeiner Teil, 6. neu bearbeitete Auflage, München 2008

Kulka, Michael, Der Entwurf eines „Ersten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb“ in: Der Betrieb 2008, 1548 ff. (zit.: *Kulka, DB*)

Lehmmler, Lutz, UWG - Kommentar zum Wettbewerbsrecht, Neuwied 2007 (zit.: *Lehmmler, UWG*)

Leistner, Matthias, Richtiger Vertrag und unlauterer Wettbewerb - Eine grundlagenorientierte Studie unter besonderer Berücksichtigung der europäischen Perspektive, Tübingen 2007, zugl.: München, Univ., Habil.-Schr., 2006

Lettl, Tobias, Das neue UWG, in: GRUR-RR 2009, 41 ff.

Lettl, Tobias, Gemeinschaftsrecht und neues UWG, in: WRP 2004, 1079 ff.

Lettl, Tobias, Der Schutz der Verbraucher nach der UWG-Reform, in: GRUR 2004, 449 ff.

Lettl, Tobias, Wettbewerbsrecht, München 2009

Mann, Rüdiger, Die wettbewerbsrechtliche Beurteilung von unwirksamen Allgemeinen Geschäftsbedingungen, in: WRP 2007, 1035 ff.

Mees, Hans-Kurt, Wettbewerbsverletzungen durch vorangegangenen Normenverstoß - Gedanken zur Entscheidung des OLG Frankfurt am Main - Tarifvertragsverstoß, in: Festschrift für Fritz Traub zum 65. Geburtstag, Frankfurt am Main 1994, S. 275 ff. (zit.: *Mees, FS Traub*)

Mees, Hans-Kurt, Zum Erfordernis der Spürbarkeit bei Wettbewerbsverletzungen durch Normverstöße, in: Festschrift für Ralf Vieregge zum 70. Geburtstag am 6. November 1995, Berlin, New York 1995, S. 617 ff. (zit.: *Mees, FS Vieregge*)

Micklitz, Hans W./Keßler, Jürgen, Funktionswandel des UWG, in: WRP 2003, 919 ff.

Nordemann, Axel/Nordemann, Jan Bernd/Nordemann, Wilhelm, Wettbewerbsrecht Markenrecht, 10. Auflage, Baden-Baden 2004

Ohly, Ansgar, Bausteine eines europäischen Lauterkeitsrechts - Zugleich Besprechung von Jochen Glöckner, Europäisches Lauterkeitsrecht, in: WRP 2008, 177 ff.

Ohly, Ansgar, Das neue UWG - Mehr Freiheit für den Wettbewerb?, in: GRUR 2004, 889 ff.

Ohly, Ansgar, Das Herkunftslandprinzip im Bereich vollständig angeglichenen Lauterkeitsrechts - Überlegungen zur Binnenmarktsklausel der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken und zum BGH-Urteil „Arzneimittelwerbung im Internet“, in: WRP 2006, 1401 ff.

Oppermann, Bernd H./Müller, Sandra, Wie verbraucherfreundlich muss das neue UWG sein? - Eine Synopse lauterkeitsrechtlicher Instrumente, in: GRUR 2005, 280 ff.

Oppermann, Thomas/Classen, Claus Dieter/Nettesheim, Martin, Europarecht - Ein Studienbuch, 4. vollständig neu bearbeitete Auflage, München 2009

Otto, Stefanie, Allgemeininteressen im UWG - § 2 S. 2 UWG und die wettbewerbsfunktionale Auslegung, Frankfurt am Main 2007, zugl.: Berlin, Freie Univ., Diss., 2007

Pagenkopf, Martin, Einige Betrachtungen zu den Grenzen für privatwirtschaftliche Betätigung der Gemeinden - Grenzen für die Grenzzieher?, in: Gewerbearchiv 2000, 177 ff.

Piper, Henning/Ohly, Ansgar/Sosnitza, Olaf, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb mit Preisangabenverordnung, 5. neu bearbeitete Auflage, München 2010 (zit.: Piper/Ohly/Sosnitza, UWG)

Palandt, Otto (Begr.), Bürgerliches Gesetzbuch 69. neu bearbeitete Auflage, München 2010 (zit.: Palandt/Bearbeiter, BGB)

Poppen, Mathias, Der Wettbewerb der öffentlichen Hand, Grundlagen und Grenzen unter besonderer Berücksichtigung des § 4 Nr. 11 UWG, Hamburg 2007, zugl.: Osnabrück, Univ., Diss., 2007

Quack, Friedrich, Vom Beitrag des unlauteren Wettbewerbs zur Entwicklung des Wirtschaftsverwaltungsrecht, in: Lebendiges Recht, Von den Sumerern bis zur Gegenwart, in: Festschrift für Reinhold Trinkner zum 65. Geburtstag, Heidelberg 1995, S. 265 ff. (zit.: Quack, FS Trinkner)

Reichardt, Vanessa, Der Verbraucher und seine variable Rolle im Wirtschaftsverkehr, 2008, zugl.: Freiburg, Univ., Diss., 2007

Rittner, Fritz/Kulka, Michael, Wettbewerbs- und Kartellrecht, 7. völlig neu bearbeitete Auflage, Heidelberg, München, Landsberg, Berlin 2008

Sack, Rolf, Die lückenfüllende Funktion der Sittenwidrigkeitsklauseln, in: WRP 1985, 1 ff.

Sack, Rolf, Das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden und die Moral als Bestimmungsfaktoren der guten Sitten, in: NJW 1985, 761 ff.

Sack, Rolf, Die wettbewerbsrechtliche Durchsetzung arbeitsrechtlicher Normen, in: WRP 1998, 682 ff.

Sack, Rolf, Gesetzswidrige Wettbewerbshandlungen nach der UWG-Novelle, in: WRP 2004, 1307 ff.

Sambuc, Thomas, Bezirksgruppe Südwest, GRUR 2007, 307.

Schaffert, Wolfgang, Der durch § 4 Nr. 11 UWG bewirkte Schutz der Mitbewerber, in: Festschrift für Eike Ullmann, Saarbrücken 2006, S. 845 ff. (zit.: Schaffert, FS Ullmann)

Scherer, Inge, Marktverhaltensregeln im Interesse der Marktbeteiligten - Funktionsorientierte Ausrichtung des neuen Rechtsbruchtatbestandes in § 4 Nr. 11 UWG, in: WRP 2006, 401 ff.

Scherer, Inge, Die „wesentliche Beeinflussung“ nach der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken, in: WRP 2008, 708 ff.

Scherer, Inge, Lauterkeitsrecht und Leistungsstörrungsrecht: Veränderung des Verhältnisses durch § 2 I Nr. 1 UWG?, in: WRP 2009, 761 ff.

Scherer, Inge, Die „Verbrauchergeneralklausel“ des § 3 II 1 UWG - eine überflüssige Norm, in: WRP 2010, 586 ff.

Schricker, Gerhard, Gesetzesverletzung und Sittenverstoß, München, Univ., Habil.-Schr., 1970

Schricker, Gerhard, Hundert Jahre Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb - Licht und Schatten, in: GRUR Int 1996, 473 ff.

Schricker, Gerhard/Henning-Bodewig, Frauke, Elemente einer Harmonisierung des Rechts des unlauteren Wettbewerbs in der Europäischen Union, in: WRP 2001, 1367 ff.

Schwacke, Peter, Juristische Methodik mit Techniken der Fallbearbeitung, 4. neu bearbeitete Auflage, Stuttgart 2003

Seichter, Dirk, Der Umsetzungsbedarf der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken, in: WRP 2005, 1087 ff.

Sosnitza, Olaf, Der Gesetzentwurf zur Umsetzung der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken, in: WRP 2008, 1014 ff.

Sosnitza, Olaf, Das Koordinatensystem des Rechts des unlauteren Wettbewerbs im Spannungsfeld zwischen Europa und Deutschland - Zum Regierungsentwurf zur Reform des UWG vom 9. 5. 2003, in: GRUR 2003, 739 ff.

Sosnitza, Olaf, Die Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken - Voll- oder Teilharmonisierung? in: WRP 2006, 1 ff.

J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen/[6,1] - Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche: Art 1, 2, 50 - 218 EGBGB (Inkrafttreten, Verhältnis zu anderen Vorschriften, Übergangsvorschriften), Berlin 2005 (zit.: *Staudinger/Bearbeiter*, EGBGB)

Steinbeck, Anja, Der Beispielskatalog des § 4 UWG - Bewährungsprobe bestanden, in: GRUR 2008, 848 ff.

Steinbeck, Anja, Anmerkung zu der Entscheidung „Atemtest“, BGH WRP 2005, 1161, in: WRP 2005, 1351 ff.

Steinbeck, Anja, Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken: Irreführende Geschäftspraktiken - Umsetzung in das deutsche Recht, in: WRP 2006, 632 ff.

Stober, Rolf, Neuregelung des Rechts der öffentlichen Unternehmen, in: NJW 2002, 2357 ff.

Stolterfoht, Joachim N., Der Wettbewerbsrichter als Verwaltungsjurist, Erwägungen zum Vorsprung durch Rechtsbruch, in: Beiträge zum Wirtschafts- und Handelsrecht, in: Festschrift für Fritz Rittner zum 70. Geburtstag, München 1991, S.695 ff. (zit.: *Stolterfoht*, FS Rittner)

Streinz, Rudolf (Hrsg.), EUV/EGV - Vertrag über die Europäische Union und Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, München 2003 (zit.: *Streinz/Bearbeiter*)

Tettinger, Peter J., Rechtsschutz gegen kommunale Wettbewerbsteilnahme' in: NJW 1998, 3473 ff.

Terhechte, Jörg Philipp, Die ungeschriebenen Tatbestandsmerkmale des europäischen Wettbewerbsrechts, Baden-Baden 2004, zugl.: Bielefeld, Univ., Diss., 2003

Tilmann, Winfried, Gesetzesverstoß und § 1 UWG, in: WRP 1987, 293 ff.

Ullmann, Eike (Hrsg.), Juris Praxiskommentar UWG, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, 2. Auflage, Saarbrücken 2009 (zit.: Ullmann jurisPK-UWG/Bearbeiter)

Ullmann, Eike, Das Koordinatensystem des Rechts des unlauteren Wettbewerbs im Spannungsfeld von Europa und Deutschland, in: GRUR 2003, 817 ff.

Ulmer, Eugen, Wandlungen und Aufgaben im Wettbewerbsrecht, in: GRUR 1937, 769 ff.

Ungern-Sternberg, Joachim von, Wettbewerbsbezogene Anwendung des § 1 UWG und normzweckgerechte Auslegung der Sittenwidrigkeit, in: Festschrift für Willi Erdmann zum 65. Geburtstag, Köln, München u. a. 2002, S. 741 ff. (von *Ungern-Sternberg*, FS Erdmann)

Walter, Axel von, Rechtsbruch als unlauteres Marktverhalten, Tatbestand und Anwendungsbereich des § 4 Nr. 11 UWG in Abgrenzung zur Fallgruppe „Vorsprung durch Rechtsbruch“, Tübingen 2007, zugl.: München, Univ., Diss., 2007

Weber, Thomas, Unlauterer Wettbewerb durch Rechtsbruch und Vertrauensschutz – *causa finita?*, in: Festschrift für Ulf Doepner zum 65. Geburtstag, München 2008, S. 69 ff. (zit.: *Weber*, FS Doepner)

Woitkewitsch, Christopher, Konkurrentenabmahnung wegen fehlerhafter AGB - Anmerkung zu OLG Hamburg, GRUR-RR 2007, 287 - Horse Equipe, in: GRUR-RR 2007, 257 ff.

Zippelius, Reinhold, Juristische Methodenlehre, 9. Auflage, München 2005

Einleitung und Gang der Darstellung

Der Rechtsbruchtatbestand in § 4 Nr. 11 UWG ist ein aus dem Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) herausragender Tatbestand im wörtlichen Sinn. Er stellt die Rechtsgrundlage dar für wettbewerbsrechtliche Sanktionen wie Unterlassung, Beseitigung, Schadensersatz und Gewinnabschöpfung, wenn eine Norm außerhalb des UWG von einem Marktteilnehmer missachtet wird, deren vorgesehener Zweck mit dem Schutzbereich des UWG übereinstimmt. Das UWG schützt Marktteilnehmer vor unlauteren geschäftlichen Handlungen und dadurch auch die Allgemeinheit in ihrem Interesse an einem lauterem Wettbewerb.

Der Rechtsbruchtatbestand wurde durch die Reform des UWG im Jahr 2004 gesetzlich normiert, nachdem er sich über viele Jahrzehnte als richterrechtliche Fallgruppe entwickelt hatte. Die vorliegende Arbeit versucht, die auslegungsbedürftigen Tatbestandsmerkmale des Rechtsbruchtatbestandes dogmatisch zu begründen, mit dem Ziel das Verständnis und damit die praktische Anwendung zu erleichtern. Dabei werden insbesondere die unionsrechtlichen Bezüge des § 4 Nr. 11 UWG herausgearbeitet, die sich daraus ergeben, dass der Gesetzgeber die Richtlinie 2005/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Mai 2005 über unlautere Geschäftspraktiken (UGP-Richtlinie)¹ innerhalb des UWG umgesetzt hat. Insbesondere soll gezeigt werden, inwiefern sich der Anwendungsbereich des Rechtsbruchtatbestandes in Folge der Umsetzung der UGP-Richtlinie im Verhältnis zwischen Unternehmen und Verbrauchern vom Anwendungsbereich im Verhältnis zwischen Unternehmen unterscheidet.

¹ Richtlinie 2005/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Mai 2005 über unlautere Geschäftspraktiken im binnenmarktinternen Geschäftsverkehr zwischen Unternehmen und Verbrauchern und zur Änderung der Richtlinie 84/450/EWG des Rates, den Richtlinien 97/7/EG, 98/27/EG und 2002/65/EG des Europäischen Parlaments und des Rates sowie der Verordnung (EG) Nr. 2006/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates (Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken), Amtsblatt der Europäischen Union L 149/22.

Zur Untersuchung des Rechtsbruchtatbestandes werden zunächst wichtige Begriffe des Rechts des unlauteren Wettbewerbs im Allgemeinen zu erläutern sein (1. Kapitel). Als Basis für die dogmatische Begründung des Rechtsbruchtatbestandes ist es darüber hinaus unverzichtbar, die Entwicklung der Fallgruppe bis hin zur Kodifizierung des Rechtsbruchtatbestandes in § 4 Nr. 11 UWG aufzuzeigen. Denn die Auseinandersetzung mit der Neukonzeption des Rechtsbruchtatbestandes erfordert nicht nur den aktuellen Bezug zum Unionsrecht sondern setzt auch die Kenntnis der verschiedenen Strömungen in der Vergangenheit voraus, die die zentrale Frage beantworten sollten, wann ein Verstoß gegen eine Norm außerhalb des UWG wettbewerbsrechtlich relevant wird. Die wichtigsten Impulse, die zur Neukonzeption des § 4 Nr. 11 UWG geführt haben, werden dargestellt (2. Kapitel).

Schließlich wird die aktuelle Rechtslage zu § 4 Nr. 1 UWG begutachtet. Zur Einordnung des Rechtsbruchtatbestandes in die Systematik des UWG werden die Folgen der Umsetzung der UGP-Richtlinie in den Schutzbereich des UWG dargestellt (3. Kapitel). Anschließend werden die Tatbestandsmerkmale des § 4 Nr. 11 UWG einzeln untersucht (4. Kapitel) und die Ergebnisse anhand von Beispielen erläutert (5. Kapitel) und zusammengefasst (6. Kapitel).

1. Kapitel: Einführung

Der Rechtsbruchtatbestand ist seit der Reform 2004 in § 4 Nr. 11 des Gesetzes gegen den Unlauteren Wettbewerb (UWG) geregelt. In unmittelbarer Verbindung mit seiner Untersuchung stehen die im UWG verwendeten Begriffe Wettbewerb und Unlauterkeit, die zunächst betrachtet werden. Darüber hinaus sollen einführend die unterschiedlichen Bezeichnungen für den heutigen Rechtsbruchtatbestand während seiner Entwicklung als richterrechtlich anerkannte Fallgruppe des § 1 UWG a. F. dargestellt werden.

I. Wettbewerb

Das UWG verwendet den Begriff des Wettbewerbs, ohne ihn zu definieren. Im Gegensatz zu anderen Gesetzen, die sich mit der Wettbewerbsordnung im weiteren Sinn befassen, hat sich das UWG darauf spezialisiert, das Verhalten von Personen, die auf dem Markt agieren, rechtlich zu beurteilen². Dabei wird vorausgesetzt, dass wirtschaftlicher Wettbewerb grundsätzlich nur stattfindet, wenn jeder Marktteilnehmer die Freiheit hat, sich auf dem Markt als Anbieter oder Nachfragender zu betätigen³. Weder in den Rechtswissenschaften noch in den Wirtschaftswissenschaften existiert eine allumfassende Definition des Phänomens Wettbewerb. Für den hier relevanten Anwendungsbereich des UWG kommt es insbesondere auf das Verhalten von Personen an, das in seiner Gesamtheit den Wettbewerb ausmacht. Deshalb beschränkt man sich in der Regel darauf, zu beschreiben, welches Verhalten diesem Phänomen typischerweise zugrunde liegt, wohl wissend, dass damit nur einem Teilaspekt des Begriffes Rechnung getragen wird. Wolfgang **Hefermehl** definierte den Wettbewerb als Streben, das zu gewinnen, was ein anderer zur gleichen Zeit zu gewinnen strebt⁴. Aus diesem Streben ergibt sich ein kompetitives Verhalten von Anbietern und Nachfragenden, das charakteristisch und gleichzeitig

2 Götting/Nordemann/Götting, UWG, Einleitung, Rz. 2.

3 Piper/Ohly/Sosnitza, Einf A, Rz. 20.

4 Hefermehl, FS Nipperdey, 1955, S. 283 (290).

konstitutiv für den Wettbewerb ist. Folglich ist ein kompetitives Verhalten für sich gesehen niemals wettbewerbswidrig⁵.

Um sich gegenüber den anderen Marktteilnehmern hervorzuheben, versucht ein Unternehmer in der Regel, seine Geschäftsidee stetig zu verbessern, neue Produkte oder Dienstleistungen zu entwickeln, Herstellungsmethoden seiner Produkte zu optimieren, die Vermarktung zu fördern und einen Vorteil im Wettbewerb dadurch zu erlangen, dass er zu möglichst vielen Geschäftsabschlüssen kommt. Dieser stetige Antrieb sorgt dafür, dass der Wettbewerb der Motor des Fortschritts und der Innovation ist⁶. Daraus ergeben sich die Vielfalt und die Verschiedenheit der Angebote und der Nachfrage. Das Wettbewerbsrecht ist dementsprechend in besonderer Weise von Flexibilität und Veränderung geprägt. Diese Flexibilität erfordert und entsteht erst durch die Handlungsfreiheit der Akteure. Die Handlungsfreiheit ist untrennbar mit der Freiheit der Akteure verbunden, über ihr Verhalten auf dem Markt und im Wettbewerb zu entscheiden.

1. Austausch- und Parallelverhältnis

In der rechtswissenschaftlichen Literatur wird das Phänomen des Wettbewerbs als Austausch- und Parallelverhältnis beschrieben⁷. Die Voraussetzung für den Wettbewerb ist ein Markt. Dabei handelt es sich um eine öffentliche Plattform, auf der sich Personen begegnen, die Waren und Dienstleistungen gegen Geld austauschen wollen. Der Kontakt zwischen Anbietern und Abnehmern erfolgt mit den Mitteln der unternehmerischen Kommunikation⁸.

Sobald eine Ware von mehreren Anbietern angeboten wird oder eine Ware von mehreren Personen nachgefragt wird, entsteht eine Konkurrenzsituation und damit ein Wettbewerbsverhältnis. Das Konkurrenzverhältnis entsteht, weil ein Geschäftsabschluss auf jeder Seite nur von einem Anbieter und einem Nachfrager erreicht werden kann⁹. Dabei konkurrieren nicht nur die Anbieter gleicher Waren, sondern

5 MüKo-UWG/*Sosnitza*, Grundl, Rz. 12.

6 *Beater*, § 2 Rz. 13.

7 *Harte/Henning/Schünemann*, UWG, § 1, Rz. 22 ff.

8 *Micklitz/Kessler*, GRUR Int 2002, 885 (899); *Scherer*, WRP 2008, 708 (710).

9 *Köhler/Bornkamm* UWG, Einl UWG, Rz. 1.1.

auch Anbieter substituierbarer Güter¹⁰. Zum Beispiel kann sich ein Verbraucher, wenn er ein Geschenk sucht, zwischen einer Kette und einer Uhr entscheiden. So stehen die Anbieter von Ketten und Uhren in Konkurrenz um einen Geschäftsabschluss.

Das hauptsächliche Ziel oder der Gegenstand des Wettbewerbs ist also, durch eine geschäftliche Handlung einen Geschäftsabschluss herbeizuführen¹¹. Um den Geschäftsabschluss konkurrieren auf der einen Seite die verschiedenen Anbieter. Auf der Gegenseite konkurrieren die verschiedenen Abnehmer untereinander ebenfalls um den aus ihrer Sicht günstigsten Geschäftsabschluss. Das Konkurrenzverhältnis jeweils zwischen Anbietern und Abnehmern wird als Parallelverhältnis bezeichnet. Sobald sich zwei Marktteilnehmer zu einem Geschäft geeinigt haben, entsteht zwischen den Vertragsparteien das so genannte Vertikal- oder Austauschverhältnis¹². Dabei werden Leistung und Gegenleistung zwischen einem Anbieter und einem Abnehmer ausgetauscht. Im Gegensatz zum Parallelverhältnis besteht im Austauschverhältnis keine Konkurrenz mehr um einen Geschäftsabschluss, sondern es werden konträre Interessen verfolgt. Es ist somit kein Wettbewerbsverhältnis, sondern in der Regel ein Vertragsverhältnis. Der Anbieter hat ein Interesse an der Gegenleistung für seine Ware oder Dienstleistung, der Abnehmer hat Interesse an der Ware oder Dienstleistung. Trotz der Unterteilung der Verhältnisse stehen beide Prozesse in einem interdependenten Wesenszusammenhang¹³. Die Beziehungen zwischen Anbietern und Nachfragenden beeinflussen wechselseitig den Wettbewerb zwischen den Anbietern untereinander und umgekehrt ebenso unter den Abnehmern oder Nachfragenden¹⁴.

2. Verzicht auf Wettbewerbstheorien

Die juristische Auseinandersetzung mit der Materie durch den Gesetzgeber und die Rechtsprechung ist geprägt von einer

10 Köhler/Bornkamm, UWG, Einl UWG, Rz. 1.9.

11 Köhler/Bornkamm, UWG, Einl UWG, Rz. 1.10; Scherer, WRP 2006, 401 (404); Scherer, WRP 2008, 708 (710).

12 Harte/Henning/Schünemann, UWG, § 1, Rz. 22; Köhler/Bornkamm, UWG, Einl UWG, Rz. 1.10.

13 Harte/Henning/Schünemann, UWG, § 1, Rz. 23.

14 Köhler/Bornkamm, UWG, Einl UWG, Rz. 1.10; Scherer, WRP 2006, 401 (404); Scherer, WRP 2008, 708 (710).

rechtsstaatlichen und gesetzestechnischen Herangehensweise¹⁵. Wettbewerbstheoretische Fragestellungen aus der Volks- und Betriebswirtschaftslehre werden dazu nicht herangezogen. Zum Teil wird dies in der Literatur bedauert, denn bei der Auslegung von Gesetzen des Wettbewerbsrechts nach ihrer Funktion, ihrer Reichweite und Bedeutung wäre ein sozio-ökonomischer Kontext äußerst hilfreich¹⁶. Ein einheitlicher Kontext ist jedoch nicht vorherrschend¹⁷. Das Phänomen Wettbewerb wird in den Wirtschaftswissenschaften unter ganz verschiedenen theoretischen Aspekten betrachtet¹⁸. Hinzu kommt, dass Gesetzgebung zusätzlich von politischen Entscheidungen dominiert wird, die mit juristischen Mitteln umgesetzt werden müssen¹⁹. Weder der deutsche, noch der europäische Gesetzgeber haben sich deshalb in ihrer Wettbewerbspolitik ausdrücklich einer Wettbewerbstheorie angeschlossen, die ihre politische Gestaltungsfreiheit eingrenzen könnte²⁰. Wenn in den Gesetzesbegründungen theoretische Ausführungen zugrunde gelegt werden, werden diejenigen Argumente herangezogen, die das jeweilige gesetzgeberische Ziel am besten stützen. Einer weiterreichenden Konsequenz ist der Gesetzgeber dabei nicht verpflichtet.

II. Lauterkeit

Der Begriff des Wettbewerbs vereint alle Erscheinungsformen der Konkurrenzverhältnisse auf dem Markt, egal ob sie erwünscht, also lauter sind, oder rechtlich unerwünscht, also unlauter sind. Mit den Mitteln des UWG soll lauterer Verhalten geschützt und unlauteres Verhalten sanktioniert werden²¹. Das UWG enthält keine Definition des Begriffs, jedoch viele seit der Reform 2004 gesetzlich geregelte Beispiele unlauteren Verhaltens, was dem früheren sittenwidrigen Verhalten aus

15 Harte/Henning/Schünemann, UWG, § 1, Rz. 21, 27.

16 Micklitz/Keßler, WRP 2003, 919 (927, 935); vgl. zur Auslegung, Ergänzung und Berichtigung von Gesetzen allgemein Zippelius, S. 42 ff.

17 Piper/Ohly/Sosnitza, UWG, Einf A, Rz. 18, m. w. N.

18 Vgl. dazu kurzer Überblick bei Harte/Henning/Schünemann, UWG, § 1, Rz. 28 ff., sowie umfassend bei Leistner, S. 11 ff.

19 Vgl. dazu BT-Drucks. 15/1487, S. 32: „In Zeiten, in denen der Verbraucher nur zögerlich zum Konsum bereit ist, sollten der deutschen Wirtschaft nicht von vornherein Wege zur gezielten Kundenwerbung versperrt werden, ...“

20 Harte/Henning/Schünemann, UWG, § 1, Rz. 46 f.

21 Götting/Nordemann/Götting, UWG, Einleitung, Rz. 2.

dem UWG von 1909 gleichzusetzen ist²². Was im Einzelnen unlauter ist, ist den Tatbeständen des UWG zu entnehmen, gegebenenfalls ergänzt durch seine jeweils aktuelle Auslegung in der deutschen und europäischen Rechtsprechung.

III. Rechtsbruch

Der Begriff des Rechtsbruchs im Wettbewerbsrecht bedeutet allgemein, dass ein Marktteilnehmer sich nicht an Recht und Gesetz hält, obwohl er dazu verpflichtet ist. Welche rechtlichen Konsequenzen daraus aus dem UWG erwachsen, wird seit langem in Frage gestellt²³. Die Rechtsfigur hat sich im Laufe der Zeit nachhaltig verändert²⁴.

1. Bezeichnung vor und nach der UWG-Reform 2004

Der Tatbestand des Rechtsbruchs hat sich über viele Jahre in der Rechtsprechung als Fallgruppe der Generalklausel in § 1 UWG a. F. entwickelt²⁵. Unter dem Schlagwort „Rechtsbruch“ bzw. „Vorsprung durch Rechtsbruch“ wurden Sachverhalte wettbewerbsrechtlich daraufhin untersucht, ob ein Verstoß gegen geltendes Recht in Form von Verträgen oder Vorschriften vorlag und dadurch der lautere Wettbewerb beeinträchtigt wurde.

Seit 2004 ist diese Fallgruppe im UWG neu konzipiert und in § 4 Nr. 11 UWG gesetzlich normiert. Seitdem werden die darin zusammengefassten Tatbestandsmerkmale als „Rechtsbruchtatbestand“ bezeichnet.

2. Von der Fallgruppe zum kodifizierten Tatbestand

Wettbewerbsregelnde Gesetze müssen abstrakt genug sein, um die immer neuen sich herausbildenden Geschäftspraktiken zu umfassen. Andererseits müssen sie konkret genug sein, um für Rechtssicherheit und damit auch für Chancengleichheit zu sorgen²⁶. Die Rechtsklarheit gebietet es, dass der Gesetzgeber wenigstens die wichtigsten Tatbestände kodifiziert²⁷. Es muss unter Einbeziehung der aktuellen Rechtsprechung

22 Harte/Henning/Schünemann, UWG, § 3, Rz. 114 ff.

23 Harte/Henning/von Jagow, UWG, § 4, Rz. 3.

24 Gloy/Loschelder/Erdmann/Hasselblatt, § 58, Rz. 3.

25 Piper/Ohly/Sosnitza, UWG, § 4 Nr. 11, Rz. 11/3; Götting, FS Schrickler, S. 689 (690 ff.).

26 von Ungern-Sternberg, FS Erdmann, S. 741 (750).

27 Schrickler, GRUR Int 1996, 473 (479).

und den Normen des UWG ungefähr voraussehbar sein, ob eine Handlung unlauter ist oder nicht. Wegen des ständigen wirtschaftlichen und sozialen Wandels kann der Gesetzgeber nicht alle denkbaren Fallgestaltungen vorhersehen und mit speziellen Regelungen erfassen²⁸. Daher bietet sich die Regelungstechnik der Generalklauseln in Verbindung mit Spezialtatbeständen an²⁹. Damit ist eine flexible Anpassung des Rechts an wirtschaftliche und soziale Gegebenheiten möglich³⁰. Seit der Novellierung des UWG im Jahr 2004 ist der Rechtsbruchtatbestand § 4 Nr. 11 UWG gesetzlich normiert. Vorher bildete er eine von der Rechtsprechung spezifizierte Fallgruppe innerhalb der Generalklausel § 1 UWG a. F. Die Elektroarbeiten-Entscheidung des BGH³¹ stellt eine Wende der vorangegangenen Rechtsprechung dar³². Der Leitsatz wurde im Gesetzgebungsverfahren für die neue Kodifizierung herangezogen³³. Der Rechtsbruchtatbestand ist in § 4 Nr. 11 UWG abstrakt formuliert. Er hebt hervor, dass nicht jeder Normenverstoß zugleich eine unlautere Wettbewerbshandlung darstellt. Nur solche Gesetze, die dazu bestimmt sind, Interessen der Marktteilnehmer zu regeln, sind geeignet, den Rechtsbruchtatbestand zu erfüllen.

Zu bedenken ist, dass auch eine noch so gut vorbereitete und ausgearbeitete Gesetzesvorlage erst durch eine sachkundige Interpretation und Anwendung auf den eigentlichen Lebenssachverhalt ihren Zweck erfüllen kann.

3. Aktuelle Rechtslage

Der Rechtsbruchtatbestand nach § 4 Nr. 11 UWG ist ein Beispielstatbestand einer unlauteren Wettbewerbshandlung nach § 3 UWG³⁴. Verstößt eine geschäftliche Handlung gegen eine gesetzliche Vorschrift, die auch dazu bestimmt ist, das Marktverhalten im Interesse der Marktteilnehmer zu regeln, so können ein klageberechtigter Verband,

28 Gloy/Loschelder/Erdmann/Erdmann, § 3, Rz. 3.

29 Ackermann, S. 1; Götting/Nordemann/Wirts, UWG, § 3, Rz. 19.

30 Henning-Bodewig, GRUR 2004, 713 (715); Schönemann, WRP 2004, 925 (929).

31 BGH GRUR 2002, 825 ff. - Elektroarbeiten.

32 Götting/Nordemann/Ebert-Weidenfeller, UWG, § 4 Nr. 11, Rz. 11.5.

33 BT-Drucks. 15/1487 S. 19.

34 Harte/Henning/Keller, UWG, Einl A, Rz. 34.

eine Einrichtung oder die Industrie-, Handels- oder Handwerkskammern nach § 8 Abs. 3 Nr. 2-4 UWG im Klageweg die Beseitigung und Unterlassung der geschäftlichen Handlung beanspruchen. Dabei genügt es für eine Klage, dass nach § 8 Abs. 1 S. 2 UWG eine Zuwiderhandlung droht. Zusätzlich dazu kann eine vorsätzliche unlautere geschäftliche Handlung dazu führen, dass der unlauter Handelnde den dadurch erzielten Gewinn nach § 10 Abs. 1 UWG an den Bundeshaushalt herausgeben muss. Mitbewerber des unlauter Handelnden können selber direkt gemäß § 8 Abs. 3 Nr. 1 i. V. m. Abs. 1 und § 9 UWG die Unterlassung oder Beseitigung der Handlung und Schadensersatz einklagen.

2. Kapitel: Rechtshistorische Entwicklung

Die Rechtsprechung und die Lehre haben sich in der Vergangenheit mit wichtigen Fragen auseinander gesetzt, die sich daraus ergeben, dass sich der Schutzzweck des UWG und der Zweck einer Norm außerhalb des UWG überschneiden. Die Beantwortung dieser Fragen änderte sich nicht nur im Laufe der Zeit, jeweils in Abhängigkeit davon, wie die Schutzzwecke ausgelegt wurden, sondern war auch zwischen der Rechtsprechung und Lehre zum Teil äußerst umstritten. Durch die Kodifizierung hat der Gesetzgeber einige Fragen ausdrücklich beantwortet, andere offen gelassen und wiederum neue Fragestellungen aufgeworfen. Sie finden sich in der aktuellen Debatte über die Anwendung des § 4 Nr. 11 UWG wieder. Die Auseinandersetzung mit der Neukonzeption des Rechtsbruchtatbestandes setzt somit voraus, dass zunächst die Rechtslage vor der Kodifizierung betrachtet wird³⁵. Denn eine Bewertung der neuen Rechtslage kann nur erfolgen, wenn sie mit der Rechtsentwicklung, an deren Ende der Ausgangspunkt für die Neukonzeption steht, in Bezug gesetzt wird.

35 Fezer/Götting, UWG § 4-11, Rz. 18.

I. Rechtsgrundlage § 1 im UWG von 1909

1909 trat das erste UWG in Kraft³⁶. Es regelte das Recht des unlauteren Wettbewerbs mit einigen Änderungen bis zur Novellierung des UWG im Jahr 2004³⁷. Unlautere Wettbewerbshandlungen wurden als sittenwidrig und damit unzulässig geahndet. An der Spitze des Gesetzes stand erstmals die Generalklausel, die bis zur Reform des UWG 2004 in § 1 UWG a. F. und nun in § 3 UWG n. F. niedergelegt ist. Die Generalklausel verbot es, zu Zwecken des Wettbewerbs Handlungen vorzunehmen, die gegen die guten Sitten verstießen³⁸. Zunächst sah der Gesetzgeber nur den Schutz der Wettbewerber voreinander als Ziel der Vorschriften an³⁹. Deshalb gestaltete er das Gesetz im Sinne eines deliktsrechtlichen Konkurrentenschutzes aus⁴⁰. Andere Schutzbereiche wie das Interesse der Allgemeinheit an einem lauterem Wettbewerb oder weitere am Wettbewerb beteiligte Personen, wie Verbraucher oder zum Beispiel unerfahrene Jugendliche, wurden vom Wettbewerbsrecht nicht tangiert. Der Rechtsbruchtatbestand als Fallgruppe war anfangs nicht bekannt. Seine gesetzliche Grundlage war jedoch mit der Schaffung der Generalklausel schon gelegt. Die tatsächliche Ausgestaltung, die Voraussetzungen und die Kasuistik mussten sich erst durch die Rechtsprechung und die Lehre entwickeln.

II. Rechtsprechung des Reichsgerichts zur Fallgruppe Vorsprung durch Rechtsbruch

In den Jahren 1911 bis 1945 begann das Reichsgericht durch seine Rechtsprechung den Rechtsbruchtatbestand als Fallgruppe im Rahmen des unlauteren Wettbewerbs nach § 1 UWG a. F. zu entwickeln. Aus den in der Folge dargestellten Sachverhalten wird deutlich, welche rechtlichen Konsequenzen sich in der Vergangenheit ergeben haben, wenn sich Marktteilnehmern anders verhielten, als es ihnen aus Vertrag oder durch Gesetz vorgeschrieben war.

36 MüKo-UWG/Sosnitza, Vor § 1 UWG, Rz. 11.

37 Harte/Henning/Keller, UWG, Einl A, Rz. 2.

38 Hefermehl, FS Nipperdey, S. 283 (284).

39 Hefermehl, FS Nipperdey, S. 283 (284 f.); Beater, FS Erdmann, S. 513 (518, 522 f.).

40 Fezer/Fezer, UWG, § 1 Rz. 37.

1. Handel mit Arzneimitteln (Drogenhandlung)

a) Entscheidung

Erstmals über den Tatbestand des Rechtsbruchs entschied das Reichsgericht im Jahr 1911⁴¹. Ein Apotheker aus Bremen klagte gegen den Inhaber einer Drogerie auf Unterlassung des Verkaufs von Waren, die gemäß der „Kaiserlichen Verordnung vom 22. Oktober 1901 betreffend den Verkehr von Arzneimitteln“ nur in Apotheken verkauft werden durften. Das Reichsgericht lehnte einen Anspruch des Apothekers ab. Eine ein gesetzliches Verbot verletzende Handlung verstoße noch nicht schlechthin gegen die guten Sitten. Das Reichsgericht führte aus, dass selbst eine beharrliche Zuwiderhandlung gegen gewerbepolizeiliche Vorschriften nach der allgemeinen sittlichen Volksanschauung nicht gegen das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden verstoße⁴². Denn mit dem Gesetzesverstoß sei lediglich ein Delikt gemeingefährlichen Charakters begangen worden. Die Vorschrift bezwecke den Schutz der Allgemeinheit vor Gesundheitsgefahren durch den Vertrieb durch unsachkundige Stellen, sowie den Bezug guter Arzneimittel⁴³.

b) Stellungnahme

Das Reichsgericht stellte in der Entscheidung auf den Zweck der Vorschrift ab und verglich diesen mit dem Schutzzweck des UWG. Das UWG sollte Konkurrenten untereinander schützen, die „Kaiserliche Verordnung vom 22. Oktober 1901 betreffend den Verkehr von Arzneimitteln“ bezweckte den Schutz der Allgemeinheit.

2. Preisbindung

a) Entscheidung

Der Verstoß gegen Preisbindungssysteme wurde hingegen vom Reichsgericht als sittenwidrig bewertet. Der Entscheidung aus dem Jahr

41 RGZ 77, 217 ff. - Drogenhandlung.

42 RGZ 77, 217 (220) - Drogenhandlung.

43 RGZ 77, 217 (221) - Drogenhandlung.

1916⁴⁴ lag folgender Sachverhalt zugrunde: Die Klägerin stellte Zigaretten her. Zum Schutz gegen Preisunterbietungen im Kleinhandel legte sie unter Androhung einer Vertragsstrafe einen festen Preis für Kleinabnehmer fest. Der Preis wurde auf den Endprodukten verzeichnet. Die Beklagte erhielt die Ware über Zwischenhändler und verkaufte die Zigaretten wissentlich unter dem vereinbarten Mindestpreis an Kleinabnehmer weiter. Das Reichsgericht führte in seinem Urteil dazu aus: Wenn ein Erwerber wisse, dass die Ware, ein mit einer Preisangabe versehener Markenartikel, auf dem Wege eines Vertragsbruchs erlangt worden sei, so mache er sich regelmäßig an diesem Vertragsbruch durch den Erwerb mitschuldig. Er nütze ihn planmäßig zu seinem Vorteil und zur Schädigung aller vertragstreuen Mitbewerber aus und erlange auf diese Weise einen rechtswidrigen Vorsprung⁴⁵.

b) Stellungnahme

Aus dieser Entscheidung geht hervor, dass der Rechtsbruch als sittenwidriges Verhalten eine subjektive Komponente beinhaltet. Es wurde vorausgesetzt, dass der Konkurrent sich wissentlich und absichtlich rechtswidrig verhielt, mit dem Ziel, sich gegenüber der Konkurrenz einen Vorteil zu verschaffen. Mit dieser Entscheidung wurde der Gedanke des ungerechtfertigten Vorsprungs (durch Vertragsbruch) festgeschrieben. Er bezog sich anfangs nur auf wettbewerbsregelnde Vorschriften und sollte sich später auf eine Vielzahl von Normen ausweiten.

3. Bewachungsgewerbe

a) Entscheidung

Erstmals bejahte das Reichsgericht 1927⁴⁶ einen Wettbewerbsverstoß durch Rechtsbruch einer außerwettbewerblichen Norm⁴⁷. Der Entscheidung lag folgender Fall zugrunde: Der Inhaber eines geschäftlichen Unternehmens für Ermittlungen und Bewachung von

44 RGZ 88, 9 ff.

45 RGZ 88, 9 (11).

46 RGZ 117, 16 ff. - Bewachungsgewerbe.

47 Schaffert, FS Ullmann, S. 845 (846).

Häusern bezahlte seine Arbeitnehmer unter dem allgemein verbindlich geltenden Tariflohn. Durch diese Ersparnis bei den Lohnkosten entstand ihm ein Vorsprung, denn er konnte seine Leistungen wegen dieses Rechtsbruchs zu einem niedrigeren Preis als die Konkurrenzunternehmer anbieten. Das Reichsgericht stellte fest, dass es sittenwidrig sei, wenn ein Vorsprung eines Konkurrenten gegenüber den gesetzestreuen Mitbewerbern aufgrund einer Handlung erfolgt sei, die ein rechtswidriges Verhalten darstelle⁴⁸.

b) Stellungnahme

Die Handlung, die in dieser Entscheidung als unlauter bewertet wurde, war die untertarifliche Bezahlung der Arbeitnehmer. Hätte der Unternehmer die Ersparnis nicht dazu verwendet, seine Dienstleistungen billiger als seine Konkurrenten an die Abnehmer anzubieten, sondern selber als Gewinn verbucht, hätte sich das Verhalten nicht auf den Wettbewerb ausgewirkt. Dadurch erweiterte das Reichsgericht seinen Konkurrentenschutz auch auf vorgelagerte Handlungen, sofern sie sich kausal in einem planmäßigen Wettbewerbsvorsprung niederschlagen⁴⁹.

4. Makler-Fachgruppe⁵⁰

a) Entscheidung

Im Jahr 1941 lag dem Reichsgericht ein Fall zur Entscheidung vor, der einen möglichen Rechtsbruch durch einen Verstoß gegen eine öffentlich-rechtliche Norm betraf. Der Entscheidung lag folgender Sachverhalt zugrunde: Dem Beklagten wurde wegen Unzuverlässigkeit die Ausübung seines Gewerbes als Darlehensvermittler und Immobilienmakler polizeilich verboten. Gleichwohl setzte er seine Tätigkeit in dem Gewerbe fort. Die Polizei schritt trotz mehrerer Anzeigen nicht gegen das Verhalten ein. Das Reichsgericht führte dazu aus, dass ein Verstoß gegen ein polizeiliches Verbot dann sittenwidrig und wettbewerbswidrig sei, wenn das Verbot selber einer sittlichen Auffassung Ausdruck verleihe. Sofern eine Vorschrift lediglich aus Gründen staatlicher Zweckmäßigkeit – zur

48 RGZ 117, 16 (22) - Bewachungsgewerbe.

49 Fezer/Götting, UWG, § 4-11, Rz. 5.

50 RG GRUR 1941, 280 ff.

Verhütung möglicher Gefährdungen allgemeiner Belange – erlassen sei, würde allein das den Vorwurf sittenwidrigen Verhaltens nicht begründen. Da der Beklagte im Fall weder einen ungerechtfertigten Vorteil gegenüber gesetzestreuen Mitbewerbern ausnutze, noch die Polizei dagegen einschreite, sei der Tatbestand des § 1 UWG nicht erfüllt⁵¹.

b) Stellungnahme

Wie in der zu erst dargestellten Entscheidung Drogenhandlung⁵² stellte das Reichsgericht auch hier den Zweck der außerwettbewerbsrechtlichen Norm in den Vordergrund. Er deckte sich nach Ansicht der Richter nicht mit dem Schutzzweck des UWG, Konkurrenten im Wettbewerb voreinander zu schützen. Zwar mag ein Konkurrent dadurch beeinträchtigt sein, dass andere Anbieter die gleiche Dienstleistung wie er anbieten, obwohl sie keine öffentlich-rechtliche Erlaubnis dafür haben. Die Erlaubnis oder das Verbot eines Gewerbes haben aber nicht den Zweck, die Zahl der Konkurrenten zu regeln und damit für mehr oder weniger Wettbewerb zu sorgen. Die Reglementierung soll sich nicht auf die Konkurrenzsituation auswirken, sondern die Allgemeinheit vor unzuverlässigen Anbietern schützen.

Neben der Frage, welche Verstöße gegen welche Vorschriften relevant sind, berührt die Entscheidung einen weiteren Themenkreis, der bis heute in der Diskussion präsent ist. Dabei geht es um die Frage, ob behördliches Handeln einen Einfluss auf die wettbewerbsrechtliche Beurteilung hat⁵³. Aus dem Untätigbleiben der Polizei schöpfte das Reichsgericht damals zumindest ein zusätzliches Argument dafür, dass der Verstoß nicht als sittenwidrig beurteilt wurde.

5. Zusammenfassung

Die Rechtsprechung des Reichsgerichts zur Fallgruppe Rechtsbruch nach § 1 UWG ist als restriktiv zu bewerten. Nicht jedes rechtswidrige Verhalten unterlag dem Vorwurf der Sittenwidrigkeit. Der Schutzbereich des Gesetzes musste mit dem engen Schutzbereich des UWG, nämlich dem ausschließlich deliktsrechtlich angelehnten Konkurrentenschutz,

51 RG GRUR 1941, 280 (282).

52 Vgl. dazu 2. Kapitel II. 1.

53 Vgl. dazu 4. Kapitel V. 4.

übereinstimmen. Die Belange der Allgemeinheit wurden pauschal aus dem Schutzbereich ausgegrenzt. Es wurde ein kausaler Zusammenhang zwischen dem Verhalten des Konkurrenten und dem bezweckten Vorteil im Wettbewerb gefordert. Außerdem musste das Handeln von einer planmäßigen Vorteilerzielungsabsicht getragen sein.

III. Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes

Nach dem 2. Weltkrieg knüpfte der BGH zunächst an die Rechtsprechung des Reichsgerichts an⁵⁴ und entwickelte sie weiter.

1. Unterscheidung zwischen wertneutralen und wertbezogene Normen

Der Zweck einer Norm wurde in den Vordergrund der Prüfung gerückt. Die Entscheidung Makler-Fachgruppe⁵⁵ bildete die Grundlage für die spätere jahrelang befolgte höchstrichterliche Unterscheidung zwischen dem Verstoß gegen wertneutrale Normen einerseits und wertbezogene Normen andererseits⁵⁶. Letztere wurden in zwei Untergruppen eingeteilt, nämlich in sittlich fundierte Normen einerseits und in schlicht wertbezogene Normen andererseits. Ein Verstoß gegen wertbezogene Normen für sich gesehen wurde direkt als relevant für den lautereren Wettbewerb angesehen⁵⁷. Als wertbezogene Normen galten solche, die ein Verhalten verhindern sollten, das dem sittlichen Empfinden der Allgemeinheit widersprach, oder die zum Schutz wichtiger Gemeinschaftsgüter sowie insbesondere zur Regelung wettbewerbsrechtlicher Zielsetzungen erlassen wurden⁵⁸. Als wertneutral galten Normen, die als bloße Ordnungsvorschriften ohne Regelungszweck für den geschäftlichen Verkehr erlassen wurden⁵⁹.

2. Wettbewerbsvorsprung

Die Fallgruppe Vorsprung durch Rechtsbruch setzte voraus, dass ein Normverstoß einen Wettbewerbsvorsprung mit sich brachte⁶⁰. In der

54 Götting, FS Schrickler, S. 689 (691); Fezer/Götting, UWG, § 4-11, Rz. 6.

55 RG GRUR 1941, 280 ff.; vgl. 2. Kapitel II. 4.

56 Köhler/Bornkamm, UWG, § 4, Rz. 11.2; Gloy/Loschelder/Erdmann/Hasselblatt, § 58, Rz. 4.

57 Köhler, NJW 2002, 2761.

58 Harte/Henning/von Jagow, UWG, § 4 Nr. 11, Rz. 5.

59 Harte/Henning/von Jagow, UWG, § 4 Nr. 11, Rz. 6.

60 Harte/Henning/von Jagow, UWG, § 4 Nr. 11, Rz. 7.

Entscheidung Blumenverkauf an Tankstellen⁶¹ führte der BGH aus, dass ein sachlich gerechtfertigter Wettbewerbsvorsprung nur angenommen wurde, wenn ein Wettbewerber gegen eine Vorschrift verstieß, an die seine Konkurrenten ebenso gebunden waren⁶². Dieses Erfordernis ist unter dem Begriff der Schrankengleichheit⁶³ oder *par conditio concurrentium*⁶⁴ bekannt. Gemeint sind damit Normen, die alle Mitbewerber gleichsam befolgen müssen, da sie darauf ausgelegt sind, gleiche wettbewerbsrechtliche Ausgangslagen für Mitbewerber zu schaffen. Daraus folgte, dass ein Wettbewerbsvorsprung nicht gegeben war, wenn zwar alle Mitbewerber gleichermaßen an eine Vorschrift gebunden waren, diese aber von allen Mitbewerbern missachtet wurde⁶⁵.

3. Subjektive Merkmale: Planmäßiger Verstoß mit Vorteilserzielungsabsicht

Ein bloßer Verstoß gegen wertneutrale Normen wurde als wettbewerbsrechtlich nicht relevant angesehen. Erst wenn weitere subjektive Umstände hinzutraten, wie etwa, dass der Verstoß bewusst und planmäßig und nicht nur gelegentlich erfolgt war⁶⁶, wurde der Rechtsbruchtatbestand bejaht⁶⁷. Erforderlich war, dass der Unternehmer oder Konkurrent die sittenwidrigkeitsbegründenden Umstände kannte oder mit der Möglichkeit rechnete, dass solche Umstände vorliegen könnten, und er sich bewusst der Kenntnis darüber verschloss⁶⁸.

4. Zusammenfassung

Einschränkend setzte sich durch, dass nur Verstöße gegen Vorschriften in Frage kamen, die für alle Konkurrenten verbindlich sind. Ein Vertragsbruch konnte somit den Rechtsbruch nicht begründen. Insgesamt führte die Rechtsprechung des BGH zur Fallgruppe Vorsprung durch Rechtsbruch zu einer Ausweitung des Anwendungsbereichs. Zwar kam

61 BGH WRP 1996, 1020 - Blumenverkauf an Tankstellen.

62 BGH WRP 1996, 1020 (1023) - Blumenverkauf an Tankstellen.

63 Köhler/Piper, UWG 2002, Einl. Rz. 788; Gloy/Loschelder/Erdmann/Hasselblatt, § 58, Rz. 24.

64 Harte/Henning/von Jagow, UWG, § 4 Nr. 11, Rz. 8; v. Walter, S. 27.

65 Harte/Henning/von Jagow, UWG, § 4 Nr. 11, Rz. 8.

66 BGH GRUR 1957, 558 (559) - Bayern-Express; BGH GRUR 1960, 240 (243) - Süßbier II; BGH GRUR 1982, 615 (617) - Flughafen-Verkaufsstellen; BGH WRP 1996, 1020 (1023) - Blumenverkauf an Tankstellen.

67 BGH GRUR 1991, 769 (771) - Honoraranfrage; Harte/Henning/von Jagow, UWG, § 4 Nr. 11, Rz. 9.

68 Sack, WRP 1985, 1; Mees, FS Traub, S. 275 (276).

es bei der Bewertung, ob ein Rechtsbruch gegeben ist, weiterhin auf den Schutzzweck der verletzten Norm an, allerdings wurde der Schutzbereich des UWG insgesamt ausgeweitet. Neben dem Konkurrentenschutz wurde der Schutz der Allgemeinheit in den Schutzbereich des § 1 UWG a. F. einbezogen.

In diesem Sinne wandelte sich die Rechtsprechung parallel zum Wandel des Wettbewerbsverständnisses. Über den Rechtsbruch wurde eine Vielzahl von Gesetzesverstößen nun auch wettbewerbsrechtlich sanktioniert. Dieser Richtungswandel vom Konkurrentenschutz zum Allgemeinheitsschutz und seine Folgen für die Anwendung der Fallgruppe Rechtsbruch wurden in der Literatur kontrovers diskutiert.

IV. Wichtige Impulse zur Fallgruppe Vorsprung durch Rechtsbruch durch die Lehre

Die schrittweise Änderung der obersten Rechtsprechung⁶⁹ erfolgte nicht losgelöst von wichtigen Beiträgen in der Literatur, wodurch sich wiederum wichtige Anstöße für die Rechtspraxis und den Gesetzgeber ergaben.

1. Erweiterung des Schutzbereichs

Die Erweiterung des Schutzzwecks wurde in der Literatur schon seit dem Anfang der 30er Jahre thematisiert. Eugen **Ulmer** beschrieb einen Wandel der Schutzrichtung des Wettbewerbsrechts vom deliktsrechtlichen Individualschutz hin zum Schutz von Konkurrenten untereinander, der Gesamtheit der Mitbewerber und dem Interesse der Allgemeinheit⁷⁰. Auch Wolfgang **Hefermehl** beobachtete, dass die soziale Wirkung des Wettbewerbs über die Interessen des Einzelnen und der Gesamtheit der Mitbewerber hinausgehe. Der Wettbewerb berühre im gleichen Maße die Interessen der Verbraucher und damit der gesamten Wirtschaft. Das Wettbewerbsrecht habe somit nicht nur den Interessen der Mitbewerber zu dienen, sondern auch denen der Allgemeinheit und der Wahrung des Rechtsfriedens⁷¹.

69 Vgl. dazu 2. Kapitel V.

70 *Ulmer*, GRUR 1937, 769 (772); *Fezer/Fezer*, UWG, § 1, Rz. 41.

71 *Hefermehl*, FS Nipperdey, S. 283 (286).

2. Normzwecktheorie

Die theoretische Grundlage für die Einteilung von Vorschriften nach ihrem Zweck geht auf Gerhard **Schricker** zurück⁷². Er entwickelte 1970 die so genannte Normzwecktheorie oder Schutzzwecktheorie⁷³. Er zog dabei für den Umgang mit der Fallgruppe Vorsprung durch Rechtsbruch Parallelen zum allgemeinen Deliktsrecht. Bei der Anwendung von § 823 Abs. 2 S.1 BGB ist anerkannt, dass ein Schutzgesetz eine Norm ist, die gerade auch dazu dienen soll, den Einzelnen oder einzelne Personenkreise gegen die Verletzung ihrer Rechtsgüter zu schützen. Dass daneben auch andere Ziele, zum Beispiel der Schutz der Allgemeinheit, verfolgt werden, schadet nicht⁷⁴. Das Lauterkeitsrecht ist hinsichtlich seiner Entstehung und seines Aufbaus mit dem Deliktsrecht verwandt. Schricker folgte für den Rechtsbruch, dass entsprechend dort nur ein Verstoß gegen eine Norm relevant sei, die zumindest teilweise eine Schutzrichtung des UWG bediene⁷⁵. Dabei sei der Schutzzweck des jeweiligen zu untersuchenden Gesetzes in dreifacher Hinsicht am Schutzzweck des UWG zu messen, nämlich in persönlicher, sachlicher und funktioneller Hinsicht⁷⁶.

Ergänzend hielt Schricker am Gedanken des Vorsprungs durch Rechtsbruch fest, der schon seit den zwanziger Jahren in der Rechtsprechung und Lehre überwiegend anerkannt war und auf das Leistungsprinzip und den Gleichheitsgedanken zurückgeführt wurde⁷⁷. Diesen zog er insbesondere bei Gesetzesverstößen durch Handlungen heran, die nicht mit der Normzweckmethode zu erfassen waren. Dabei handelt es sich um Gesetze, die nur im Entferntesten mit dem Wettbewerbsrecht in Verbindung gebracht werden. Sobald ein Wettbewerber durch die Missachtung einer solchen Norm einen Wettbewerbsvorsprung gegenüber einem gesetzestreuen Mitbewerber erlange, stelle dies einen unlauteren Rechtsbruchtatbestand dar⁷⁸.

⁷² Fezer/Götting, UWG, § 4-11, Rz. 8 f.

⁷³ Schricker, Gesetzesverletzung und Sittenverstoß.

⁷⁴ Palandt/Sprau, BGB, § 823, Rz. 57.

⁷⁵ Schricker, Gesetzesverletzung und Sittenverstoß, S. 252.

⁷⁶ Schricker, Gesetzesverletzung und Sittenverstoß, S. 252 ff.

⁷⁷ Schricker, Gesetzesverletzung und Sittenverstoß, S. 261.

⁷⁸ Schricker, Gesetzesverletzung und Sittenverstoß, S. 260 ff.

3. Kritik an der Unterteilung zwischen wertneutralen und werthaltigen Normen

Die Kategorisierung der Normverstöße gegen wertneutrale und werthaltige Vorschriften innerhalb der Fallgruppe Vorsprung durch Rechtsbruch nach § 1 UWG wurde von der wettbewerbsrechtlichen Kommentarliteratur zunächst wohlwollend begleitet⁷⁹. Es meldeten sich aber auch kritische Stimmen zu Wort. Als willkürlich wurde zum Teil die Zuordnung der Normen als werthaltig oder wertneutral empfunden⁸⁰. Denn die sittlich ethische Fundierung wurde lediglich behauptet, jedoch nicht belegt⁸¹. Beispielsweise hatte sich gezeigt, dass bei den Entscheidungen zur Preisangabenverordnung der BGH von einer wertneutralen Vorschrift ausging, während einige Oberlandesgerichte sie als sittlich fundiert eingeordnet hatten⁸². In der Zwischenzeit war allerdings der Verbraucherschutz gesetzlich in die Vorschriften der Preisangabenverordnung aufgenommen worden⁸³.

4. Konkurrenz zwischen Öffentlichem Recht und Wettbewerbsrecht

Als unüberschaubar wurden die Ausuferung des Rechtsbruchs und die sich daraus ergebende Kompetenzüberschreitung der Wettbewerbsgerichte in Zuständigkeitsbereiche des Öffentlichen Rechts kritisiert⁸⁴. Die Frage, ob eine Handlung eines Wettbewerbers unlauter ist, wurde und wird häufig aufgeworfen, wenn öffentlich-rechtliche Vorschriften missachtet werden. Dabei kann es sich beispielsweise um Verstöße gegen das Gewerberecht, Umweltrecht, Sozialrecht oder Bauplanungsrecht handeln. In den Jahren 1981-1995 fällte der I. Zivilsenat des BGH circa 200 Entscheidungen darüber, was ein Drittel aller Entscheidungen in dieser Materie darstellte⁸⁵.

79 Doepner, FS Helm, S. 47 (49); Fezer/Götting, UWG, § 4-11, Rz. 8;

Gloy/Loschelder/Erdmann/Hasselblatt, § 58, Rz. 6.

80 Schrickler, Gesetzesverletzung und Sittenverstoß, S. 275; Fezer/Götting, UWG, § 4-11, Rz. 8;

Gloy/Loschelder/Erdmann/Hasselblatt, § 58, Rz. 6.

81 Stolterfoth, FS Rittner, S.695 (704); Doepner, FS Helm, S. 47 (53); Böhler, S. 102.

82 Götting, FS Schrickler, S. 698 (699).

83 Stolterfoth, FS Rittner, S.695 (704) m. w. N.; Sack, WRP 1998, 682 (684).

84 Fezer/Götting, UWG, § 4-11, Rz. 10; Gloy/Loschelder/Erdmann/Hasselblatt, § 58, Rz. 1; Götting, FS Schrickler, S. 698 (693); Doepner, FS Helm, S. 47 (49).

85 Quack, FS Trinkner, S. 265 (268).

a) Kommunalrechtliches Wirtschaftsverwaltungsrecht

Besonders umstritten waren in diesem Zusammenhang die Entscheidungen zu kommunalrechtlichen Vorschriften über die wirtschaftliche Betätigung von Gemeinden⁸⁶. Fraglich war, ob privaten Unternehmen überhaupt und wenn ja, dann vor welchem Gericht Rechtsschutz zustehen sollte, wenn sie Zweifel an der Rechtmäßigkeit des Marktzutritts kommunaler Wirtschaftsunternehmen wegen eines Verstoßes gegen kommunalrechtliche Vorschriften hatten⁸⁷.

Als Voraussetzung für einen öffentlich-rechtlichen Unterlassungsanspruch wurde angenommen, dass die Vorschriften nach der Schutznormtheorie als drittschützend auszulegen waren⁸⁸.

Voraussetzung für eine wettbewerbsrechtliche Entscheidung war zunächst, ob nicht nach § 13 GVG in Verbindung mit § 40 VwGO die Verwaltungsgerichte ausschließlich zuständig waren, da die streitentscheidende Norm aus dem öffentlichen Recht entstammte. Unterstellte man die Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte, indem man § 4 Nr.11 UWG als streitentscheidende Norm betrachtete, ergab sich daraus ein weiteres mittelbares Problem. Es musste geklärt werden, inwiefern der Wettbewerbsrichter in seiner Beurteilung der öffentlich-rechtlichen Norm an Prüfungsmodalitäten der Verwaltungsgerichte gebunden war, insbesondere bei der Frage, ob nach Ansicht der Verwaltung von der Norm ein drittschützendes subjektiv-öffentliches Recht ausging.

Unabhängig von einer möglichen Bindung an verwaltungsrechtliche Entscheidungen stellte sich die Frage, ob öffentlich-rechtliche Vorschriften nur den Marktzutritt oder auch das Marktverhalten oder sogar beides regelten und wie sich ein Verstoß auf die Fallgruppe Vorsprung durch Rechtsbruch nach § 1 UWG a. F. auswirkte.

b) Vorwürfe

Den Wettbewerbsgerichten wurde insgesamt vorgeworfen, dass sie weder die Zuständigkeit noch die Sachkompetenz besäßen, um über den

86 § 107 GO NW, § 102 GO BW, Art. 87 BayGO; § 85 GO RhPf; § 71 ThürKO.

87 Pagenkopf, GewArch 2000, 177 (184); a. A. Hübschle, GewArch 2000, 186 (189).

88 Hübschle, GewArch 2000, 186 (187); BVerfG 27, 297 (307); BVerwGE 98, 118 (120).

Verstoß einer öffentlich-rechtlichen Norm zu entscheiden⁸⁹. Denn die ordentlichen Gerichte würden verkennen, dass die Verwaltung nicht umsonst ein Entscheidungs- und Vollzugsermessen habe. Die Verwaltung könnte Erwägungen der Praktikabilität und der Verhältnismäßigkeit anstellen und so den Einzelfall und die Wirkungen im Ganzen abwägen. Nur so wäre eine sachgerechte und vernünftige Entscheidung zu treffen⁹⁰. Dass Vorschriften aus dem Öffentlichen Recht und dem Strafrecht von verschiedenen Gerichtsbarkeiten unterschiedlich angewandt würden, führte zu einer Gefährdung der Rechtssicherheit⁹¹. Ein weiterer Faktor, der die wettbewerbsgerichtlichen Entscheidungen negativ beeinflusse, sei die Besetzung der Wirtschaftskammern für Handelssachen. Diese sind mit Interessenvertretern der Privatwirtschaft besetzt, die ein gleichberechtigtes Stimmrecht neben den Berufsrichtern innehaben. Daraus ergebe sich ein Interessenkonflikt⁹².

Der Verwaltung wurde vorgeworfen, dass sie nicht in der Lage sei, für einen ausreichenden Rechtsschutz für Unternehmer zu sorgen⁹³. Es bestehe deshalb eine unbedingte Notwendigkeit, einen Rechtsschutz durch die ordentlichen Gerichte zu gewährleisten⁹⁴. Ulf **Doepner** diagnostizierte bei den Behörden schwerwiegende Vollzugsdefizite. Sie hätten in Spezialgebieten keine ausreichende Sachkompetenz. Zur Abklärung technischer oder naturwissenschaftlicher Fragen stünden keine ausreichenden finanziellen Mittel zur Verfügung. Schließlich schade die Möglichkeit der politischen Einflussnahme der Entscheidungsfindung⁹⁵.

c) Lösungsvorschläge

Die Lösungsvorschläge, wie der Konkurrenzkonflikt gelöst werden sollte, waren vielfältig und reichten von einer strikten Zuständigkeitstrennung⁹⁶ bis hin zu einer differenzierten Betrachtung aus zwei gleichberechtigten

89 *Pagenkopf*, GewArch 2000, 177 (183); *Quack*, FS Trinkner, S. 265 (278).

90 *Quack*, FS Trinkner, S. 265 (274).

91 *von Ungern-Sternberg*, FS Erdmann, S. 741 (750); *Götting*, FS Schrickler, S. 689 (700 f.).

92 *Pagenkopf*, GewArch 2000, 177 (183).

93 *Stober*, NJW 2002, 2357 (2365); *Gloy/Loschelder/Erdmann/Hasselblatt*, § 58, Rz. 33.

94 *Götting*, FS Schrickler, S. 689 (703); a. A. *Pagenkopf*, GewArch 2000, 177 (184).

95 *Doepner*, FS Helm, S. 47 (50).

96 *Pagenkopf*, GewArch 2000, 177 (183).

Perspektiven⁹⁷. Friedrich **Quack** schlug vor, dass die Zivilgerichte überhaupt nur dann tätig werden dürften, sofern ein nachhaltig verbreiteter und zweifelsfreier Rechtsbruch vorliege, der die Behörden überfordere⁹⁸. Joachim **Stolterfoth** schlug vor, eine möglicherweise verletzte Verwaltungsnorm nach ihrem Schutzzweck differenziert zu betrachten. Dabei seien der primäre und der sekundäre Zweck zu unterscheiden. Der primäre Zweck einer Verwaltungsnorm diene in den meisten Fällen nicht der wettbewerbsrechtlichen Zielsetzung, sondern etwa dem Schutz der Umwelt, der Volksgesundheit oder auch der geordneten Bauplanung⁹⁹. Zur Konkretisierung des Primärzwecks einer Norm seien grundsätzlich laut Stolterfoth allein die Fachbehörden und Verwaltungsgerichte berufen¹⁰⁰. Die Zivilgerichte seien in ihren Entscheidungen an eine gleichmäßig ausgeübte Rechtsanwendung der Verwaltung im Bezirk des Wettbewerbers gebunden¹⁰¹. Andererseits müssten die Wettbewerbsgerichte über den sekundären Normzweck entscheiden, sofern dieser wettbewerbsrechtlicher Natur sei.

Ebenfalls an den Normzweck anknüpfend schlug Helmut **Köhler** vor, das Ob und Wie der wirtschaftlichen Betätigung zu differenzieren¹⁰². Es gebe keinen Grund, Kommunen von einer wirtschaftlichen Betätigung im Wettbewerb auszuschließen. Im Gegenteil, sie seien sogar verpflichtet, bei der Erfüllung ihrer öffentlichen Aufgaben auf die Wirtschaftlichkeit ihres Handelns zu achten und ihre Ressourcen auszunutzen¹⁰³. Ob die wirtschaftliche Betätigung mit den öffentlichen Zwecken der Verwaltungstätigkeit vereinbar sei oder die sachgerechte Aufgabenerledigung beeinträchtige¹⁰⁴, falle in den Zuständigkeitsbereich der Gesetzgebung und Verwaltung, nicht aber der ordentlichen Gerichte¹⁰⁵. Diese sollten lediglich darüber urteilen, wie sich ein Unternehmer auf dem Markt verhalte. Etwas anderes gelte für solche Marktzutrittsregelungen, die gleichzeitig das Marktverhalten, also das

97 Doepner, FS Helm, S. 47 (62).

98 Quack, FS Trinkner, S. 265 (277).

99 Stolterfoth, FS Rittner, S. 695 (696).

100 Stolterfoth, FS Rittner, S. 695 (705).

101 Stolterfoth, FS Rittner, S. 695 (708).

102 Fezer/Götting, UWG, § 4-11, Rz. 25; a. A. Doepner, WRP 2003, 1292 (1298 ff.).

103 Köhler, WPR 1999, 1205 (1211); a. A. Götting, FS Schrickner, S. 689 (702).

104 Köhler, WPR 1999, 1205 (1212); BVerwG JZ 1989, 688 (689).

105 Köhler, GRUR 2001, 777 (778, 781).

„Wie“ regeln sollen. Diese Verbindung von Marktzutritts- und Marktverhaltensregeln finden sich zum Beispiel für bestimmte Tätigkeiten, die eine fest vorgeschriebene fachliche Qualifikation voraussetzen, wie die Tätigkeit als Arzt, Apotheker oder Rechtsanwalt¹⁰⁶. Bei diesen Vorschriften ist somit immer auch ein Wettbewerbsbezug gegeben. Ihr Verstoß kann wettbewerbsrechtlich sanktioniert werden¹⁰⁷.

5. Zusammenfassung und Stellungnahme

Die unterschiedlichen Ansichten machen deutlich, dass der Rechtsbruchtatbestand als ein wichtiges und kontroverses Thema innerhalb des Wettbewerbsrechts und vor allem auch innerhalb des Wirtschaftsverwaltungsrechts thematisiert wurde. Die aufgeführten Streitpunkte über die Anwendung der Fallgruppe Vorsprung durch Rechtsbruch haben sich teilweise durch die Kodifizierung des § 4 Nr. 11 UWG im Jahr 2004 erübrigt und werden deshalb in ihrer weit reichenden Vielfalt nicht weiter diversifiziert und gegeneinander abgewogen. Die lebhafte Diskussion mündete in eine Neuausrichtung der obersten Rechtsprechung.

V. Rechtsprechungsänderung des BGH

Ende der 1990er Jahre änderte der BGH seine Rechtsprechung zum Rechtsbruchtatbestand. Wichtige Entscheidungen wie TIAPRIDAL¹⁰⁸, Hormonpräparate¹⁰⁹ und Giftnotruf-Box¹¹⁰ ebneten dafür den Weg. Die Unterscheidung zwischen wertneutralen und wertbezogenen Normen wurde weitgehend aufgeweicht. Jedenfalls sollte fortan ein Verstoß gegen wertbezogene Normen außerhalb des Wettbewerbsrechts keinen Rechtsbruch indizieren. Dafür mussten weitere Umstände hinzu treten. Die missachtete Norm musste zumindest einen sekundären Wettbewerbsbezug aufweisen. Diese restriktivere Haltung des BGH wurde von denjenigen Kritikern begrüßt, die ein ausuferndes

106 Köhler, GRUR 2001, 777 (781); von Ungern-Sternberg, FS Erdmann, S. 741 (759).

107 Götting, FS Schrickler, S. 698 (696).

108 BGH GRUR 1998, 407 - TIAPRIDAL.

109 BGH GRUR 1999, 1128 - Hormonpräparate.

110 BGH WPR 2000, 170 - Giftnotruf-Box.

Wettbewerbsrecht mit Argwohn betrachteten¹¹¹. In seiner grundlegenden Abgasemissionen-Entscheidung¹¹² vom 11. 5. 2000 hat der BGH die Anforderungen an den Sittenverstoß durch Rechtsbruch revidiert. Er betonte, dass im Hinblick auf die Zielsetzung des § 1 UWG die Lauterkeit des Wettbewerbs im Interesse der Marktbeteiligten und der Allgemeinheit zu schützen sei. Der darin enthaltene Begriff der Sittenwidrigkeit sei wettbewerbsbezogen auszulegen¹¹³.

1. TIAPRIDAL¹¹⁴

Die TIAPRIDAL-Entscheidung des BGH aus dem Jahr 1997 wird in der Literatur als ein Schritt hin zur Rechtsprechungsänderung der obersten Rechtsprechung bewertet¹¹⁵. Der Rechtsstreit betraf das Arzneimittelrecht und im Einzelnen die Regelungen über die Zulassung eines Medikaments auf dem deutschen Markt. Um ein Medikament in Deutschland in den Verkehr bringen zu können, ist eine Registrierung erforderlich. Diese erlangt man in der Regel durch ein Zulassungsverfahren. Medikamente, die vor dem 1.1.1978 registriert wurden, gelten ohne ein weiteres Verfahren als fiktiv zugelassen.

a) Entscheidung

Die Parteien verkauften Medikamente gleicher Zusammensetzung, aber unterschiedlicher Bezeichnung. Die deutsche Klägerin war der Ansicht, die belgische Beklagte könne sich nicht – ohne ein eigenes Zulassungsverfahren in Deutschland anzustrengen – allein auf eine so genannte Änderungsanzeige nach § 29 Arzneimittelgesetz (AMG) berufen. Die Klägerin selber war ihrerseits in Besitz einer Registernummer nach der fiktiven Zulassung. Die Beklagte verwendete dieselbe Registernummer wie die Klägerin mit dem Hinweis auf die

111 *Sack*, WRP 1985, 1 (10 ff.); *Sack*, NJW 1985, 761 (768); *Tilmann*, WRP 1987, 293 (297 f.); *Stolterfoht*, FS Rittner, S. 695 ff.; *Mees*, FS Vieregge, S. 617 (625); *Quack*, FS Trinkner, S. 265 ff.; *Doepner*, WRP 2003, 1292.

112 BGHZ 144, 255 - Abgasemissionen = BGH GRUR 2000, 1076.

113 BGHZ 144, 255 (265) - Abgasemissionen.

114 BGH GRUR 1998, 407 - TIAPRIDAL.

115 *Steinbeck*, WRP 2005, 1351; *Dettmar*, S. 115.

identische Zusammensetzung der beiden darunter geführten Arzneimittel. Dies entsprach der gängigen Behördenpraxis¹¹⁶.

Der BGH entschied, dass der Beklagten aufgrund der Rechtslage im AMG kein anderes Verwaltungsverfahren als die Änderungsanzeige zur Verfügung stand. Vielmehr läge ein Verstoß gegen die europarechtliche Warenverkehrsfreiheit nach Art. 30 EGV vor, wenn von einem Ausländer im speziellen Fall ein umfangreicheres Zulassungsverfahren verlangt würde als von einem Inländer¹¹⁷. Der BGH verneinte im Ergebnis einen Wettbewerbsverstoß wegen Rechtsbruchs. Die Beklagte hatte nicht gegen das Arzneimittelgesetz verstoßen. Ob die Vorschriften des AMG nach der klassischen Unterteilung als werthaltig oder wertneutral galten, konnte offen bleiben. Der BGH bezog in dieser Entscheidung unabhängig von einem Gesetzesverstoß Stellung zur Rücksichtnahme zwischen Wettbewerbsgerichten und der Verwaltung. Innerhalb der wettbewerbsrechtlichen Prüfung müsse eine bestehende Verwaltungspraxis, auf die ein Wettbewerber vertrauen darf, berücksichtigt werden.

b) Stellungnahme

Die Entscheidung ist auch wegen ihres gemeinschaftsrechtlichen Einschlags interessant. Der Schutzbereich des lautereren Wettbewerbs erstreckt sich auf die Warenverkehrsfreiheit im europäischen Markt. Die Gerichte dürfen sich nicht zum Werkzeug von Wettbewerbern machen, die mit den Instrumenten des Lauterkeitsrechts protektionistische Ziele verfolgen.

2. Hormonpräparate¹¹⁸

Im Jahr 1998 wich der BHG von seiner bis dahin gefestigten Rechtsprechung ab. Der Grundsatz, dass ein Verstoß gegen wertbezogene Normen per se wettbewerbswidrig sei, ohne dass es der Feststellung weiterer Unlauterkeitselemente bedürfe, sollte nicht mehr uneingeschränkt gelten. Dem Rechtsstreit lag ein Verstoß gegen das

116 BGH GRUR 1998, 407 (409) - TIAPRIDAL.

117 BGH GRUR 1998, 407 (409) - TIAPRIDAL.

118 BGH GRUR 1999, 1128 - Hormonpräparate.

Heilmittelwerbegesetz (HWG) zugrunde. Die betroffenen Vorschriften §§ 4, 10 Abs. 2 HWG galten als werthaltig im Sinne von § 1 UWG a. F.

a) Entscheidung

Die Parteien stellten pharmazeutische Produkte her. In einer aggressiven publizistischen Kampagne einer Tierschutzorganisation wurde die Beklagte angeprangert, dass zur Herstellung ihres Produkts Tiere gequält würden. Patienten wurden zum Boykott aufgerufen. Als Ersatzprodukt wurde unter anderem ein entsprechendes pflanzliches Präparat der Klägerin empfohlen. Die Beklagte wies die erhobenen Vorwürfe als falsch zurück. Von rechtlichen Schritten sah sie ab. Sie sendete an niedergelassene Ärzte Merkblätter zur Weitergabe an deren Patienten. Ziel der Merkblätter war es, verunsicherte Patienten, die auf Empfehlung ihrer Ärzte das Präparat anwenden sollten oder schon verwendeten, über den wahren Sachverhalt aufzuklären. Dieses Verhalten wurde von der Klägerin als Verstoß gegen das HWG beanstandet¹¹⁹.

Der BGH entschied, dass im vorliegenden Fall trotz eines Verstoßes gegen das wertbezogene HWG kein Wettbewerbsverstoß nach § 1 UWG vorliege. Vorrangiges Ziel des Heilmittelwerbegesetzes sei es, das Publikum vor unrichtiger bzw. unsachlicher Beeinflussung in diesem heiklen Bereich zu bewahren¹²⁰. Diese Zielrichtung sei jedoch im Streitfall nur marginal berührt worden. Die Beklagte habe nach der Kampagne ein berechtigtes Interesse gehabt, sich gegen die erhobene Vorwürfe zu verteidigen. Eine darüber hinaus werbende Wirkung sei von dem Merkblatt nicht ausgegangen. Das Verhalten der Beklagten sei nach Inhalt, Form und Begleitumständen geboten, angemessen und notwendig gewesen¹²¹. Die geringe Gefahr der Beeinträchtigung des § 1 UWG a. F. konnte unter diesen Umständen des Einzelfalls nach der Prüfung des Gesamtverhaltens vernachlässigt werden.

b) Stellungnahme

Bei dieser Entscheidung ist hervorzuheben, dass hier der Zweck der Handlung des Wettbewerbers das Urteil maßgeblich beeinflusst hat. Die

119 BGH GRUR 1999, 1128 - Hormonpräparate.

120 BGH GRUR 1999, 1128 (1129) - Hormonpräparate.

121 BGH GRUR 1999, 1128 (1130) - Hormonpräparate.

Aufklärungskampagne der Beklagten erfüllte ebenso wie das HWG den Zweck, das Publikum vor unrichtiger oder unsachlicher Beeinflussung zu bewahren und die Patienten vor Verunsicherung zu schützen. Das HWG war laut ständiger Rechtsprechung wertbezogen und es lag ein Verstoß gegen das Gesetz vor. Trotzdem ist ein Verhalten, das einerseits einen Gesetzesverstoß verursacht hat, andererseits aber dem Schutzbereich desselben Gesetzes gerecht wird, im Einzelfall nicht für einen Rechtsbruchtatbestand geeignet. Fraglich ist, ob diese Erkenntnis auf andere Sachverhalte übertragen werden kann. Dann wäre aus heutiger Sicht eine pauschale Annahme eines Rechtsbruchtatbestandes auch dann nicht möglich, wenn ein eindeutiger Verstoß gegen eine wettbewerbsbezogene Norm vorliegt.

Es stellt sich die Frage, ob der Zweck einer geschäftlichen Handlung ein taugliches Kriterium zur Prüfung des Rechtsbruchtatbestandes ist. Für seine Berücksichtigung spricht der oben geschilderte Fall. Gewichtig gegen die Berücksichtigung des Zwecks einer Handlung spricht, dass es in der Praxis schwer bis unmöglich sein wird, die Intention des Handelnden zu beweisen. Es ist zu bedenken, dass sich dem Gericht in der obigen Entscheidung zweifellos aufdrängte, dass die Kampagne eine Reaktion auf ein vorangegangenes Verhalten war, das sich im Wettbewerb für die Beklagte negativ auswirkte. In anderen Fällen wäre es einem Richter nicht möglich, die behauptete Intention nachzuprüfen. Er müsste sie vermuten oder unterstellen. Mit einem weichen Kriterium wäre der Rechtsfindung nicht geholfen. Aus diesem Grund wurde bei der Reform des UWG auch auf ein subjektives Erfordernis im Sinne einer planmäßigen Schädigungsabsicht verzichtet¹²². Es hatte sich als Prüfungsmerkmal für den Rechtsbruchtatbestand nicht als aussagekräftig bewährt¹²³.

122 Sack, WRP 1985, 1.

123 Keck, S. 15; Ullmann, GRUR 2003, 827 (820).

3. Giftnotruf-Box¹²⁴

Der BGH entschied auch im Jahr 1999, dass unter Umständen ein Verstoß gegen eine wertbezogene Norm nicht zwangsläufig einen Verstoß gegen § 1 UWG bedeute¹²⁵.

a) Entscheidung

Der Entscheidung lag folgender Fall zugrunde: Die Landesberatungsstelle für Vergiftungserscheinungen fragte bei der beklagten Arzneimittelfirma an, sich an einem Forschungsprojekt betreffend Vergiftungsfällen bei Kindern zu beteiligen. In der Folge sollte zur Aufklärung und ersten Hilfe bei Vergiftungsunfällen für Privathaushalte mit Kindern ein Notfallset zusammengestellt werden. Die Beklagte gab im Rahmen einer Spende 25.000 Giftnotruf-Boxen an die Landesberatungsstelle ab, die sie wiederum an Kinderärzte zur kostenlosen Abgabe an Patienten weiterleitete. Die Klägerin sah darin einen Verstoß gegen die Apothekenpflicht nach §§ 43, 47 AMG.

Nach Ansicht des BGH handelte es sich dabei um wertbezogene Vorschriften, die dem Schutz der Gesundheit der Bevölkerung dienen¹²⁶. Der BGH urteilte, dass abweichend von der Regel trotz des Verstoßes gegen eine wertbezogene Norm eine Sittenwidrigkeit im Sinne des § 1 UWG nicht gegeben sei. Wegen der besonderen Umstände des Einzelfalls und der Prüfung des Gesamtverhaltens des Wettbewerbers scheidet die sittenwidrige Beeinträchtigung der Lauterkeit des Wettbewerbs aus¹²⁷.

b) Stellungnahme

Ähnlich wie schon bei der Entscheidung Hormonpräparate¹²⁸ führte auch hier der „gute Zweck“ der Handlung trotz eines Verstoßes gegen eine werthaltige, wettbewerbsrelevante Norm zu einer anderen Beurteilung der Rechtslage. Der Zweck heiligte die Mittel im Wettbewerbsrecht jedenfalls dann, wenn er tatsächlich bekannt war und qualitativ dem Schutz des

124 BGH WPR 2000, 170 - Giftnotruf-Box.

125 BGH WPR 2000, 170 - Giftnotruf-Box.

126 BGH WPR 2000, 170 (171) - Giftnotruf-Box.

127 BGH WPR 2000, 170 (172) - Giftnotruf-Box.

128 BGH GRUR 1999, 1128 - Hormonpräparate.

UWG gleichstand oder ihn sogar übertraf. Der direkte Zusammenhang zwischen einem Verstoß gegen eine werthaltige Norm und dem dadurch indizierten Rechtsbruchtatbestand ist aufgehoben¹²⁹.

4. Abgasemissionen¹³⁰

a) Entscheidung

Der Abgasemissionen-Entscheidung aus dem Jahr 2000 lag folgender Sachverhalt zugrunde: Die Parteien waren beide in der Holzverarbeitenden Industrie tätig. Die Klägerin warf der Beklagten wettbewerbswidriges Handeln vor, indem sie bei der Herstellung ihrer Erzeugnisse die zulässigen Grenzwerte nach dem Immissionsschutzgesetz überschreite. Durch die ersparten Immissionsfilter erreiche sie einen Wettbewerbsvorsprung gegenüber den gesetzestreuem Mitbewerbern. Mit der zuständigen Behörde hatte sich die Beklagte auf ein so genanntes Stillhalteabkommen geeinigt.

Der BGH lehnte in dieser Entscheidung im Ergebnis einen Verstoß gegen den lautereren Wettbewerb aus mehreren Gesichtspunkten ab. Die Holzverarbeitung sei ein interner Betriebsvorgang. Sie stelle keine Wettbewerbshandlung bzw. Handlung im geschäftlichen Verkehr dar¹³¹. Ein Gesetzesverstoß sei dann nicht nach § 1 UWG zu behandeln, wenn von ihm irgendeine Auswirkung auf die Wettbewerbschancen ausgehe, ohne dass die Handlung selbst als Wettbewerbsverhalten zu qualifizieren sei¹³². Sofern lediglich ein mehr oder weniger enger Zusammenhang zwischen der Gesetzesverletzung und der Wettbewerbshandlung bestehe, müsse die verletzte Norm zumindest einen sekundären Wettbewerbsbezug aufweisen, um eine sittenwidrige Unlauterkeit nach § 1 UWG zu bejahen¹³³. Den genannten ImmSchG-Vorschriften sprach der BGH einen sekundären Wettbewerbsbezug ab¹³⁴. In diesem Fall ließ der BGH die Anwendung von § 1 UWG aber am fehlenden engen Zusammenhang zwischen dem Gesetzesverstoß und einer

129 Gloy/Loschelder/Erdmann/Hasselblatt, § 58, Rz. 8.

130 BGHZ 144, 255 - Abgasemissionen.

131 BGHZ 144, 255 (262) - Abgasemissionen.

132 BGHZ 144, 255 (265) - Abgasemissionen.

133 BGHZ 144, 255 (267) - Abgasemissionen.

134 BGHZ 144, 255 (269) - Abgasemissionen.

Wettbewerbshandlung scheitern. Der Verstoß gegen das ImmSchG gehe der Wettbewerbshandlung voraus, stehe aber nicht in einem ausreichend engen wettbewerbsbezogenen Zusammenhang mit ihr.

b) Stellungnahme

Diese Entscheidung erinnert an die dargestellte Entscheidung des Reichsgerichts Bewachungsgewerbe aus dem Jahr 1927¹³⁵. Auch dort wurde kein Wettbewerbsverstoß angenommen. Denn eine betriebsinterne und der eigentlichen Wettbewerbshandlung (Angebot der Ware oder Dienstleistung zu niedrigeren Preisen als die Konkurrenz) vorausgehende Handlung ist aus der wettbewerbsrechtlichen Beurteilung herauszuhalten. Weder ein arbeitsrechtlicher Tarifvertrag noch das ImmSchG haben Wettbewerbsbezug.

5. Elektroarbeiten¹³⁶

Im April 2002 erging dann eine BGH Entscheidung, die für die Kodifizierung des Rechtsbruchtatbestandes i § 4 Nr. 11 UWG richtungsweisend sein sollte.

a) Entscheidung

Der Kläger errichtete seit mehreren Jahren Verteilerschränke und Anschlussäulen für fliegende Bauten. Die beklagten Stadtwerke München boten in der Rechtsform einer GmbH ebenfalls Elektroarbeiten für private Auftraggeber an. Der Kläger war der Ansicht, dass die Beklagte damit gegen Art. 87 BayGO verstoße, der die wirtschaftliche Betätigung von Gemeinden regelt. Viele seiner ehemaligen Kunden seien zu dem beklagten Konkurrenzunternehmen gewechselt, weil sie bei der Vergabe von Standplätzen für das Münchner Oktoberfest auf das Wohlwollen der Gemeinde angewiesen seien. Die Beklagte könne die Preise des Klägers deshalb unterbieten, weil sie sich Unterlagen von Ausschreibungen zu Märkten und Messen aus dem Hochbaureferat der Stadt zur Kundenakquise zunutze machen könne. Die Beklagte bestritt den Missbrauch ihrer amtlichen Autorität.

135 RGZ 117, 16 ff. - Bewachungsgewerbe, vgl. 2. Kapitel II. 3.

136 BGH GRUR 2002, 825 - Elektroarbeiten.

Der BGH urteilte darüber wie folgt: Bei einem Verstoß gegen eine Marktzutrittsnorm sei es nicht im Sinn des § 1 UWG, dass Anspruchsberechtigte Wettbewerber im Wege des Rechtsbruchtatbestandes vom Markt ferngehalten werden könnten. Dies gelte jedenfalls dann, wenn das betreffende Gesetz den Schutz des lautereren Wettbewerbs ansonsten nicht berühre. Jede Belegung des Wettbewerbs sei grundsätzlich erwünscht. Für den Marktzutritt der öffentlichen Hand gelte dies ebenfalls¹³⁷. Die Frage, ob sich die öffentliche Hand überhaupt erwerbswirtschaftlich betätige, müsse der Gesetzgeber und die Verwaltung entscheiden. Lediglich die Entscheidung über das „Wie“ der öffentlichen Betätigung falle in den Bereich des Lauterkeitsrechts und somit der ordentlichen Gerichte¹³⁸. Art. 87 BayGO habe den Zweck, die Kommunen vor den Gefahren überdehnter unternehmerischer Tätigkeit zu schützen und zugleich einer „ungezügelter Erwerbstätigkeit der öffentlichen Hand zu Lasten der Privatwirtschaft“ vorzubeugen¹³⁹. Ob hier gegen Art. 87 BayGO verstoßen wurde, ließ der BGH offen. Er beurteilte den Wettbewerbsbezug der Norm dahingehend, dass sie bezwecke, die Marktstrukturen insgesamt zu erhalten. Die Marktstruktur sei grundsätzlich geprägt von der Tätigkeit privater Unternehmen. Solange man eine Monopolstellung der öffentlichen Hand auf Kosten der privaten Wirtschaftsbetätigung nicht zu befürchten habe, sei der Schutzzweck zugunsten der Mitbewerber nicht betroffen¹⁴⁰.

b) Stellungnahme

Mit dieser Entscheidung reagierte der BGH offenkundig gegen die immer größer werdende Kritik im Spannungsfeld zwischen den ordentlichen Gerichten und den Verwaltungsgerichten. Es wurde der Vorwurf erhoben, dass sich der BGH dazu hergebe, Wettbewerbern eine Art von Rechtsschutz zu gewähren, der ihnen gesetzlich nicht zustehe. Dazu nahm er eine klare Position ein. Es sei nicht im Sinn des § 1 UWG,

137 BGH GRUR 2002, 825 (826) - Elektroarbeiten.

138 BGH GRUR 2002, 825 (827) - Elektroarbeiten.

139 BGH GRUR 2002, 825 (826) - Elektroarbeiten.

140 BGH GRUR 2002, 825 (827) - Elektroarbeiten.

bestehende Schutzlücken des öffentlichen Rechts zu ergänzen¹⁴¹. Nach der herrschenden Meinung im Verwaltungsrecht gehe von dem kommunalen Unternehmensrecht kein Drittschutz in Form eines subjektiv-öffentlich-rechtlichen Abwehranspruchs aus¹⁴².

6. Stellungnahme

Der BGH hat in seiner Rechtsprechung in den Jahren zwischen 1998 und 2004 einen tief greifenden Wandel vollzogen¹⁴³. Er hat sich in seinen Entscheidungen am Tatbestand des § 823 Abs. 2 BGB und der daran anknüpfenden Normzwecktheorie von Schicker orientiert¹⁴⁴. Dadurch wurde der Rechtsbruchtatbestand eingegrenzter und markanter. Die neuere Rechtsprechung zum Rechtsbruch führte zu einer Entlastung des Wettbewerbsrechts von Funktionen und Rechtsfragen, die ihm nicht zukommen¹⁴⁵. Der BGH distanzierte sich zunächst nicht völlig von seiner alten Rechtsprechung. Er vertrat weiterhin die Ansicht, dass Normen, die wichtige Gemeinschaftsgüter schützen, in den Schutzbereich des § 1 UWG a. F. fallen. Später wurde klar gestellt, dass das Allgemeininteresse nur insoweit mitgeschützt werde, als es im Interesse an der Aufrechterhaltung des unverfälschten Wettbewerbs liege. Normen, die ausschließlich dem Schutz Dritter, wie zum Beispiel der Arbeitnehmer oder der Staatsorgane oder dem Schutze sonstiger Rechtsgüter der Allgemeinheit dienen, kämen für eine wettbewerbsrechtliche Sanktionierung nicht in Betracht¹⁴⁶. Nur ein Verstoß gegen eine Norm mit einem wettbewerbsbezogenen Schutzzweck könne zu einer Wettbewerbswidrigkeit führen¹⁴⁷. Dies sind insbesondere Normen, die das Marktverhalten zum Schutze der Marktbeteiligten, insbesondere der Verbraucher und der Mitbewerber, regeln und objektiv geeignet sind, einen Wettbewerbsvorteil herbeizuführen¹⁴⁸.

141 BGH GRUR 2002, 825 (827) - Elektroarbeiten.

142 *Pagenkopf*, GewArch 2000, 177 (184); *Hübschle*, GewArch 2000, 186 (189).

143 *Götting*, FS Schricker, S. 689 (690); BGHZ 144, 255 (264) - Abgasemissionen.

144 *Schricker*, Gesetzesverletzung und Sittenverstoß, S.252; vgl. dazu 2. Kapitel IV. 2.

145 *Köhler*, NJW 2002, 2761 (2763).

146 *Köhler*, NJW 2002, 2761 (2763).

147 *Ernst*, WRP 2004, 1133 (1134); *Doepner*, WRP 2003, 1292.

148 *Köhler*, NJW 2002, 2761 (2763).

VI. UWG-Novelle 2004

Durch die Gesetzesnovelle 2004 wurde erstmals der Rechtsbruchtatbestand in § 4 Nr. 11 UWG kodifiziert. Dies erfolgte im Rahmen einer umfassenden Modernisierung des UWG. Mit der UWG-Reform wurden drei Ziele verfolgt, nämlich Europäisierung, Liberalisierung und Transparenz¹⁴⁹. Die bisherige Fassung war in Anbetracht der Entwicklungen auf dem europäischen Binnenmarkt und der globalen Marktverhältnisse nicht mehr zeitgemäß. Das Lauterkeitsrecht sollte einerseits liberalisiert werden, andererseits sollte der Verbraucherschutz mehr in den Vordergrund gerückt werden. Das Rabattgesetz und die Zugabeverordnung wurden abgeschafft¹⁵⁰.

1. Vorbereitung der Reform des UWG

Im Auftrag des Bundesministeriums für Justiz erstellten Karl-Heinz **Fezer**¹⁵¹ und die Autoren Gerhard **Schricker** und Frauke **Henning-Bodewig**¹⁵² umfassende Gutachten zu einer Modernisierung und Harmonisierung des deutschen Wettbewerbsrechts. Die Bundesregierung und der Bundesrat einigten sich nach einigen Meinungsverschiedenheiten auf den neuen Gesetzeswortlaut¹⁵³. Das neue UWG trat am 8.7.2004 in Kraft.

2. Eckpunkte der UWG-Reform

In § 1 des neuen UWG von 2004 wurde erstmals der Schutzzweck des Gesetzes mit drei gleichrangigen Schutzgütern festgeschrieben. Mitbewerber, Verbraucher und das Interesse der Allgemeinheit an einem unverfälschten Wettbewerb werden geschützt¹⁵⁴. § 2 UWG definierte wesentliche Grundbegriffe des Gesetzes wie „Wettbewerbshandlung“, „Marktteilnehmer“ und „Mitbewerber“¹⁵⁵. An dem System der Generalklausel wurde auch nach der Reform festgehalten¹⁵⁶. Die

149 BT-Drucks. 15/1487 S. 12 und 17.

150 BT-Drucks. 15/1487 S. 1.

151 *Fezer*, WRP 2001, 989.

152 *Schricker/Henning-Bodewig*, Rechtsvergleichende Untersuchung im Auftrag des BMJ 2001 = WRP 2001, 1367.

153 *Ohly*, GRUR 2004, 889 (899); *Fezer/Götting*, UWG § 4-11, Rz. 34 ff.

154 *Boesche*, § 1, Rz. 1.

155 *Boesche*, § 1, Rz. 18.

156 *Gloy/Loschelder/Erdmann/Erdmann*, § 3, Rz. 3.

Generalklausel des alten § 1 UWG ging im neuen § 3 UWG auf. Sie wurde durch nicht abschließende Regelbeispiele in §§ 4-7 UWG ergänzt¹⁵⁷, die die Rechtsprechung über Jahre hinweg bis zu diesem Zeitpunkt herausgearbeitet hatte. Trotz der vielen kodifizierten Beispiele unlauteren Verhaltens bleibt dadurch weiterhin der Rechtsprechung der nötige Freiraum zur Weiterentwicklung des Rechts gegen den unlauteren Wettbewerb, je nach dem, welche neuen Erscheinungsformen sich zukünftig ausbilden¹⁵⁸. Der Begriff des Sittenverstoßes wurde durch den Begriff der nicht unerheblichen Wettbewerbsbeeinträchtigung ersetzt. Dadurch sollten Bagatelverstöße aus dem Anwendungsbereich des UWG ausscheiden¹⁵⁹. Neu eingeführt wurde als Sanktion für unlauteres Verhalten im Wettbewerb der Gewinnabschöpfungsanspruch nach § 10 UWG¹⁶⁰. Die Sondertatbestände in §§ 7, 8 UWG a. F. wurden abgeschafft.

Die Empfehlung von Gerhard **Schricker** und Frauke **Henning-Bodewig** zu den Fällen des Rechtsbruchtatbestandes oder der Verletzung außerwettbewerbsrechtlicher Normen lautete: „Die zu Absatzzwecken erfolgende Verletzung außerwettbewerbsrechtlicher Rechtsnormen, die einen mit dem Wettbewerbsrecht übereinstimmenden Schutzzweck aufweisen oder von unmittelbar wettbewerbsregelnder Bedeutung sind, sollte als unlauterer Wettbewerb verboten werden, wenn es hierdurch zu spürbaren Auswirkungen auf den Wettbewerb des jeweiligen Marktes kommt“¹⁶¹. Der Rechtsbruchtatbestand wurde daraufhin als typische Erscheinungsform unlauteren Handelns in § 4 Nr. 11 i. V. m. § 3 UWG wie folgt kodifiziert:

§ 3 UWG

Unlautere Wettbewerbshandlungen, die geeignet sind, den Wettbewerb zum Nachteil der Mitbewerber, der Verbraucher oder der sonstigen

157 Köhler/Bornkamm, UWG, § 4, Rz. 0.2.

158 Gloy/Loschelder/Erdmann/Erdmann, § 3, Rz. 3.

159 Boesche, § 1, Rz. 15, 17.

160 Boesche, § 1, Rz. 22.

161 Schricker/Henning-Bodewig, Rechtsvergleichende Untersuchung im Auftrag des BMJ 2001, S 110 = WRP 2001, 1367 (1407).

Marktteilnehmer nicht nur unerheblich zu beeinträchtigen, sind unzulässig.

§ 4 Nr. 11 UWG

Unlauter im Sinne von § 3 handelt insbesondere, wer einer gesetzlichen Vorschrift zuwiderhandelt, die auch dazu bestimmt ist, im Interesse der Marktteilnehmer das Marktverhalten zu regeln.

3. Auswirkungen der UWG-Reform 2004 auf den Rechtsbruchtatbestand

a) Einführung der unlauteren Wettbewerbshandlung

Der Begriff der guten Sitten wurde mit der Novellierung des UWG 2004 aufgegeben und durch den Begriff der Unlauterkeit ersetzt. In der Gesetzesbegründung der Novellierung von 2004 ist klargestellt, dass der Begriff der Unlauterkeit dem Begriff der guten Sitten entspricht¹⁶². Der Begriff der Wettbewerbshandlung wurde in die Generalklausel eingeführt und bezieht alle Möglichkeiten des Verhaltens im Wettbewerb ein, als jede Handlung einer Person mit dem Ziel zugunsten des eigenen oder fremden Unternehmens den Absatz oder Bezug von Waren, Dienstleistungen, unbeweglicher Sachen, Rechte und/oder Pflichten zu fördern¹⁶³. Die Definition umfasst lauterer und unlauterer Verhalten gleichermaßen.

b) Verzicht auf subjektive Tatbestandsmerkmale

Das Erfordernis eines subjektiven Tatbestands bei einem Rechtsbruch wurde nicht in den Gesetzeswortlaut aufgenommen¹⁶⁴. Weder die Kenntnis der Zuwiderhandlung noch die Planmäßigkeit der Handlung werden ausdrücklich vorausgesetzt. In der Literatur wurde schon seit längerem ganz überwiegend die objektive Theorie des Rechtsbruchs vertreten. Es wurde davon ausgegangen, dass subjektive Merkmale wie die Planmäßigkeit oder Absicht eines Wettbewerbsverstoßes keine Rolle

162 BT-Drucks. 15/1487, S. 16.

163 § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG 2004.

164 Boesche, § 5, Rz. 186.

spielten. Es genüge alleine die Geeignetheit des Verhaltens, einen Wettbewerbsvorteil zu erzielen¹⁶⁵.

c) Abschied vom Vorsprungsgedanken

Auch die Voraussetzung des erzielten Wettbewerbsvorteils hat sich in der Kodifizierung des Rechtsbruchtatbestandes nicht niedergeschlagen. Der Gesetzgeber stellt dafür nach der Reform 2004 in § 3 UWG a. F. lediglich auf das Erfordernis der Geeignetheit zur nicht unerheblichen Beeinträchtigung des Wettbewerbs ab.

Der Vorsprungsgedanke war schon vor der UWG-Reform aus mehreren Gründen in die Kritik geraten, insbesondere weil er nicht auf alle Konstellationen des unlauteren Wettbewerbs anwendbar ist. Wenn zum Beispiel alle Konkurrenten gleichermaßen Vorschriften missachten würden, ergibt sich daraus bei einem weiteren Verstoß eines Konkurrenten gegenüber den anderen kein Vorsprung, sondern ein Gleichlauf¹⁶⁶. Außerdem könnten monopolistische Unternehmen mangels Konkurrenten niemals einen Vorsprung erlangen und wären so bei Rechtsbrüchen lauterkeitsrechtlich unantastbar¹⁶⁷.

d) Neuausrichtung des Normzwecks

Im Tatbestand des § 4 Nr. 11 UWG steht die gesetzliche Vorschrift im Mittelpunkt, die dazu bestimmt sein muss, das Marktverhalten zu regeln. Durch diese Formulierung wird deutlich, dass es auf die Unterscheidung von werthaltigen und wertneutralen Vorschriften nicht mehr ankommt. Das UWG soll ausschließlich bei Vorschriften anwendbar sein, die dazu beitragen, den lauteren Wettbewerb zu schützen. Auch der allgemeine Wettbewerbsbezug einer Vorschrift ist noch zu weit. Die für § 4 Nr. 11 UWG relevanten Vorschriften müssen sich konkret auf ein Verhalten im Wettbewerb beziehen.

¹⁶⁵ Köhler, NJW 2002, 2761 (2763); Henning-Bodewig, GRUR 2004, 713 (718); Ullmann, GRUR 2003, 827 (822).

¹⁶⁶ OLG Celle GRUR 1984, 289.

¹⁶⁷ Scherer, WRP 2006, 401 (405).

4. Beurteilung der UWG-Reform

Begrüßt wurde, dass von der Kodifikation des Rechtsbruchtatbestandes eine Verbesserung der Rechtssicherheit ausging¹⁶⁸. Für den Normadressaten wurde – wenn auch nicht zweifelsfrei, so doch etwas besser – erkennbar, welche Verhaltensweisen im Wettbewerb auf jeden Fall zu unterlassen sind¹⁶⁹. Das Ergebnis der Gesetzgebung stieß in Anbetracht der vorangegangenen Kontroversen erwartungsgemäß zum Teil auch auf Kritik¹⁷⁰. Der bislang flexible Tatbestand sollte an einer Momentaufnahme festgemacht werden. Denn der BGH hatte erst kürzlich seine jahrzehntelange Rechtsprechung durch die Abgasemissionen-Entscheidung¹⁷¹ sowie die Elektroarbeiten-Entscheidung¹⁷² neu aufgestellt. Letztere nahm man sich nun offiziell zum Vorbild der Kodifizierung¹⁷³. Es wurde befürchtet, dass durch die Kodifikation von Beispielstatbeständen die weitere Rechtsentwicklung vorgezeichnet werde und eine dynamische Anpassung des Wettbewerbsrechts an sich verändernde Marktgegebenheiten erschwert werde¹⁷⁴. Jürgen **Kessler** kritisierte die Kodifikation als inkonsequent und unbefriedigend. Denn einerseits würden die Interessen der Verbraucher in die Schutzzwecktrias als gleichberechtigt aufgenommen¹⁷⁵, andererseits würde ihnen aber keine unmittelbare Rechtsschutzmöglichkeit eingeräumt¹⁷⁶. Die Versuche zur Stärkung der Verbraucherrechte während des Gesetzgebungsverfahrens blieben erfolglos¹⁷⁷. Anja **Steinbeck** zog in ihrem Resümee eine neutrale Bilanz zu der Kodifizierung¹⁷⁸. Offene Probleme des Rechtsbruchtatbestandes seien zwar dadurch nicht vollständig gelöst worden, jedoch sei die zum Teil befürchtete Blockierung

168 *Ohly*, GRUR 2004, 889 (896).

169 *Steinbeck*, GRUR 2008, 848 (849).

170 *Engels/Salomon*, WRP 2004, 32 (35 f.); *Doepner*, WRP 2003, 1292 (1294); *Ohly*, GRUR 2004, 889 (894 ff.).

171 BGHZ 144, 255 - Abgasemissionen.

172 BGH GRUR 2002, 825 - Elektroarbeiten.

173 BT-Drucks. 15/1487, S. 19.

174 *Ohly*, GRUR 2004, 889 (896); *Sosnitza*, GRUR 2003, 739 (742); *Engels/Salomon*, WRP 2004, 32 (36).

175 BT-Drucks. 15/1487, S. 15.

176 *Kessler*, WRP 2005, 264 (274).

177 *Ohly*, GRUR 2004, 889 (894).

178 ebenso *Gloy/Loschelder/Erdmann/Hasselblatt*, § 58, Rz. 14 ff.

der Rechtsmaterie auch nicht eingetreten¹⁷⁹. Ansgar **Ohly** schloss seine kritische Betrachtung der UWG-Reform mit einer positiven Gesamtbilanz ab. Bei aller Kritik im Detail sei das UWG 2004 ein modernes und maßvoll liberales Gesetz, mit dem die Praxis insgesamt gut leben könne¹⁸⁰.

VII. UWG Änderungsgesetz 2008

Dem Gesetzgeber war während der Arbeiten zur UWG-Reform 2004 bewusst, dass eine baldige Verabschiedung der Richtlinie 2005/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Mai 2005 über unlautere Geschäftspraktiken im binnenmarktinternen Geschäftsverkehr zwischen Unternehmen und Verbrauchern (UGP-Richtlinie)¹⁸¹ eine erneute Gesetzesänderung des UWG mit sich bringen würde¹⁸². Die aus seiner Sicht überfällige Reform wurde jedoch nicht aufgeschoben. Soweit es möglich war, wurde der Entwurf der UGP-Richtlinie bei der Verabschiedung des UWG mitberücksichtigt¹⁸³. Das Gesetz musste angepasst werden, soweit es die Umsetzung der Richtlinie erforderte¹⁸⁴.

1. Umsetzung der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken

Nach Ablauf der Umsetzungsfrist am 12.12.2007 galten die Vorschriften der Richtlinie zeitweise unmittelbar¹⁸⁵. Am 30.12.2008 ist das Erste Gesetz zur Änderung des Gesetzes gegen unlauteren Wettbewerb in Kraft getreten¹⁸⁶. Es dient der Umsetzung der UGP-Richtlinie¹⁸⁷.

Der Anwendungsbereich der UGP-Richtlinie ist auf das so genannte Business to Consumer-Verhältnis (B2C) beschränkt, also das Verhältnis zwischen Unternehmern und Verbrauchern. Im Unterschied dazu schützt das UWG die Lauterkeit des Wettbewerbs insgesamt, also gleichrangig

179 *Steinbeck*, GRUR 2008, 848 (852).

180 *Ohly*, GRUR 2004, 889 (900).

181 Richtlinie 2005/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Mai 2005 über unlautere Geschäftspraktiken im binnenmarktinternen Geschäftsverkehr zwischen Unternehmen und Verbrauchern und zur Änderung der Richtlinie 84/450/EWG des Rates, der Richtlinien 97/7/EG, 98/27/EG und 2002/65/EG des Europäischen Parlaments und des Rates sowie der Verordnung (EG) Nr. 2006/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates (Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken) Amtsblatt der Europäischen Union, L 149/22.

182 *Götting/Nordemann/Götting*, UWG, Einleitung, Rz. 7.

183 BT-Drucks. 15/1487, S. 12; BR-Drucks. 345/08, S. 15.

184 BR-Drucks. 345/08, S. 15 ff..

185 *Sosnitza*, WRP 2008, 1014.

186 Bundesgesetzblatt 2008, Teil I Nr. 64 S. 2949.

187 BR-Drucks. 345/08.

Verbraucher, Mitbewerber und das Interesse der Allgemeinheit an einem unverfälschten Wettbewerb¹⁸⁸. Die UGP-Richtlinie regelt Sachverhalte ihres Anwendungsbereichs (Art. 3 UGP-Richtlinie) abschließend (Art. 1 UGP-Richtlinie). Die nationalen Gesetzgeber dürfen bei der Umsetzung der UGP-Richtlinie in nationales Recht weder strengere noch mildere Vorschriften erlassen¹⁸⁹. Der Schutz der Verbraucher vor Irreführung ist nunmehr abschließend in der UGP-Richtlinie geregelt¹⁹⁰. Das hat zur Folge, dass der Anwendungsbereich der Irreführungsrichtlinie¹⁹¹ sich seit dem Inkrafttreten der UGP-Richtlinie auf den Schutz von Gewerbetreibenden vor irreführender Werbung und deren unlauteren Auswirkungen beschränkt.

2. Eckpunkte des Ersten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen unlauteren Wettbewerb

Die Grundkonzeption des UWG von 2004 ist auch nach der Umsetzung der Richtlinie erhalten geblieben¹⁹². Einige Änderungen sind zu beachten¹⁹³. In § 2 UWG wurde ein Definitionenkatalog aufgenommen. Neue Begriffe wie unter anderem die geschäftliche Handlung (§ 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG) oder die fachliche Sorgfalt (§ 2 Abs. 1 Nr. 7 UWG) wurden eingeführt. Die neuen Begriffe sind im weiteren Sinn Nachfolger der Begriffe Wettbewerbshandlung und anständige Gepflogenheiten in Handel, Gewerbe, Handwerk oder selbständiger beruflicher Tätigkeit¹⁹⁴. Inwiefern sie das Erbe ihrer Vorgänger übernehmen oder ihnen durch die Rechtsprechung und Lehre neue Konturen verliehen werden, bleibt abzuwarten. Jedenfalls ist bei Anwendung der Begriffe, die zur Umsetzung der UGP-Richtlinie beitragen, das Gebot der richtlinienkonformen Auslegung zu beachten¹⁹⁵.

188 Harte/Henning/Glückner, UWG, Vorb, Rz. 7.

189 Vgl. Art. 1 und die Erwägungsgründe 5 und 6 der UGP-Richtlinie; BR-Drucks. 345/08, S. 13.

190 Vgl. Art. 1 und die Erwägungsgründe 5 und 6 der UGP-Richtlinie.

191 Richtlinie des Rates vom 10.9.1984 zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über irreführende Werbung (84/450/EWG), ABIEG Nr. L 270, S. 17 = GRUR Int 1984, 688.

192 Köhler, WRP 2009, 109 (110).

193 Boesche, § 1, Rz. 25b.

194 BT-Drucks. 15/1487, S. 16; BR-Drucks. 345/08, S. 26.

195 Köhler, WRP 2009, 109 (113); Harte/Henning/Glückner, UWG, Vorb, Rz. 11 ff.

An die Stelle des einheitlichen Verbotstatbestandes der bisherigen Generalklausel (§ 3 UWG 2004) treten in § 3 UWG n. F. nunmehr drei Verbotstatbestände in drei Absätzen. Absatz 3 verweist auf eine so genannte Schwarze Liste im Anhang des Gesetzes. Die dort aufgeführten geschäftlichen Handlungen sind gegenüber Verbrauchern immer unzulässig¹⁹⁶. Fast alle der aufgeführten Handlungen waren schon dem UWG von 2004 bekannt¹⁹⁷.

3. Auswirkungen der Umsetzung der UGP-Richtlinie auf den Rechtsbruchtatbestand

§ 4 Nr. 11 UWG erfuhr im Ersten Gesetz zur Änderung des Gesetzes gegen unlauteren Wettbewerb eine redaktionelle Änderung. Der sprachliche Bezug zur Generalklausel wurde aufgehoben¹⁹⁸. Inwiefern die Neukonzeption unter Einbezug der Neuerungen durch die Umsetzung der UGP-Richtlinie den Rechtsbruchtatbestand betrifft, wird in den folgenden Kapiteln untersucht.

VIII. Zusammenfassung

Rückblickend ist in der Entwicklung des Rechtsbruchtatbestandes erkennbar, dass er sich von einer engen Sondervorschrift zu einem Einfallstor für Rechtsverstöße aller Art entwickelte, um danach wieder eingegrenzt zu werden. Die Einschränkung ist aber nicht eine bloße Rückbesinnung auf die Kernpunkte des Wettbewerbsrechts im Sinne einer Zurückentwicklung. Der Wettbewerbsbezug einer Handlung und der Wettbewerbsbezug der für den Rechtsbruchtatbestand relevanten Vorschrift wurden in den Mittelpunkt gerückt. Die Allgemeininteressen wurden berücksichtigt, solange der Konsument oder Verbraucher noch nicht neben den konkurrierenden Anbietern als Marktteilnehmer wahrgenommen wurde. Seitdem ihm eine beachtete Rolle zukommt, die Anbieter sich nicht nur um die Gunst der Verbraucher bemühen, sondern auch ihre Macht fürchten, hat sich seine Position auf dem Markt grundlegend geändert. Insbesondere durch die Schaffung des

196 Harte/Henning/Keller, UWG, Einl A, Rz. 40.

197 Ohly, WRP 2008, 177 (179).

198 BR-Drucks. 384/08, S 43.

Europäischen Binnenmarktes und die Rechtsprechung des EuGH wurde dem Verbraucherbegriff eine klarere Kontur verliehen, so dass er sich deutlich aus dem Kreis der Allgemeinheit hervorhebt und von anderen Gruppen wie beispielsweise Arbeitnehmern unterscheiden lässt. Denn das politische Ziel der Liberalisierung des Europäischen Wirtschaftsraumes führte auch dazu, dass die Verbraucher in die Lage versetzt werden mussten, daran überhaupt teilhaben zu können. Seitdem der Verbraucher aus der Allgemeinheit herausgehoben werden kann, wird der Teil der Allgemeinheit aus dem Schutz ausgegrenzt, der in einer konkreten Situation nicht als Verbraucher agiert.

Der Rechtsbruchtatbestand muss in seiner kodifizierten Form bei seiner Anwendung immer zu dem Schutzbereich des UWG in Bezug gesetzt werden. Kernpunkt der Auseinandersetzung ist es, dass die jeweiligen Vorschriften, gegen die eine Zuwiderhandlung gegeben sein könnte, nach ihrem Marktbezug untersucht werden. § 4 Nr. 11 UWG ist nur anwendbar, wenn die jeweilige Norm dazu bestimmt ist, das Marktverhalten zu regeln.

3. Kapitel: Die Position des Rechtsbruchtatbestandes innerhalb des UWG

§ 3 (1) Unlautere geschäftliche Handlungen sind unzulässig, wenn sie geeignet sind, die Interessen von Mitbewerbern, Verbrauchern oder sonstigen Marktteilnehmern spürbar zu beeinträchtigen.

§ 4 Nr. 11: Unlauter handelt insbesondere, wer einer gesetzlichen Vorschrift zuwiderhandelt, die auch dazu bestimmt ist, im Interesse der Marktteilnehmer das Marktverhalten zu regeln.

I. Einführung

Über die Vorschrift § 4 Nr. 11 UWG finden Normen aus den verschiedensten Rechtsbereichen Eintritt in die wettbewerbsrechtliche Prüfung. Sie ist die Schnitt- oder Schaltstelle dafür, wie weit das UWG in andere Rechtsgebiete eindringen darf oder soll¹⁹⁹. Im Folgenden wird der Anwendungsbereich des seit 2004 kodifizierten Rechtsbruchtatbestandes, wie er sich nach der Umsetzung der UGP-Richtlinie 2008 präsentiert, untersucht. Die Konzeption der Neugestaltung und die Auswirkungen sollen dogmatisch beleuchtet werden. Durch Auslegung wird zu ermitteln sein, welche Aufgabe dem Rechtsbruchtatbestand im System des UWG zukommt²⁰⁰. Dafür ist es unerlässlich, zunächst den Schutzbereich des neuen UWG, in dem zusätzlich der Schutzbereich der Richtlinie gegen unlautere Geschäftspraktiken (UGP-Richtlinie)²⁰¹ umgesetzt wurde, zu untersuchen und darzustellen.

Der Rechtsbruchtatbestand ist im Vergleich zu den anderen Beispielen unlauterer geschäftlicher Handlungen in den §§ 4-7 UWG sehr abstrakt formuliert. Die Auslegung seiner Tatbestandsmerkmale ist deshalb ohne die Kenntnis des Schutzbereichs des UWG nicht möglich²⁰². Vielmehr hat er sich an den Schutzzweckbestimmungen des § 1 UWG zu orientieren²⁰³.

II. Schutzbereich UWG

Um die Tatbestandsmerkmale des § 4 Nr. 11 UWG dogmatisch zu begründen, ist deshalb zunächst auf den Schutzbereich des UWG insgesamt einzugehen, der wiederum im engen Zusammenhang mit der UGP-Richtlinie steht. Der Rechtsbruchtatbestand geht selbst nicht auf die Umsetzung der UGP-Richtlinie zurück²⁰⁴. Wie im ersten Kapitel gesehen, kann er auf eine lange Tradition als gewohnheitsrechtliche Fallgruppe im

199 Fezer/Götting, UWG, § 4-11, Rz. 1.

200 Fezer/Fezer, UWG, § 1, Rz. 15 ff.

201 Richtlinie 2005/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Mai 2005 über unlautere Geschäftspraktiken im binnenmarktinternen Geschäftsverkehr zwischen Unternehmen und Verbrauchern und zur Änderung der Richtlinie 84/450/EWG des Rates, der Richtlinien 97/7/EG, 98/27/EG und 2002/65/EG des Europäischen Parlaments und des Rates sowie der Verordnung (EG) Nr. 2006/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates (Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken), Amtsblatt der Europäischen Union L 149/22.

202 BT-Drucks. 15/1487, S. 19.

203 Köhler, GRUR 2004, 381 (382); Gloy/Loschelder/Erdmann/Hasselblatt, § 58, Rz. 31.

204 Gloy/Loschelder/Erdmann/Hasselblatt, § 58, Rz. 38.

Rahmen des §1 UWG a. F. zurückblicken²⁰⁵. Trotzdem ist bei seiner Anwendung die richtlinienkonforme Auslegung zu beachten, wenn sich sein Anwendungsbereich mit dem der UGP-Richtlinie überschneidet oder wenn er sich auf die Systematik des UWG bezieht, die von der Umsetzung betroffen ist. Es wird zu untersuchen sein, wie sich das Zusammenspiel der richtlinienkonformen und verfassungskonformen Auslegung im UWG auf den Rechtsbruchtatbestand niederschlägt.

1. Einfluss der UGP-Richtlinie

Die Berücksichtigung der richtlinienkonformen Auslegung setzt voraus, dass der Inhalt und der Anwendungsbereich sowie die Regelungstechnik der Richtlinie bekannt sind²⁰⁶. Zweifelsfragen darüber sind dem EuGH zur Vorabentscheidung vorzulegen²⁰⁷. Das hauptsächliche Anliegen der Richtlinie ist es, geschäftliche Entscheidungen der Verbraucher vor einer unerwünschten Beeinflussung durch Unternehmer zu schützen²⁰⁸.

a) Inhalt der UGP-Richtlinie

In den Art. 1, 3, 5-9, sowie den erläuternden Erwägungsgründen der UGP-Richtlinie werden die Ziele und Mittel der Richtlinie dargestellt. Die Erwägungsgründe sind Bestandteil der Richtlinie und für die Auslegung verbindlich²⁰⁹. Zweck der Richtlinie ist es nach Art. 1 UGP-Richtlinie, für ein reibungsloses Funktionieren des Binnenmarktes zu sorgen und dabei zugleich ein hohes Verbraucherschutzniveau zu erreichen²¹⁰. Deshalb verbietet die UGP-Richtlinie im Verhältnis zwischen Unternehmern und Verbrauchern (Art. 3) unlautere Geschäftspraktiken (Art. 5) sowie irreführende Handlungen (Art. 6), aggressive Geschäftspraktiken (Art. 8), Belästigung, Nötigung und unzulässige Beeinflussungen (Art. 9).

Der Anwendungsbereich wird in den Erwägungsgründen einerseits positiv festgelegt und andererseits negativ abgegrenzt. Schließlich wird der

205 Vgl. 2. Kapitel.

206 Vgl. dazu allgemein Streinz/Schroeder, EUV/EGV, Art. 249, Rz. 125 ff.; Ohly, WRP 2006, 1401 (1404).

207 Streinz/Schroeder, EUV/EGV, Art. 234, Rz. 3 f.

208 Erwägungsgrund 7 der UGP-Richtlinie 2005/29/EG.

209 Oppermann/Classen/Nettesheim, § 10, Rz. 101; Fezer/Fezer, UWG, § 1, Rz. 18.

210 Fezer/Fezer, UWG, § 1, Rz. 8.

Bereich miteinbezogen, auf den unwillkürlich Auswirkungen zu erwarten sind.

aa) Positive Beschreibung des Anwendungsbereichs

Nach dem Erwägungsgrund Nr. 8 schützt die UGP-Richtlinie unmittelbar die wirtschaftlichen Interessen der Verbraucher vor unlauteren Geschäftspraktiken im Geschäftsverkehr zwischen Unternehmen und Verbrauchern. Wie dies erreicht werden soll, ergibt sich aus dem Erwägungsgrund 7 der UGP-Richtlinie. Die Verfasser der UGP-Richtlinie gehen danach davon aus, dass die wirtschaftlichen Interessen der Verbraucher dadurch gefährdet sind, dass Unternehmer sie in ihren geschäftlichen Entscheidungen beeinflussen. Deshalb konzentriert sich die UGP-Richtlinie auf die Regelung von Geschäftspraktiken, die in unmittelbarem Zusammenhang mit der Beeinflussung der geschäftlichen Entscheidungen des Verbrauchers in Bezug auf Produkte stehen. Dazu sollen laut Erwägungsgrund Nr. 6 der UGP-Richtlinie die Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über unlautere Geschäftspraktiken einschließlich der unlauteren Werbung, die die wirtschaftlichen Interessen der Verbraucher unmittelbar schädigen, angeglichen werden.

bb) Negative Beschreibung des Anwendungsbereichs

Es liegt auf der Hand, dass ein reibungsloses Funktionieren des Binnenmarktes ausgeschlossen ist, wenn jede Einflussnahme auf die Entscheidung der Verbraucher unlauter wäre. Die Richtlinie grenzt deshalb aus ihrem Anwendungsbereich alle Geschäftspraktiken aus, die dem Verbraucher zu Gute kommen. So berührt sie laut Erwägungspunkt 6 weder anerkannte Werbe- und Marketingmethoden wie rechtmäßige Produktplatzierung oder Markendifferenzierung, noch Anreize, die auf rechtmäßige Weise die Wahrnehmung von Produkten durch den Verbraucher und sein Verhalten beeinflussen können, seine Fähigkeit, eine informierte Entscheidung zu treffen, aber nicht negativ beeinträchtigen. Vielmehr benötigt der Verbraucher Informationen, um überhaupt eine informierte Entscheidung zu treffen²¹¹.

211 *Oppermann/Müller*, GRUR 2005, 280 (286); *Lettl*, GRUR 2004, 449 (454).

Außerdem bezieht sich die Richtlinie nicht auf Geschäftspraktiken, die vorrangig anderen Zielen dienen als der Beeinflussung der Entscheidung des Verbrauchers, wie etwa kommerzielle, für Investoren gedachte Mitteilungen, Jahresberichte und Unternehmensprospekte²¹².

Ebenfalls nicht von der UGP-Richtlinie berührt werden laut Erwägungsgrund 6 nationale Rechtsvorschriften in Bezug auf unlautere Geschäftspraktiken, die lediglich die wirtschaftlichen Interessen von Mitbewerbern schädigen oder sich auf ein Rechtsgeschäft zwischen Gewerbetreibenden beziehen.

Art. 3 UGP-Richtlinie nimmt außerdem in den Absätzen 2, 3, 8 und 10 gezielt einige Bereiche aus dem Anwendungsbereich der Richtlinie heraus, wie das Vertragsrecht, den Schutz der Gesundheit und Sicherheit der Verbraucher, spezifische Regelungen über reglementierte Berufe und bestimmte Vorschriften über Edelmetalle. Diese Bereiche tangieren allesamt den Rechtsbruchtatbestand und werden im Rahmen dieser Untersuchung teilweise noch ausführlich dargestellt²¹³.

Schließlich grenzen die Autoren der UGP-Richtlinie „die gesetzlichen Anforderungen in Fragen der guten Sitten und des Anstands“ aus, da sie in den Mitgliedstaaten sehr unterschiedlich sind²¹⁴. Die Mitgliedstaaten könnten im Einklang mit dem Gemeinschaftsrecht in ihrem Hoheitsgebiet weiterhin Geschäftspraktiken aus Gründen der guten Sitten und des Anstands verbieten. Diesbezüglich wurde als Beispiel das Ansprechen von Personen auf der Straße zu Verkaufszwecken in die UGP-Richtlinie aufgenommen, das aus kulturellen Gründen unerwünscht sein könnte. Dadurch ist aber der Vorbehalt nationaler Gestaltungsmöglichkeiten sehr vage gehalten²¹⁵. Der deutsche Gesetzgeber hat auch im Hinblick auf die Kompatibilität mit dem Gemeinschaftsrecht auf den Begriff der guten Sitten

212 Erwägungsgrund 7 der UGP-Richtlinie 2005/29/EG.

213 Vgl. 3. Kapitel III. 7 zum Vertragsrecht; 4. Kapitel III. 5 c) bb) zum Schutz von Gesundheit und Sicherheit der Verbraucher; 4. Kapitel III. 5 c) aa)-cc) zu Regelungen über reglementierte Berufe.

214 Erwägungsgrund 7 der UGP-Richtlinie 2005/29/EG.

215 *Kulka*, DB 2008, 1548 (1549).

zugunsten des Unlauterkeitsbegriffs ganz verzichtet, da er antiquiert ist und den Marktteilnehmer unnötig mit dem Makel der Unsittlichkeit belastet²¹⁶.

cc) Ausstrahlung des Schutzbereichs der Richtlinie auf Unternehmer untereinander

Durch die UGP-Richtlinie werden die Unternehmer in die Pflicht genommen, die Verbraucherinteressen zu schützen. Die Richtlinie regelt im Gegensatz zum UWG nicht die Beziehung zwischen Unternehmern. Allerdings wird in der UGP-Richtlinie davon ausgegangen, dass rechtmäßig handelnde Unternehmer ein großes Interesse daran haben, dass andere Unternehmer genauso wie sie die Vorgaben der Richtlinie und die umgesetzten nationalen Gesetze beachten und so die wirtschaftlichen Interessen der Verbraucher respektieren. Somit beeinflusst die UGP-Richtlinie die Beziehungen der Unternehmer untereinander jedenfalls mittelbar²¹⁷. Sie schützt mittelbar rechtmäßig handelnde Unternehmen vor Mitbewerbern, die sich nicht an die Regeln dieser Richtlinie halten, und gewährleistet damit einen lautereren Wettbewerb in dem durch sie koordinierten Bereich²¹⁸.

b) Bedeutung für den Schutzbereich des UWG

aa) Heterogene Auslegung des Schutzbereichs des UWG

Alle Begrifflichkeiten und Vorschriften innerhalb des UWG, die durch die Umsetzung der UGP-Richtlinie eingeführt wurden, müssen richtlinienkonform ausgelegt werden²¹⁹. Dabei handelt es sich in erster Linie um Vorschriften, die das Verhältnis „Business to Consumer“ (B2C), zwischen Unternehmern als Anbieter und Verbrauchern als Abnehmer, betreffen. Die davon nicht betroffenen Vorschriften des UWG, insbesondere diejenigen, die das Verhältnis „Business to Business“ (B2B), zwischen Marktteilnehmern ohne Verbraucherbeteiligung regeln, sind sofern sie sich abgrenzen lassen weiterhin grundsätzlich der verfassungskonformen Auslegung zu unterziehen.

216 BT-Drucks. 15/1487, S. 16; vgl. dazu 3. Kapitel II. 3. a).

217 Erwägungsgrund 6 der UGP-Richtlinie 2005/29/EG.

218 Erwägungsgrund 8 der UGP-Richtlinie 2005/29/EG.

219 Harte/Henning/Glückner, UWG, Vorb, Rz. 9.

Dazu gehören auch die in den Erwägungsgründen 6 und 7 ausgegrenzten Geschäftspraktiken, die von der UGP-Richtlinie geregelt werden, weil sie anderen Zielen als der Beeinflussung von Verbraucherentscheidungen dienen²²⁰, oder nur geeignet sind sich auf Rechtsgeschäfte ohne Verbraucherbeteiligung auszuwirken²²¹. Diesbezüglich geht der Anwendungsbereich des UWG weiter als der Schutzbereich der UGP-Richtlinie. Im Erwägungsgrund 6 der Richtlinie wird den Mitgliedstaaten explizit offen gehalten, durch nationale Vorschriften unter uneingeschränkter Wahrung des Subsidiaritätsprinzips²²² im Einklang mit dem Unionsrecht weitergehende Regelungen zu treffen²²³. Es besteht somit keine Sperrwirkung, begründet durch den Vorrang des Unionsrechts²²⁴.

Von deutscher Seite wurde vor dem Erlass der UGP-Richtlinie erfolglos darauf hingewiesen, dass der lauterkeitsrechtliche Verbraucher-, Mitbewerber- oder Unternehmensschutz einen einheitlichen Sachverhalt darstelle, der nicht durch eine partielle Regelung in einer Richtlinie künstlich auseinander gerissen werden sollte²²⁵. Durch die Umsetzung der UGP-Richtlinie innerhalb des UWG ergibt sich, dass, wegen der unterschiedlichen Schutzbereiche der UGP-Richtlinie und des UWG, der Schutzbereich des UWG heterogen ist²²⁶. Das hat zur Folge, dass auch die Auslegung der Vorschriften und Begriffe heterogen erfolgt, je nachdem, ob sie durch die Umsetzung entstanden sind oder nicht.

Der Gesetzgeber konnte diese Folge der Umsetzung somit voraussehen und hat sich trotz einiger Kritik²²⁷ entschieden, die verbraucherschützenden Vorschriften der UGP-Richtlinie in das UWG umzusetzen²²⁸.

bb) Vermeidung von Wertungswidersprüchen

Zur Vermeidung von Wertungswidersprüchen wird teilweise vertreten, dass innerhalb des UWG entsprechende Wertungen der UGP-Richtlinie auch auf

220 Erwägungsgrund 7 der UGP-Richtlinie 2005/29/EG.

221 Erwägungsgrund 6 der UGP-Richtlinie 2005/29/EG.

222 Vgl. dazu allgemein Streinz/*Streinz*, EUV/EGV, Art. 5, Rz. 30 ff.

223 Erwägungsgrund 6 der UGP-Richtlinie 2005/29/EG.

224 Streinz/*Streinz*, EUV/EGV, Art. 5, Rz. 21.

225 Henning-Bodewig/*Schricker*, GRUR Int 2002, 319 (320); a. A. Fezer, WRP 2009, 1163 (1165 f.).

226 Fezer/*Fezer*, UWG, § 1, Rz. 27; Fezer, WRP 2010, 577 (578)

227 Henning-Bodewig/*Schricker*, GRUR Int 2002, 319 (320).

228 Fezer/*Fezer*, UWG, § 1, Rz. 22.

von ihr nicht geregelte Sachverhalte zu übertragen seien²²⁹. Obwohl die richtlinienkonforme Auslegung nicht bei der Anwendung der gesamten UWG-Vorschriften den Vorrang genießt, bildeten doch die unionsrechtlichen Prinzipien des Richtlinienrechts wesentliche Auslegungskriterien, die bei der interpretatorischen Gesamtabwägung zu berücksichtigen seien²³⁰. Es muss dabei jedoch beachtet werden, dass Wertungswidersprüche erst entstehen, wenn vergleichbare Interessenlagen ohne einen sachlichen Grund unterschiedlich behandelt werden. Die Interessen der Verbraucher und die der Unternehmer unterscheiden sich jedoch. Zwar sind beide Lager grundsätzlich an einem lauterem Marktverhalten und einer weitgehenden Handlungs- und Entscheidungsfreiheit interessiert²³¹, im Übrigen verfolgen sie jedoch spezifische entgegengesetzte Interessen. Aufgrund mangelnder Erfahrung sind Verbraucher typischerweise im Verhältnis zu Unternehmern in ihrer Marktposition unterlegen²³² und haben ein großes Interesse an Bestimmungen, die ihre Verhandlungsposition stärken. Der Schutz, der Verbrauchern gegenüber Unternehmern zukommt, ist zwischen Unternehmern grundsätzlich nicht gerechtfertigt, da nicht von vorne herein von einem Gefälle an Erfahrung und geschäftlicher Gewandtheit auszugehen ist²³³. Umfassende Aufklärungs- oder Informationspflichten wären zum Beispiel nicht gerechtfertigt. Es bedarf somit jeweils der konkreten Überprüfung, inwiefern tatsächlich Wertungswidersprüche auftreten, die dann jedoch durch eine einheitliche richtlinienkonforme Auslegung auszuräumen sind. Durch die Umsetzung haben sich aber Begriffe und Legaldefinitionen im UWG, sowie auch der Schutzbereich insgesamt verändert²³⁴. Diese Veränderungen schlagen sich auch im Verhältnis zwischen Konkurrenten nieder und sind zu beachten. Ein und derselbe Begriff kann nicht im Verhältnis zwischen Verbrauchern und Unternehmern anders verstanden werden, als in Fällen, in denen Verbraucher nicht beteiligt sind. Eine einheitliche Auslegung erleichtert

229 Köhler/Bornkamm, UWG, § 3, Rz. 71.

230 Fezer, WRP 2009, 1163 (1174).

231 Harte/Henning/Schünemann, UWG, § 1, Rz. 66.

232 Palandt/Ellenberger, BGB, § 13, Rz. 1.

233 Palandt/Ellenberger, BGB, § 14, Rz. 1.

234 Vgl. dazu 3. Kapitel II. 2.

grundsätzlich die Anwendung des UWG. Der Gesetzgeber hat dies bei der Umsetzung der UGP-Richtlinie in das UWG beherzigt und einheitliche Definitionen in den Gesetzestext²³⁵ aufgenommen, die für den gesamten Anwendungsbereich des UWG einheitlich ausgelegt werden sollen²³⁶.

c) Bedeutung für den Anwendungsbereich des § 4 Nr. 11 UWG

Die UGP-Richtlinie kennt keine mit dem Rechtsbruchtatbestand vergleichbare Vorschrift²³⁷. Der Rechtsbruchtatbestand wird auch als mitbewerberbezogener Verbotstatbestand bezeichnet²³⁸, weil sich in der Praxis häufiger Konkurrenten darauf berufen. Ein Anspruch nach § 4 Nr. 11 UWG ist jedoch mit und ohne die Beteiligung von Verbrauchern möglich. Der Tatbestand des § 4 Nr. 11 UWG schützt, je nach Schutzzweck der verletzten Norm, Mitbewerber, Verbraucher und sonstige Marktteilnehmer²³⁹. Im Anwendungsbereich der UGP-Richtlinie muss der Rechtsbruchtatbestand richtlinienkonform ausgelegt werden. Insbesondere darf er das Verhältnis zwischen Unternehmern und Verbrauchern im Ergebnis nicht abweichend oder weiterreichender regeln als es durch die umgesetzte UGP-Richtlinie vorgesehen ist.

2. Persönlicher Schutzbereich des UWG nach § 1 UWG

Nach § 1 UWG bezweckt das Gesetz den gleichrangigen²⁴⁰ Schutz der Mitbewerber, der Verbraucherinnen und Verbraucher sowie der sonstigen Marktteilnehmer vor unlauteren geschäftlichen Handlungen und schützt zugleich das Interesse der Allgemeinheit an einem unverfälschten Wettbewerb. Zur Erleichterung des einheitlichen Umgangs mit den in § 1 UWG genannten Begriffen hat der Gesetzgeber, dem Beispiel der europäischen Gesetzgebungstechnik folgend²⁴¹, in § 2 UWG einige Definitionen zur Konkretisierung erlassen.

235 § 2 UWG.

236 Vgl. dazu 3. Kapitel II. 2.

237 Köhler, NJW 2008, 3032 (3036).

238 Fezer/Götting, UWG, § 4-11, Rz.30.

239 Lettl, GRUR 2004, 449 (450).

240 BT-Drucks. 15/1487, S. 15.

241 Fezer/Götting, UWG, § 4-11, Rz. 62.

a) Mitbewerber

So gilt als „Mitbewerber“ nach § 2 Abs. 1 Nr. 3 UWG jeder Unternehmer, der mit einem oder mehreren Unternehmern als Anbieter oder Nachfrager von Waren oder Dienstleistungen in einem konkreten Mitbewerberverhältnis steht.

b) Unternehmer

Ein „Unternehmer“ ist nach § 2 Abs. 1 Nr. 6 UWG jede natürliche oder juristische Person, die geschäftliche Handlungen in Rahmen ihrer gewerblichen, handwerklichen oder beruflichen Tätigkeit vornimmt, und jede Person, die im Namen oder Auftrag einer solchen Person handelt.

c) Marktteilnehmer

„Marktteilnehmer“ sind nach § 2 Abs. 1 Nr. 2 UWG neben Mitbewerbern und Verbrauchern auch alle natürlichen und juristischen Personen, die weder Verbraucher noch Mitbewerber sind, sofern sie als Anbieter oder Nachfrager von Waren oder Dienstleistungen tätig sind (sonstige Marktteilnehmer)²⁴². Der Schutz der Marktteilnehmer vor unlauterem Wettbewerb besteht also unabhängig von einem konkreten Wettbewerbsverhältnis.

d) Verbraucher

„Verbraucher“ ist nach § 2 Abs. 2 UWG in Verbindung mit § 13 BGB jede natürliche Person, die ein Rechtsgeschäft zu einem Zwecke abschließt, der weder ihrer gewerblichen noch ihrer selbständigen beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden kann.

e) Richtlinienkonforme Auslegung des Verbraucherbegriffs

Maßgeblich für den Verbraucherbegriff nach § 2 Abs. 2 i. V. m. § 13 BGB ist das europäische Verbraucherleitbild²⁴³. In der UGP-Richtlinie wird es im Erwägungsgrund 18 näher erläutert. Danach ist als Durchschnittsverbraucher nach der Auslegung des EuGH ein Verbraucher anzusehen, der unter Berücksichtigung sozialer, kultureller und sprachlicher Faktoren angemessen gut unterrichtet und angemessen

²⁴² BT-Drucks. 15/1487, S. 16; BT-Drucks. 15/10145, S. 11.

²⁴³ Palandt/Ellenberger, BGB, § 13, Rz. 1; Fezer/Fezer, UWG, § 3, Rz. 238 ff.

aufmerksam und kritisch ist. Unterschiede zum deutschen Recht bestehen insoweit nicht, da sich der Gesetzgeber auch bei der UWG-Reform ausdrücklich zum Leitbild des Durchschnittsverbrauchers bekannt hat²⁴⁴.

Auffällig an dem Verbraucherbegriff ist, dass darin final auf den Abschluss eines Rechtsgeschäfts abgestellt wird. Im Gegensatz dazu stellen die anderen Definitionen auf die zentralen Verhaltensweisen im Wettbewerb ab, das Anbieten und das Nachfragen. Fraglich ist, was im Vorfeld oder nach dem Abschluss eines Rechtsgeschäfts gilt. Ein sonstiger Marktteilnehmer nach § 2 Abs. 1 Nr. 2 UWG ist der Verbraucher jedenfalls ausdrücklich zu keinem Zeitpunkt, also auch nicht in der Phase vor dem Geschäftsabschluss, wenn es noch um das allgemeine Anbieten und Nachfragen geht. Es wäre allerdings zu kurz gegriffen, daraus zu schließen, dass erst der Geschäftsabschluss aus ihm einen Verbraucher machen würde und diejenige Person, die ein Rechtsgeschäft nicht abschließt, weil ihre Nachfrageentscheidung negativ ausgefallen ist, kein Verbraucher ist. Die Entscheidung von Verbrauchern, zum Beispiel in einem Jahr der wirtschaftlichen Rezession keine großen Weihnachtsgeschenke zu kaufen, ist trotzdem eine Verbraucherentscheidung, obwohl sie zum Nichteintreten von Geschäftsabschlüssen führt. Der Verbraucher ist also schon Verbraucher, wenn er nur beginnt, über einen Geschäftsabschluss für seinen privaten Bedarf nachzudenken, etwa wenn er von einem Unternehmer durch eine Werbung dazu angeregt wird.

Für dieses Verständnis spricht die richtlinienkonforme Auslegung. Die UGP-Richtlinie stellt nicht auf den Geschäftsabschluss ab, sondern betrifft insgesamt das wirtschaftliche Verhalten, insbesondere die geschäftliche Entscheidung vor einem Geschäftsabschluss²⁴⁵. In der Verbraucherdefinition der UGP-Richtlinie ist in Art. 2 a) von einem Geschäftsabschluss nicht die Rede. Verbraucher ist danach jede natürliche Person, die im Geschäftsverkehr im Sinne dieser Richtlinie zu Zwecken handelt, die nicht ihrer gewerblichen, handwerklichen oder beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden können. Im Hinblick auf den Schutzbereich des UWG bzw. der UGP-Richtlinie ist es also für die

244 BT-Drucks. 15/1487, S. 19; *Seichter*, WRP 2005, 1087 (1091).

245 Vgl. Art. 2 e) und k) UGP-Richtlinie.

Verbrauchereigenschaft in Abgrenzung zum Unternehmer wichtig, dass der Abschluss eines Rechtsgeschäfts dem privaten Bedarf zugerechnet wird. Die Funktion des Verbrauchers im UWG und dessen Schutz – der im Folgenden genau untersucht und dargestellt wird – beginnt allerdings schon vor einem möglichen Geschäftsabschluss und geht sogar darüber hinaus²⁴⁶.

3. Sachlicher Schutzbereich des UWG

Unlautere geschäftliche Handlungen sind nach § 3 Abs. 1 UWG unzulässig und damit verboten. Dabei gelten sie allgemein als unzulässig, wenn sie die Interessen der Marktteilnehmer spürbar beeinträchtigen, weil sie irreführend sind oder von ihnen unzumutbare Belästigungen ausgehen²⁴⁷. Die zentralen Begriffe, die den sachlichen Anwendungsbereich des UWG eröffnen, sind somit die Unlauterkeit und die geschäftliche Handlung²⁴⁸.

a) Unlauterkeit

Der Begriff der Unlauterkeit wird im UWG nicht legaldefiniert²⁴⁹. In § 3 UWG sind lediglich einige Voraussetzungen genannt, bei denen von unlauteren geschäftlichen Handlungen auszugehen ist. Ergänzend dazu sind in den Beispielstatbeständen der §§ 4-7 UWG typische Erscheinungsformen unlauteren Handelns aufgenommen²⁵⁰.

Aus der Gesetzesbegründung ergibt sich, dass der Begriff der Unlauterkeit den Begriff der guten Sitten ablösen soll²⁵¹. Der Begriff der guten Sitten im Wettbewerbsrecht hat, wie im ersten Kapitel gesehen, eine lange Geschichte und damit auch eine „Vorbelastung“. Als unlauter gelten nun Handlungen, die den anständigen Gepflogenheiten in Handel, Gewerbe, Handwerk oder selbständiger beruflicher Tätigkeit zuwiderlaufen²⁵². Die Unlauterkeit soll dabei als objektivierte Verhaltensmerkmal verstanden werden, von dem weder ein sittlicher Makel ausgeht, noch eine besondere Anforderung an die Rechtswidrigkeit gestellt wird. Durch die Verwendung

246 Vgl. 3. Kapitel III. 7.

247 §§ 4-7 UWG.

248 Harte/Henning/Keller, UWG, § 2, Rz. 2; Köhler/Bornkamm, UWG, § 2, Rz. 3; Köhler, WRP 2007, 1393.

249 Köhler/Bornkamm, UWG, § 3, Rz. 62.

250 Köhler/Bornkamm, UWG, § 4, Rz. 0.2; BT-Drucks. 16/10145, S. 11.

251 BT-Drucks. 15/1487, S. 16.

252 Harte/Henning/Schünemann, UWG, § 3, Rz. 127.

des Begriffs der Unlauterkeit wird zudem die Kompatibilität mit dem Gemeinschaftsrecht verbessert, welches diesen Begriff in vielen Vorschriften verwendet²⁵³.

Allein die neue Terminologie dient für sich gesehen nicht unmittelbar der Verbesserung der Rechtsklarheit. Indem der Gesetzgeber nun auf anständige Gepflogenheiten anstatt auf gute Sitten abstellt, wird ein unbestimmter Begriff durch einen neuen ersetzt, dessen Bedeutung wiederum durch Auslegung zu ermitteln ist²⁵⁴. Die Erneuerung der Terminologie verdeutlicht allerdings die Zäsur im Lauterkeitsrecht durch die Reform im Jahr 2004 und die Umsetzung der UGP-Richtlinie. Zur Verbesserung der Rechtsklarheit empfiehlt es sich, einen Blick auf die Definition der Unlauterkeit in der UGP-Richtlinie zu werfen. Die UGP-Richtlinie erhebt den Anspruch, das Verhältnis zwischen Unternehmern und Verbrauchern umfassend und ausschließlich zu regeln²⁵⁵.

aa) Vorgaben der UGP-Richtlinie

Im Gegensatz zum UWG findet sich in Art. 5 Abs. 2 der UGP-Richtlinie eine Definition, wann eine Geschäftspraxis unlauter ist. Dies ist der Fall, wenn sie erstens den Erfordernissen der beruflichen Sorgfaltspflicht widerspricht und sie zweitens in Bezug auf das jeweilige Produkt das wirtschaftliche Verhalten des Durchschnittsverbrauchers, den sie erreicht oder an den sie sich richtet, oder des durchschnittlichen Mitglieds einer Gruppe von Verbrauchern, wenn sich eine Geschäftspraxis an eine bestimmte Gruppe von Verbrauchern wendet, wesentlich beeinflusst oder dazu geeignet ist, es wesentlich zu beeinflussen. Die wesentliche Beeinflussung ist in Art. 2 lit. e) der UGP-Richtlinie legaldefiniert. Nicht jede Beeinflussung im Wirtschaftsverkehr zwischen Verbraucher und Unternehmer, wie etwa die Werbung, ist verboten. Laut Erwägungsgrund Nr. 6 berührt die UGP-Richtlinie nicht die anerkannten Werbe- und Marketingmethoden wie rechtmäßige Produktplatzierung, Markendifferenzierung oder Anreize, die auf rechtmäßige Weise die Wahrnehmung von Produkten durch den Verbraucher und sein Verhalten beeinflussen können, die jedoch seine

253 BT-Drucks. 15/1487, S. 16.

254 Vgl. dazu Fezer/Fezer, UWG, § 1, Rz. 15 ff.

255 BR-Drucks. 345/08, S. 1.

Fähigkeit, eine informierte Entscheidung zu treffen, nicht beeinträchtigen. Im Sinne der UGP-Richtlinie versteht man unter einer „wesentlichen Beeinflussung des wirtschaftlichen Verhalten des Verbrauchers“ die Anwendung einer Geschäftspraxis, um die Fähigkeit des Verbrauchers, eine informierte Entscheidung zu treffen, spürbar zu beeinträchtigen und damit den Verbraucher zu einer geschäftlichen Entscheidung zu veranlassen, die er andernfalls nicht getroffen hätte.

Art. 5 Abs. 4 i. V. m. den Artt. 6-8 UGP-Richtlinie enthalten konkrete Beispiele geschäftlicher Handlungen, die wegen irreführenden oder aggressiven Verhaltens unlauter sind. Art. 5 Abs. 5 UGP-Richtlinie verweist auf den Anhang I der UGP-Richtlinie. Darin sind Geschäftspraktiken aufgezählt, die unter allen Umständen als unlauter anzusehen sind.

bb) Umsetzung in § 3 Abs. 2 und 3 UWG

Diese Vorgaben wurden innerhalb des § 3 UWG umgesetzt und sind auch danach im Wege der richtlinienkonformen Auslegung zu berücksichtigen²⁵⁶. In Absatz 2 wird im Sinne einer Generalklausel speziell das Verhältnis zwischen Unternehmern und Verbrauchern herausgegriffen und nach der Vorgabe der UGP-Richtlinie abstrakt bestimmt, welche geschäftlichen Handlungen zwischen Unternehmern und Verbrauchern jedenfalls unzulässig sind. Dies sind entsprechend der UGP-Richtlinie geschäftliche Handlungen, die der für den Unternehmer geltenden fachlichen Sorgfalt nicht entsprechen und dazu geeignet sind, die Fähigkeit des Verbrauchers, sich auf Grund von Informationen zu entscheiden, spürbar zu beeinträchtigen. Das bedeutet wiederum, dass sie geeignet sind, den durchschnittlichen Verbraucher zu einer Entscheidung zu veranlassen, die er andernfalls nicht getroffen hätte. Der dritte Absatz des § 3 UWG verweist auf die im Anhang des UWG zu findende so genannte Schwarze Liste. Wenn die dort beschriebenen Handlungen gegenüber Verbrauchern vorliegen, ist immer von einer unlauteren geschäftlichen Handlung auszugehen, ohne dass dem Richter ein Wertungsvorbehalt eingeräumt wird. § 3 Abs. 3 UWG ist insoweit die Spezialregelung zu den Absätzen 2

256 BR-Drucks. 345/08, S. 26.

und 1²⁵⁷. Wenn eine im Anhang beschriebene geschäftliche Handlung gegeben ist, müssen keine anderen Voraussetzungen des § 3 UWG überprüft werden²⁵⁸.

cc) Systematische Bedeutung des § 3 Abs. 1 UWG

Neben den aus der UGP-Richtlinie umgesetzten Vorschriften in § 3 Abs. 2 und 3 UWG enthält das UWG in § 3 Abs. 1 UWG eine zusätzliche Generalklausel²⁵⁹, die bestimmt, dass unlautere geschäftliche Handlungen unzulässig sind, wenn sie geeignet sind, die Interessen von Mitbewerbern, Verbrauchern oder sonstigen Marktteilnehmern spürbar zu beeinträchtigen. Dabei wird auch in § 3 Abs. 1 UWG die Unlauterkeit nicht definiert, sondern durch den Bezug zu den Beispielen unlauterer geschäftlicher Handlungen in den §§ 4-7 UWG begründet²⁶⁰, zu denen auch der Rechtsbruchtatbestand gemäß § 4 Nr. 11 UWG gehört. Aus dem Wort „insbesondere“ in § 4 UWG ergibt sich, dass die Beispiele nicht abschließend sind. Bei Neuerscheinungen unlauterer geschäftlicher Handlungen dient die Generalklausel § 3 Abs. 1 UWG als Auffangtatbestand²⁶¹.

An dieser Systematik hat die Gesetzesänderung durch die Novelle 2008 nichts geändert²⁶². In § 4 UWG wurde die sprachliche Bezugnahme auf die Generalklausel durch das Änderungsgesetz aufgegeben. In der neuen Formulierung in § 4 UWG wurde nach „Unlauter“ der Teil „im Sinne von § 3“ gestrichen. Diese Korrektur wurde vom Gesetzgeber ausdrücklich deshalb vorgenommen, um den unzutreffenden Eindruck zu vermeiden, dass § 3 UWG den Begriff der Unlauterkeit definieren würde. Aus § 3 UWG ergeben sich lediglich die Voraussetzungen, bei denen von unzulässigen unlauteren geschäftlichen Handlung auszugehen ist²⁶³.

257 Köhler/Bornkamm, UWG, § 3, Rz. 6.

258 Köhler/Bornkamm, UWG, § 3, Rz. 6.

259 Fezer/Fezer, UWG, § 3, Rz. 21.

260 Köhler/Bornkamm, UWG, § 3, Rz. 9.

261 Harte/Henning/Schünemann, UWG, § 3, Rz. 77; Köhler/Bornkamm, UWG, § 3, Rz. 64; Ullmann jurisPK-UWG/Ullmann, § 3, Rz. 14; Lettl, § 2, Rz. 9.

262 Harte/Henning/Schünemann, UWG, § 3, Rz. 57.

263 BR-Drucks. 345/08, S. 43.

Die Generalklausel § 3 Abs. 1 UWG ist schon deshalb unentbehrlich, da sie für alle von der UGP-Richtlinie nicht geregelten Fälle unlauteren Wettbewerbsverhaltens im B2B-Bereich anwendbar ist, indem sie unlautere geschäftliche Handlungen zwischen Mitbewerbern verbietet²⁶⁴. Bemerkenswert an der Vorschrift § 3 Abs. 1 UWG ist jedoch, dass sie nicht auf die Interessen der Mitbewerber beschränkt ist, sondern auch die Interessen der Verbraucher und der sonstigen Marktteilnehmer betrifft, soweit diese spürbar beeinträchtigt werden²⁶⁵.

cc) Verhältnis von § 3 Abs. 1 UWG zu § 3 Abs. 2 S. 1 UWG

Beide Generalklauseln in § 3 UWG haben gemeinsam, dass sie das Verbot unlauterer geschäftlicher Handlungen normieren²⁶⁶. Wegen der inhaltlichen Überschneidungen der Regelungen in § 3 Abs. 1 und § 3 Abs. 2 S. 1 UWG im Hinblick auf den B2C-Bereich ist die Abgrenzung der jeweiligen Anwendungsbereiche umstritten²⁶⁷. § 3 Abs. 2 S. 1 UWG regelt im Sinne des Anwendungsbereichs der UGP-Richtlinie ausschließlich solche Fälle, die spezifische Verbraucherinteressen betreffen. § 3 Abs. 1 UWG erstreckt sich auf sämtliche Fälle geschäftlicher Handlungen gegenüber Verbrauchern, Mitbewerbern und sonstigen Marktteilnehmern²⁶⁸.

Der Gesetzgeber hat in seiner amtlichen Begründung zu § 3 UWG ausgeführt, dass die lauterkeitsrechtliche Generalklausel in § 3 Abs. 1 UWG durch § 3 Abs. 2 UWG ergänzt wird²⁶⁹ und der Umsetzung der UGP-Richtlinie im Rahmen des § 3 Abs. 2 und 3 UWG lediglich eine klarstellende Funktion zukommt²⁷⁰, ohne dass sich daraus wesentliche Änderungen zur Rechtslage vor der Umsetzung ergeben²⁷¹. Mit dieser Begründung steht allerdings nur ein Teil der Literatur im Einklang, der ebenfalls vertritt, dass der Umsetzung des Art. 5 Abs. 2 der UGP-Richtlinie in den § 3 Abs. 2 S.1 UWG lediglich eine klarstellende Funktion zukommt, inhaltlich aber die Regelung kein praktisches Eigenleben hat²⁷² und

264 Fezer/Fezer, UWG, § 3, Rz. 22.

265 Köhler/Bornkamm, UWG, § 3, Rz. 9.

266 Fezer/Fezer, § 3, Rz. 1.

267 Scherer, WRP 2010, 586.

268 Köhler/Bornkamm, UWG, § 3, Rz. 9.

269 BT-Drucks. 16/10145, S. 22.

270 BT-Drucks. 16/10145, S. 26.

271 BT-Drucks. 16/10145, S. 26.

272 Harte/Henning/Schünemann, § 3, Rz. 436; MüKo-UWG/Sosnitzer, § 3, Rz. 63, 23.

weitgehend²⁷³ oder sogar vollständig²⁷⁴ in § 3 Abs. 1 enthalten ist: Folglich wäre § 3 Abs. 1 UWG im B2B- und B2C-Bereich anwendbar²⁷⁵. Gegen diese Ansicht wird unter anderem von Karl-Heinz **Fezer** hervorgebracht, dass wegen des Anwendungsvorrangs des Unionsrechts im B2C-Bereich ausschließlich der speziellere § 3 Abs. 2 S. 1 UWG, und im B2B-Bereich, ungeachtet seiner Formulierung „Interessen der Verbraucher“, ausschließlich § 3 Abs. 1 UWG angewendet werden können²⁷⁶.

Zu beachten ist hier jedoch, dass sich dieser Streit jedenfalls im Hinblick auf die Bestimmung der Unlauterkeit bei den in §§ 4-7 UWG und den in der so genannten schwarzen Liste im Anhang I des UWG genannten Tatbeständen keine Auswirkungen hat. Denn in diesen Fällen muss für die Prüfung der Unlauterkeit weder auf die eine noch auf die andere Generalklausel zurückgegriffen werden²⁷⁷. Erst wenn eine geschäftliche Handlung gegeben ist, die unter kein Regelbeispiel zu subsumieren wäre, müsste in einem Fall mit Verbraucherbeteiligung entschieden werden, welche Generalklausel als Auffangtatbestand für diese unlautere geschäftliche Handlung heranzuziehen ist.

dd) Folgen der Systematik für den Rechtsbruchtatbestand

Aus der Systematik des UWG ergibt sich, dass der Gesetzgeber die Tatbestände des UWG nach der Gesetzestechnik von Grund- oder Auffangtatbestand, ergänzt durch eine Vielzahl nicht abschließender konkretisierender Regelbeispiele, konzipiert hat²⁷⁸. Der Rechtsbruchtatbestand in § 4 Nr. 11 UWG stellt somit ein Regelbeispiel dar, bei dessen Vorliegen grundsätzlich von einer unlauteren geschäftlichen Handlung auszugehen ist²⁷⁹. Ist ein Fall eines Regelbeispiels gegeben, muss sich der Rechtsanwender somit grundsätzlich keine

273 Köhler/Bornkamm, UWG, § 3, Rz. 8; Köhler, GRUR 2009, 626 (629); Köhler, WRP 2009, 109 (113).

274 Scherer, WRP 2010, 586 (592).

275 Scherer, WRP 2010, 586 (592).

276 Fezer, WRP 2009, 1164 (1171 ff.); Fezer/Fezer, UWG, § 3, Rz. 19; ebenso: Ullmann jurisPK-UWG/Ullmann, § 3, Rz. 7 ff.; Götting/Nordemann/Wirtz, § 3, Rz. 10 f.

277 Piper/Ohly/Sosnitzka, UWG, § 3, Rz. 14.

278 Köhler/Bornkamm, UWG, § 4, Rz. 0.2; Harte/Henning/Schünemann, UWG, § 3, Rz 54; MüKo-UWG/Sosnitzka, § 3, Rz.7.

279 Gloy/Loschelder/Erdmann/Hasselblatt, § 58, Rz. 41; Böhler, S. 193; Harte/Henning/Keller, UWG, Einl A, Rz. 34.

Gedanken über den unbestimmten Begriff der Unlauterkeit machen, sondern kann sich auf dessen Konkretisierung durch den Gesetzgeber berufen²⁸⁰. Umgekehrt zu dem Grundsatz, dass die Unlauterkeit beim Vorliegen des Regelbeispiels des § 4 Nr. 11 UWG inzident gegeben ist, kann aber in den Fällen, in denen ein Regelbeispiel nicht in Frage kommt oder mangels einer bestimmten Voraussetzung nicht einschlägig ist, nicht automatisch von lauterem Verhalten ausgegangen werden. Vielmehr ist dann eine explizite Prüfung der Unlauterkeit nach § 3 UWG geboten²⁸¹.

Der Rechtsbruchtatbestand ist ein Regelbeispiel, das nicht der UGP-Richtlinie entstammt²⁸². Soweit er im B2B-Bereich angewendet wird, kann sich das Verbot einer unlauteren geschäftlichen Handlung nur aus der allgemeinen Generalklausel nach § 3 Abs. 1 UWG ergeben. Im B2C-Bereich ist die Anwendung des Rechtsbruchtatbestandes durch die UGP-Richtlinie begrenzt, wenn es sich nicht um die nach Art. 3 in den Absätzen 2, 3, 8 und 10 aus der UGP-Richtlinie ausgegrenzten Anwendungsbereichen handelt²⁸³, weil die UGP-Richtlinie unlautere Geschäftspraktiken zwischen Unternehmen und Verbrauchern abschließend regelt²⁸⁴. Eine Umgehung der Regelungen zur Unlauterkeit der UGP-Richtlinie darf nicht über § 4 Nr. 11 UWG erfolgen. Im Rahmen der Überprüfung des Tatbestandsmerkmals der Marktverhaltensregel im vierten Kapitel wird auf diese Konstellation noch eingegangen²⁸⁵. Da aber auch in den Fällen mit Verbraucherbeteiligung kein Zweifel an der Unlauterkeit solcher geschäftlicher Handlungen besteht, die den Tatbestand des § 4 Nr. 11 UWG erfüllen, kann der Streit über die

280 Köhler/Bornkamm, UWG, § 3, Rz. 63; Fezer/Götting, UWG, § 4-11, Rz. 47; Götting/Nordemann/Wirtz, UWG, § 3, Rz. 65; a. A. Gloy/Loschelder/Erdmann/Hasselblatt, § 58, Rz. 29, wonach Unlauterkeit immer zusätzlich durch eine Prüfung des Gesamtverhaltens nach konkretem Anlass, Zweck, Mittel, Begleitumständen und Auswirkungen positiv festgestellt werden müsse. Nach der hier vertretenen Ansicht lässt sich die Ansicht Hasselblatts nicht mit der Gesetzessystematik vereinbaren und ist aufgrund der obligatorischen Prüfung des Kriteriums der spürbaren Beeinträchtigung weder geboten noch nachvollziehbar.

281 Ullmann jurisPK-UWG/Ullmann, § 3, Rz. 18; Götting/Nordemann/Wirtz, UWG, § 3, Rz. 92.

282 Köhler/Bornkamm, UWG, § 4, Rz. 11.6a; Harte/Henning/von Jagow, UWG, § 4 Nr. 11, Rz. 1.

283 Vgl. oben 3. Kapitel II. 1. a) bb); Köhler/Bornkamm, UWG, § 4, Rz. 11.6c.

284 Erwägungsgrund 11 der UGP-Richtlinie 2005/29/EG; Harte/Henning/Glückner, UWG, Vorb, Rz. 12.

285 Vgl. dazu 4. Kapitel III. 5.a).

Bedeutung der beiden Generalklauseln in § 3 Abs. 1 und Abs. 2 S. 1 UWG dahin gestellt bleiben.

Aus der Systematik ergibt sich darüber hinaus, dass der Grundtatbestand inzident im Rahmen der Regelbeispiele geprüft werden muss. Insbesondere die Merkmale der geschäftlichen Handlung und der Spürbarkeit aus § 3 Abs. 1 UWG sind bei der Subsumtion von § 4 Nr. 11 UWG zu beachten²⁸⁶. Deshalb wird auf beide Prüfungspunkte noch explizit eingegangen²⁸⁷. Die Beeinträchtigung der Interessen der Marktteilnehmer aus § 3 Abs. 1 UWG ist ebenfalls für § 4 Nr. 11 UWG beachtlich. Darauf geht jedoch der Wortlaut von § 4 Nr. 11 UWG explizit ein, indem er ein Zuwiderhandeln gegen eine Marktverhaltensregel auch im Interesse der Marktteilnehmer fordert, was ein Beispiel einer Interessenbeeinträchtigung der Marktteilnehmer darstellt.

ee) Zitierung von § 3 i. V. m. § 4 Nr. 11 UWG

Fraglich ist, welche formelle Konsequenz aus dem Aufbau des § 3 UWG für die Zitierung des § 4 Nr. 11 UWG folgt. Systematisch ist die Zitierung des § 3 UWG notwendig, damit die in § 4 Nr. 11 UWG nicht wiederholten Tatbestandsmerkmale nämlich, die Unzulässigkeit, die geschäftliche Handlung sowie die Spürbarkeit in die Prüfung einbezogen werden. Diese Merkmale sind in den § 3 Abs. 1 und Abs. 2 festgeschrieben, so dass es auf einen genauen Bezug praktisch nicht ankommt. In der Rechtsprechung wird deshalb zu Recht allein § 3 ohne eine Bezugnahme auf einen Absatz i. V. m. § 4 Nr. 11 UWG zitiert²⁸⁸.

In der Literatur werden entsprechend dem oben dargestellten Meinungsstreit²⁸⁹ unterschiedliche Ansichten vertreten. Für eine einheitliche Zitierung des § 3 Abs. 1 i. V. m. § 4 Nr. 11 UWG treten diejenigen ein, die davon ausgehen, dass der § 3 Abs. 1 UWG den Regelungsinhalt des spezielleren § 3 Abs. 2 S. 1 UWG einschließt²⁹⁰. Wegen des Grundsatzes

286 Piper/*Ohly/Sosnitza*, UWG, § 4.11, Rz. 11/8; Götting/*Nordemann/Ebert-Weidenfeller*, UWG, § 4 Nr. 11, Rz. 11.23.

287 Vgl. dazu 3. Kapitel III. und 4. Kapitel VI.

288 Z. B.: BGH GRUR 2005, 433 - Telekanzlei; BGH GRUR 2008, 532 - Umsatzsteuerhinweis; OLG HH NJW 2007, 2264, OLG Köln NJW 2007, 3646.

289 Vgl. dazu 3. Kapitel II. 3. a) cc).

290 Harte/*Henning/Schünemann*, § 3, Rz. 436; MüKo-UWG/*Sosnitza*, § 3, Rz. 63, 23;

Köhler/Bornkamm, UWG, § 3, Rz. 8; *Köhler*, GRUR 2009, 626 (629); *Köhler*, WRP 2009, 109 (113); *Scherer*, WRP 2010, 586 (592).

des Vorrangs des Gemeinschaftsrechts ist eine differenzierte Zitierung zu Gunsten der Klarstellung ebenfalls vertretbar. Dann müsste in den Fällen des Rechtsbruchtatbestandes aus dem Anwendungsbereich der UGP-Richtlinie, die den Verbraucher in der Rolle des Nachfragenden Marktteilnehmers betreffen, § 3 Abs. 2 i. V. m. 4 Nr. 11 UWG zitiert werden²⁹¹ In den übrigen Fällen des Rechtsbruchtatbestandes, die das Verhältnis zwischen Unternehmern als Mitbewerber und sonstigen Marktteilnehmern oder Verbrauchern als Anbieter und Unternehmern als Nachfragende²⁹² betreffen, müsste § 3 Abs. 1 i. V. m. § 4 Nr. 11 UWG zitiert werden.

Praktische Auswirkungen erwachsen aus den unterschiedlichen Arten der Zitierweise jedenfalls nicht.

ff) Zusammenfassung zum Merkmal der Unlauterkeit

Es besteht Einigkeit darüber, dass der Rechtsbruchtatbestand eine typische Erscheinungsform unlauteren Handelns nach dem UWG umschreibt. Deshalb stellt sich die Frage, ob ein Zuwiderhandeln gegen eine Marktverhaltensregel nach § 4 Nr. 11 UWG unlauter ist, bei der Prüfung des Rechtsbruchtatbestandes nicht. Vielmehr betrachtet der Gesetzgeber ein solches Zuwiderhandeln generell als unlauteres Verhalten. Eine darüber hinausgehende Begründung der Unlauterkeit ist nicht notwendig²⁹³.

Im Wege der richtlinienkonformen Auslegung ist jedoch im Verhältnis zwischen Unternehmern und Verbrauchern darauf zu achten, dass ein Anspruch auf der Grundlage des § 4 Nr. 11 UWG ausscheidet, wenn er über den Regelungsbereich der UGP-Richtlinie hinausgehen würde. In der UGP-Richtlinie wird nämlich abschließend bestimmt, welches Verhalten zwischen Unternehmern und Verbrauchern unlauter ist²⁹⁴.

b) Geschäftliche Handlung

Eine „geschäftliche Handlung“ nach § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG ist jedes Verhalten einer Person zugunsten des eigenen oder eines fremden

291 Ullmann jurisPK-UWG/Ullmann, § 3, Rz. 9; Fezer, WRP 2009, 1164 (1171 ff.).

292 Köhler/Bornkamm, UWG, § 3, Rz. 7.

293 Köhler/Bornkamm, UWG, § 4, Rz. 0.2; Böhler, S. 193.

294 Harte/Henning/Glückner, UWG, Vorb, Rz. 12.

Unternehmens vor, bei oder nach einem Geschäftsabschluss, das mit der Förderung des Absatzes oder des Bezugs von Waren oder Dienstleistungen oder mit dem Abschluss oder der Durchführung eines Vertrages über Waren oder Dienstleistungen objektiv zusammenhängt; als Waren gelten auch Grundstücke, als Dienstleistungen gelten auch Rechte und Verpflichtungen.

Dieser Begriff wird im Folgenden ausführlich dargestellt. Er wurde bei der Umsetzung der UGP-Richtlinie neu in das UWG eingeführt und erfüllt eine zentrale Rolle, die gerade auch im Hinblick auf die dogmatische Herleitung des Rechtsbruchtatbestandes von Bedeutung ist.

III. Geschäftliche Handlung

Die geschäftliche Handlung ist neben der Unlauterkeit der zentrale Begriff des UWG. Erst wenn eine geschäftliche Handlung vorliegt, ist überhaupt der Anwendungsbereich des UWG eröffnet²⁹⁵. Fehlt es an einer geschäftlichen Handlung, ist im Gegensatz dazu das allgemeine Deliktsrecht anwendbar²⁹⁶. Die Neukonzeption des UWG ist darauf ausgerichtet, dass der Begriff der geschäftlichen Handlung allen Tatbeständen des UWG zugrunde liegt. Das bedeutet, dass die Untersuchung der Neukonzeption des Rechtsbruchtatbestandes es unbedingt erfordert, zu klären, was unter dem Begriff zu verstehen ist. Der näheren Auseinandersetzung ist vorweg zu nehmen, dass in der Regel die Mehrzahl der Handlungen eines Unternehmers geschäftliche Handlungen darstellen. Das UWG dient dazu, diejenigen zu verbieten und zu sanktionieren, die unlauter sind.

1. Bedeutung der geschäftlichen Handlung für den Rechtsbruchtatbestand

a) Gesetzgeber

Beim ersten Blick in die Vorschrift des § 4 UWG fällt auf, dass in den Nummern 1-3 ausdrücklich geschäftliche Handlungen im Tatbestand aufgeführt werden, in den Nummern 4-11 jedoch nicht.

295 Harte/Henning/Keller, UWG, § 2, Rz. 2; Köhler/Bornkamm, UWG, § 2, Rz. 3; Köhler, WRP 2007, 1393.

296 Köhler/Bornkamm, UWG, § 2, Rz. 3; Gloy/Loschelder/Erdmann/Hasselblatt, § 58, Rz. 40.

Fraglich ist deswegen, ob in den Rechtsbruchtatbestand die „geschäftliche Handlung“ als Verhalten hinein gelesen werden muss, in Sinne von: „wer einer gesetzlichen Vorschrift *durch eine geschäftliche Handlung* zuwiderhandelt, ...“. Dann wäre ein Zuwiderhandeln nur im Rahmen einer geschäftlichen Handlung möglich. Andernfalls könnte ein Zuwiderhandeln gegen eine gesetzliche Vorschrift auch etwa durch Handlungen einer Person erfolgen, die ihrem privaten Lebensbereich zuzuordnen sind.

Der Gesetzgeber hat diese Frage selbst beantwortet, indem er den aufgezählten Tatbeständen in § 4 UWG vorangestellt hat, dass es sich dabei um Beispiele unlauterer geschäftlicher Handlungen handelt. Daraus folgt, dass alle Tatbestände des § 4 UWG als Fälle von verschiedenen geschäftlichen Handlungen angesehen werden. Somit können der Rechtsbruchtatbestand, sowie die Nummern 4-11 des § 4 UWG nur durch eine geschäftliche Handlung verwirklicht werden.

b) Blick auf den Schutzbereich

Die gleiche Schlussfolgerung ergibt sich auch aus den obigen Ausführungen zum Schutzbereich des UWG. Dort wurde dargestellt, dass die Generalklausel durch die folgenden Beispielstatbestände konkretisiert wird²⁹⁷. Daraus folgt, dass die §§ 4-7 UWG in Verbindung mit der Generalklausel gelesen werden müssen und somit immer durch geschäftliche Handlungen verwirklicht werden²⁹⁸. Im Gegenschluss ergibt sich, dass § 4 Nr. 11 i. V. m. § 3 UWG zwangsläufig nicht einschlägig ist, wenn das Verhalten nicht einer geschäftlichen Handlung entspricht.

Das Tatbestandsmerkmal der geschäftlichen Handlung muss im Ergebnis somit in den Rechtsbruchtatbestand hinein gelesen werden²⁹⁹. Deshalb wird vor der Untersuchung sämtlicher Tatbestandsmerkmale zunächst der Begriff der geschäftlichen Handlung, wie er vom Gesetzgeber legaldefiniert ist, untersucht.

297 BR-Drucks. 345/08, S. 43; Köhler, GRUR 2004, 381 (382); Köhler/Bornkamm, UWG, § 4, Rz. 0.2.

298 Fezer/Götting, UWG, § 4-11, Rz. 47.

299 Köhler/Bornkamm, UWG, § 4, Rz. 11.23.

2. Geschäftliche Handlung anstatt Wettbewerbshandlung

Obwohl der Gesetzgeber erst mit der UWG-UWGReform von 2004 die so genannte Wettbewerbshandlung³⁰⁰ eingeführt hatte, musste er zugunsten des neuen Begriffs der geschäftlichen Handlung aufgegeben werden. Denn der in der UGP-Richtlinie verwendete Begriff der Geschäftspraktiken ging über den Anwendungsbereich des UWG 2004 hinaus³⁰¹. Die notwendige richtlinienkonforme Auslegung des Vorgängerbegriffs hätte die Grenzen der Rechtsklarheit überschritten. Deshalb folgte der Gesetzgeber dem Vorschlag Helmut **Köhlers** und etablierte den neuen Begriff der geschäftlichen Handlung im UWG³⁰².

3. Vorgaben in Art. 2 lit d) der UGP-Richtlinie

Der Begriff der geschäftlichen Handlung wurde somit im deutschen Recht gewählt, um den Begriff der Geschäftspraktik aus der UGP-Richtlinie im Wege der Vollharmonisierung umzusetzen³⁰³. Dort wird er in Art. 2 lit d) folgendermaßen definiert:

Eine Geschäftspraktik ist im Geschäftsverkehr zwischen Unternehmen und Verbrauchern jede Handlung, Unterlassung, Verhaltensweise oder Erklärung, kommerzielle Mitteilung einschließlich Werbung und Marketing eines Gewerbetreibenden, die unmittelbar mit der Absatzförderung, dem Verkauf oder der Lieferung eines Produkts an Verbraucher zusammenhängt.

Nach der Umsetzung ins deutsche Recht ist die Definition weiterhin für die richtlinienkonforme Auslegung des Begriffs der geschäftlichen Handlung im Sinne von § 2 I Nr. 1 UWG³⁰⁴ heranzuziehen.

300 § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG 2004: „Jede Handlung einer Person mit dem Ziel zugunsten des eigenen oder fremden Unternehmens den Absatz oder Bezug von Waren, Dienstleistungen, unbeweglicher Sachen, Rechte und/oder Pflichten zu fördern“.

301 Harte/Henning/Keller, UWG, § 2, Rz. 1.

302 Köhler, WRP 2007, 1393 (1397).

303 BR-Drucks. 345/08, S. 18.

304 Isele, GRUR 2009, 727 (728); Harte/Henning/Keller, UWG, § 2, Rz. 6.

4. Legaldefinition der geschäftlichen Handlung

In § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG wird die geschäftliche Handlung legaldefiniert. Danach ist eine geschäftliche Handlung:

[...] jedes Verhalten einer Person zugunsten des eigenen oder eines fremden Unternehmens, vor, bei oder nach einem Geschäftsabschluss, das mit der Förderung des Absatzes oder des Bezugs von Waren oder Dienstleistungen oder mit dem Abschluss oder der Durchführung eines Vertrages über Waren oder Dienstleistungen objektiv zusammenhängt.

Die Definition stellt allgemein auf ein Verhalten einer Person ab, und nicht auf eine Handlung im engeren Sinn. Der Begriff umschließt demnach sowohl ein Tun als auch ein Unterlassen³⁰⁵. Das Verhalten zugunsten des eigenen oder eines fremden Unternehmens muss in einem objektiven Zusammenhang mit dem Absatz oder Bezug von Waren und Dienstleistungen, sowie mit dem Abschluss oder der Durchführung von Verträgen zusammen hängen. Zeitlich gesehen erstreckt sich die geschäftliche Handlung über das Verhalten vor, bei oder nach Geschäftsabschluss.

Im Folgenden werden die Voraussetzungen dafür, wann eine geschäftliche Handlung gegeben ist, untersucht. Zuerst wird darauf eingegangen, welche Arten von Handlungen einer Person eine geschäftliche Handlung darstellen (unter 5.). Danach wird auf den unbestimmten Rechtsbegriff des objektiven Zusammenhangs eingegangen (unter 6.). Schließlich wird die zeitliche Reichweite des Begriffs der geschäftlichen Handlung näher betrachtet (unter 7.).

5. Unternehmensbezug und Marktbezug

Aus der Formulierung „Verhalten einer Person zugunsten des eigenen oder eines fremden Unternehmens“ ergibt sich, dass nicht jedes Verhalten einer Person gemeint ist, sondern nur ein unternehmensbezogenes Verhalten

³⁰⁵ Vgl. dazu § 5a UWG; BT-Drucks. 16/10145, S. 20; BR-Drucks. 345/08, S. 39; *Lettl*, GRUR-RR 2009, 41 (42); *Gloy/Loschelder/Erdmann/Hasselblatt*, § 58, Rz. 41.

(dazu unter a)). Der Gesetzgeber hat klar gestellt, dass rein wissenschaftliches, publizistisches, soziales und rein privates Handeln vom Anwendungsbereich des UWG generell ausgenommen ist³⁰⁶. Das bedeutet, dass dabei kein Unternehmensbezug gegeben ist. Außerdem muss das Verhalten die Wettbewerbsverhältnisse auf dem Markt beeinflussen können (dazu unter b)).

a) Unternehmensbezug

Das Handeln einer Person ist unternehmensbezogen, wenn es dem geschäftlichen Bereich, im Gegensatz zum Privatbereich oder dem hoheitlichen Bereich, zuzuordnen ist³⁰⁷. Ein Handeln im geschäftlichen Bereich ist eine ungeschriebene Anwendungsvoraussetzung des gesamten Lauterkeitsrechts und stellt nach allgemeiner Meinung ein zentrales Abgrenzungskriterium zum bürgerlichen Deliktsrecht der §§ 823 ff. BGB dar³⁰⁸. Der Unternehmensbezug ist dabei weit auszulegen, und umfasst jede Tätigkeit auf dem Markt, die der Förderung des eigenen oder fremden Geschäftszwecks zu dienen bestimmt ist³⁰⁹. Anstatt dem Begriff des Unternehmens hätte man in der deutschen Umsetzung auch den Begriff des Gewerbes, einschließlich aller freien Berufe wählen können. Das Handeln muss darauf gerichtet sein, Waren oder Dienstleistungen gegen Entgelt und auf Dauer zu vertreiben³¹⁰. Der Unternehmensbezug fehlt dementsprechend, wenn ein Verbraucher im Eigeninteresse seinen privaten PKW verkauft, weil er damit nicht den Wettbewerb seines oder eines fremden Unternehmens fördern will und ebenfalls nicht auf Dauer gegen Entgelt Autoverkäufe plant³¹¹. Nach der so genannten Immanenztheorie³¹² stellt privates, amtliches, politisches, soziales, weltanschauliches, kirchliches, publizistisches und wissenschaftliches Handeln regelmäßig kein Handeln im geschäftlichen Verkehr dar³¹³. Zwar

306 BR-Drucks. 345/08, S. 40.

307 Piper/Ohly/Sosnitza, UWG, § 2, Rz. 42; Fezer/Fezer, UWG, § 2 Nr. 1, Rz. 48; Götting/Nordemann/Götting, UWG, § 2, Rz. 9.

308 Fezer, FS Schricker, S. 671; Fezer/Fezer, UWG, § 2 Nr. 1, Rz. 17; Köhler/Bornkamm, UWG, § 2, Rz. 3; Gloy/Loschelder/Erdmann/Erdmann, § 31, Rz. 15; Götting/Nordemann/Götting, UWG, § 2, Rz. 2, 17.

309 Fezer/Fezer, UWG, § 2 Nr. 1, Rz. 33; Götting/Nordemann/Götting, UWG, § 2, Rz. 9.

310 Köhler/Bornkamm, UWG, § 2, Rz. 21.

311 Köhler/Bornkamm, UWG, § 2, Rz. 18.

312 Fezer/Fezer, UWG, § 2 Nr. 1, Rz. 169.

313 Harte/Henning/Keller, UWG, § 2, Rz. 5.

kann sich dieses Verhalten unvermeidbar auf den wirtschaftlichen Wettbewerb auswirken. Ein solches Handeln ist aber nur dann unternehmensbezogen, wenn es objektiv der Wettbewerbsförderung dient³¹⁴. In einem solchen Fall überschreiten die Auswirkungen auf den Wettbewerb den als Status verfassungsrechtlich geschützten Funktionsbereich der speziellen Tätigkeitsbereiche.

b) Marktbezug

Marktbezug weist eine geschäftliche Handlung dann auf, wenn sie sich auf den Markt auswirken kann, also geeignet ist, eine Vielzahl von Kundenbeziehungen zu betreffen³¹⁵. Unerheblich ist dabei, ob es sich um bereits bestehende Kundenkreise oder auch angestrebte neue Kundenkreise handelt³¹⁶. Von dem Verhalten muss eine Außenwirkung auf den Markt ausgehen³¹⁷. Ein direkter Zusammenhang zwischen einem Vorteil eines Unternehmens und einem daraus folgenden Nachteil eines Konkurrenzunternehmens ist dabei nicht gefordert³¹⁸. Es kommt vielmehr darauf an, ob das Verhalten auch dazu geeignet ist, die Wettbewerbsverhältnisse zu beeinflussen³¹⁹. Ein Verhalten, das sich nur in einem individuellen Vertragsverhältnis auswirkt und nicht geeignet ist, darüber hinaus auch andere Vertragspartner zu beeinflussen oder zu betreffen, ist somit mangels Außenwirkung keine geschäftliche Handlung³²⁰. Ebenfalls stellt eine rein unternehmensinterne Handlung mangels Marktbezug keine geschäftliche Handlung dar, weil sie sich nur innerhalb eines Unternehmens auswirkt und keine Außenwirkung entfaltet³²¹.

c) Zwischenergebnis

Der Unternehmens- und der Marktbezug stehen für die zwei charakteristischen Merkmale, die ein Verhalten zu einer geschäftlichen Handlung machen. Einerseits muss die handelnde Person das Ziel verfolgen, einen geschäftlichen Zweck zu fördern, andererseits muss

314 *Fezer*, FS Schrickler, S. 671 (677).

315 *Fezer/Fezer*, UWG, § 2 Nr. 1, Rz. 54.

316 *Harte/Henning/Keller*, UWG, § 2, Rz. 33; *Köhler/Bornkamm*, UWG, § 2, Rz. 37.

317 *Fezer/Fezer*, UWG, § 2 Nr. 1, Rz. 52; *Köhler/Bornkamm*, UWG, § 2, Rz. 35.

318 *Fezer*, FS Schrickler, S. 671 (675).

319 *Köhler/Bornkamm*, UWG, § 2, Rz. 35.

320 Vgl. dazu im Einzelnen im gleichen Abschnitt unter 7.

321 *Köhler/Bornkamm*, UWG, § 2, Rz. 36.

dieses Verhalten nach außen hin auch erkennbar werden. Dass ein zielgerichtetes Verhalten gegeben sein muss, ergibt sich ebenfalls aus dem Erwägungsgrund 7 der UGP-Richtlinie. Dort ist bestimmt, dass Geschäftspraktiken zielgerichtet erfolgen müssen.

Im Hinblick auf den Personenkreis ist festzuhalten, dass geschäftliche Handlungen von natürlichen Personen wie auch juristischen Personen, Behörden und sonstigen Organisationen etc. getätigt werden können, sofern sie unternehmens- bzw. marktbezogen tätig sind³²². Das UWG schützt alle Marktteilnehmer, also Mitbewerber, Unternehmer, Verbraucher und sonstige Marktteilnehmer vor unlauteren geschäftlichen Handlungen. Eine geschäftliche Handlung ausführen können jedoch nur diejenigen Marktteilnehmer, die Handlungen im geschäftlichen Bereich nach außen hin tätigen. Ein Verbraucher kann eine geschäftliche Handlung somit bei einem Verbrauchergeschäft nicht tätigen.

6. Objektiver Zusammenhang

Eine weitere Voraussetzung für das Vorliegen einer geschäftlichen Handlung ist der objektive Zusammenhang, der das Verhalten einer Person mit der Förderung von Absatz und Bezug von Waren und Dienstleistungen, sowie dem Abschluss und der Durchführung von Verträgen, verknüpft. Zunächst fällt auf, dass der Gesetzgeber bei diesem Merkmal der geschäftlichen Handlung von seinem Umsetzungsspielraum Gebrauch gemacht hat³²³. Anstelle des unmittelbaren Zusammenhangs aus der Definition der Geschäftspraktik der UGP-Richtlinie wurde in das UWG der Begriff des objektiven Zusammenhangs eingeführt. Zum besseren Verständnis dieses unbestimmten Rechtsbegriffs sind die Erwägungsgründe der UGP-Richtlinie, wie auch die Begründung des Gesetzgebers heranzuziehen und bei der Auslegung des objektiven Zusammenhangs zu berücksichtigen.

³²² Harte/Henning/Keller, UWG, § 2, Rz. 17.

³²³ Erwägungsgrund 6 der UGP-Richtlinie 2005/29/EG.

a) Richtlinienkonforme Auslegung

Die UGP-Richtlinie bezieht sich auf alle Geschäftspraktiken, die in einem unmittelbaren Zusammenhang mit der Beeinflussung der geschäftlichen Entscheidungen der Verbraucher in Bezug auf Produkte bestehen. Kein unmittelbarer Zusammenhang besteht nach der UGP-Richtlinie bei Geschäftspraktiken, die vorrangig anderen Zielen dienen, beispielsweise bei kommerziellen, für Investoren gedachte Mitteilungen, Jahresberichten und Unternehmensprospekten³²⁴.

Die Beeinflussung der Verbraucherentscheidungen muss demnach der Zweck oder das Ziel der Geschäftspraxis sein. Außerdem muss von der Geschäftspraktik die Beeinflussung der Verbraucherentscheidung unmittelbar ausgehen können, ohne dass notwendigerweise weitere Handlungen vorgenommen werden müssen. Nach der richtlinienkonformen Auslegung muss aufgrund der Vollharmonisierung des Lauterkeitsrechts im Verhältnis zwischen Unternehmern und Verbrauchern durch die UGP-Richtlinie³²⁵ der objektive Zusammenhang als unmittelbarer Zusammenhang ausgelegt werden³²⁶.

b) Intentionen des Gesetzgebers

Der Gesetzgeber wollte mit dem Begriff des objektiven Zusammenhangs einerseits im Verhältnis zwischen Unternehmern und Verbrauchern die Vorgabe aus der UGP-Richtlinie umsetzen³²⁷. Andererseits wollte er auch einen Oberbegriff schaffen, der im Gegensatz zur UGP-Richtlinie alle Fallgruppen des UWG als geschäftliche Handlungen erfasst. Dazu gehören insbesondere neben den Verbraucherinteressen die geschäftlichen Interessen von Mitbewerbern und sonstigen Marktteilnehmern³²⁸. Da oftmals unlautere Verhaltensweisen eines Unternehmens gegenüber einem Mitbewerber keine unmittelbaren Auswirkungen auf den Absatz oder auf den Bezug von Waren und Dienstleistungen haben, sich aber mit einer gewissen zeitlichen Verzögerung mittelbar auf die Markverhältnisse auswirken können, ist der Begriff des objektiven Zusammenhangs

324 Erwägungsgrund 7 der UGP-Richtlinie 2005/29/EG.

325 Harte/Henning/Glückner, UWG, Vorb, Rz. 12.

326 Harte/Henning/Keller, UWG, § 2, Rz. 9; Köhler/Bornkamm, UWG, § 2, Rz. 52 f.

327 BR-Drucks. 345/08, S. 39.

328 BR-Drucks. 345/08, S. 39; BT-Drucks. 16/10145, S. 21.

jedenfalls im Verhältnis zwischen Unternehmern gegenüber dem unmittelbaren Zusammenhang vorzugswürdig³²⁹.

Ein weiterer wichtiger Grund für die Begriffswahl des Gesetzgebers ergibt sich aus einem Vergleich mit der früheren Rechtslage. Eine Abkehr von subjektiven Merkmalen konnte durch den Begriff des objektiven Zusammenhangs betont werden. Die Absicht des Handelnden ist nicht entscheidend. Sein Verhalten hinsichtlich des Zwecks und des geschäftlichen Kontextes soll vielmehr durch die objektive Betrachtungsweise interpretiert werden³³⁰. Der objektive Zusammenhang ist demnach gegeben, wenn das Verhalten unabhängig von der Vorstellung oder der Absicht der Person dazu geeignet ist, den Absatz oder Bezug von Produkten oder Dienstleistungen sowie Vertragsabschlüsse und -durchführungen zu fördern.

c) Zusammenfassung

Der Begriff des objektiven Zusammenhangs dient als Oberbegriff für den unmittelbaren und mittelbaren Zusammenhang. Im Verhältnis zwischen Unternehmern und Verbrauchern muss der objektive Zusammenhang als unmittelbarer Zusammenhang ausgelegt werden. Das bedeutet, dass die Handlung eines Unternehmers unmittelbar darauf gerichtet sein muss, sich auf das Marktverhalten der Verbraucher auszuwirken.

Auf eine subjektive Komponente kommt es nicht an. Der objektive Zweck der Handlung ist ausschlaggebend und nicht die subjektive Absicht der handelnden Person. Statt der Absatzförderungsabsicht wird auf den Absatzförderungsziel abgestellt.

Die Merkmale des Unternehmensbezugs und des Marktbezugs charakterisieren den Zweck der Handlung, der aus zwei Komponenten besteht. Letztlich soll sich die Handlung zugunsten des Unternehmenserfolges auswirken und ist deshalb an eine Vielzahl von Marktteilnehmern adressiert. Das Merkmal des objektiven Zusammenhangs steht für die vorgeschriebene Betrachtungsweise der Handlung. Die geschäftliche Handlung muss objektiv betrachtet werden. Sie ist gegeben,

329 BR-Drucks. 345/08, S. 39; Fezer/Fezer, UWG, § 2 Nr. 1, Rz. 139.

330 Fezer/Fezer, UWG, § 2 Nr. 1, Rz. 140 f.

wenn eine Person sich so verhält, dass sie erreichen kann, den Absatz oder Bezug von Produkten und Dienstleistungen sowie Vertragsabschlüsse und deren Durchführung zu fördern, indem sie direkt auf Verbraucherentscheidungen oder zumindest indirekt auf die Entscheidungen von sonstigen Marktteilnehmern einwirkt und damit den Markt und den Wettbewerb beeinflussen kann.

7. Verhältnis zwischen Lauterkeitsrecht und Leistungsstörungenrecht

Einer besonderen Betrachtung bedarf die zeitliche Komponente der Legaldefinition der geschäftlichen Handlung. Durch die Neuregelung sind auch Handlungen nach Vertragsschluss in den Schutzbereich des UWG gerückt. Es stellt sich somit die Frage, inwiefern das Lauterkeitsrecht durch den neuen Begriff der geschäftlichen Handlung mit dem Leistungsstörungenrecht im Bürgerlichen Gesetzbuch (BGB) in Anwendungskonkurrenz tritt³³¹.

a) Einführung zur neuen Rechtslage

Früher vertrat man überwiegend die Auffassung, dass nach Vertragsschluss der Wettbewerb beendet, und demnach eine Wettbewerbshandlung per Definition nicht mehr möglich, sowie das Wettbewerbsrecht nicht mehr anwendbar sei³³². Die Regelung der Rechtsansprüche nach Vertragsschluss blieb dem Vertragsrecht und insbesondere dem Leistungsstörungenrecht vorbehalten. Das Leistungsstörungenrecht regelt Fälle, in denen nach Vertragsschluss im Verhältnis zwischen den Vertragsparteien Probleme auftreten, etwa bei der nicht ordnungsgemäßen Vertragserfüllung, der Rückabwicklung von Leistungen oder der Handhabung eines Garantiefalls.

Aus der neuen Regelung folgt, dass nun in der Zeit nach dem Geschäftsabschluss und während der Vertragsdurchführung Ansprüche aus dem UWG und dem BGB nebeneinander anwendbar sein können. Das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb übernimmt somit die umfassende Kontrolle über die Lauterkeit im wirtschaftlichen Rechtsverkehr. Jedenfalls ist sein Regelungsbereich so zu verstehen, dass

331 Scherer, WRP 2009, 761 ff.

332 Köhler/Bornkamm, UWG, § 2, Rz. 70; Scherer, WRP 2009, 761; MüKo-UWG/Veil, § 2, Rz. 51; Piper/Ohly/Sosnitzka, UWG, § 2, Rz. 21; a. A. Glöckner/Henning-Bodewig, WRP 2005, 1311 (1326).

nicht nur der Wettbewerb um einen konkreten Geschäftsabschluss relevant ist, sondern dass das Verhalten auf dem Markt insgesamt betrachtet wird. Aus diesem Grund wird vertreten, dass sich durch die Neukonzeption das UWG von einem Wettbewerbsrecht zu einem Lauterkeitsrecht entwickelt hat³³³. Einige Autoren gehen deshalb davon aus, dass die strikte Trennung von Vertragsrecht und Lauterkeitsrecht nicht aufrechterhalten werden könne³³⁴. Zu beachten ist jedoch, dass in der UGP-Richtlinie in Art. 3 Abs. 2 geregelt ist, dass die UGP-Richtlinie das Vertragsrecht, und insbesondere die Bestimmungen über die Wirksamkeit, das Zustandekommen oder die Wirkungen eines Vertrages, unberührt lässt. Aus diesem Grund wird ebenfalls in der Literatur vertreten, dass eine Überschneidung der Rechtsgebiete jedenfalls durch ein und dasselbe Verhalten nicht gegeben ist³³⁵. Weitgehend besteht Einigkeit darüber, dass die bloße Nicht- oder Schlechterfüllung vertraglicher Pflichten im individuellen Vertragsverhältnis keine lauterkeitsrechtlichen Ansprüche begründet³³⁶. Da sich diese Problematik auch bei der Anwendung des Rechtsbruchtatbestandes auswirken kann, sind dazu einige Überlegungen geboten. Allein ausgehend vom Wortlaut des § 4 Nr. 11 UWG könnte man darauf schließen, dass das Zivilrecht und insbesondere das Kaufrecht mit dem Ziel erlassen wurden, das Marktverhalten im Interesse der Marktteilnehmer zu regeln. So könnte bei einer Überschneidung der Rechtsgebiete ein Verstoß gegen eine Vorschrift des Kaufrechts ein unlauteres Verhalten nach § 4 Nr. 11 UWG mit sich bringen, zum Beispiel wenn ein Unternehmer gegen § 439 Abs. 1 BGB verstößt, indem er nach einer Schlechtleistung gegenüber dem Verbraucher die Nachleistung verweigert.

333 Köhler/Bornkamm, UWG, § 2, Rz. 31, 74; Köhler, NJW 2008, 3032 (3033); Piper/Ohly/Sosnitza, UWG, Einf A, Rz. 2; Emmerich, § 1, Rz. 2.

333 Sosnitza, WRP 2008, 1014 (1017); Kulka, DB 2008, 1548 (1551); Leistner, S. 597 f.; Piper/Ohly/Sosnitza, UWG, Einf A, Rz. 2; Emmerich, § 1, Rz. 2.

334 Sosnitza, WRP 2008, 1014 (1017); Kulka, DB 2008, 1548 (1551); Leistner, S. 597 f.; Seichter, WRP 2005, 1087 (1089); a. A. Glöckner/Henning-Bodewig, WRP 2005, 1311 (1326); Scherer, WRP 2009, 761 (765).

335 Glöckner/Henning-Bodewig, WRP 2005, 1311 (1326); Scherer, WRP 2009, 761 (767).

336 Harte/Henning/Keller, UWG, § 2, Rz. 32; Köhler/Bornkamm, UWG, § 2, Rz. 81; Köhler, WRP 2009, 109 (111); Scherer, WRP 2009, 761 (767); BGH GRUR 2002, 1093 (1094) - Kontostandsauskunft.

b) Richtlinienkonforme Auslegung

Da die Ausweitung der zeitlichen Komponente als Folge der Richtlinienumsetzung erfolgt ist, sollte ebenfalls die UGP-Richtlinie darüber Aufschluss geben, was die Regelung bewirken soll. Ziel der UGP-Richtlinie ist es, dass Verbraucher in ihrer Entscheidungsfreiheit gegenüber Unternehmern nicht nur bis zum Vertragsschluss geschützt sind, sondern auch währenddessen und bei der Vertragsdurchführung³³⁷. Denkbar ist zum Beispiel eine Einschüchterung oder Irreführung durch den Unternehmer, indem er bei Verbrauchern eine falsche Vorstellung hervorruft, wonach diese davon ausgehen, dass sie keine Gewährleistungsrechte geltend machen könnten.

Nachdem, wie oben gesehen, die UGP-Richtlinie in Art. 3 Abs. 2 ausdrücklich Auswirkungen auf das Vertragsrecht ausschließt³³⁸, folgt daraus zunächst, dass jedenfalls in Konstellationen, in denen nicht auf die Entscheidungsfreiheit des Verbrauchers Einfluss genommen wird, die Trennung der Rechtsgebiete des Lauterkeitsrechts und des Leistungsstörungsrechts grundsätzlich beibehalten werden kann. Dieser Schluss klärt jedoch die Anwendungskonkurrenz von Lauterkeitsrecht und Vertragsrecht nicht umfassend. Denn in dem Erwägungsgrund Nr. 13 der UGP-Richtlinie ist andererseits zu lesen, dass zur Förderung des Verbrauchervertrauens das generelle Verbot für unlautere Geschäftspraktiken sowohl außerhalb einer vertraglichen Beziehung zwischen Gewerbetreibenden und Verbrauchern als auch nach Abschluss eines Vertrags und während dessen Ausführung gelten sollte. Das bedeutet wiederum, dass es nicht auf den Zeitpunkt der geschäftlichen Handlung im Bezug auf einen Vertragsschluss ankommt³³⁹, sondern auf die Interaktion zwischen Unternehmern und Verbrauchern im Allgemeinen. Diese kann zum Teil während der Durchführung von Verträgen in den Anwendungsbereich des Leistungsstörungsrechts fallen. Diese Interaktion wird konkret als kommerzielle Kommunikation bezeichnet. Darunter versteht man jeden marktrelevanten Kontakt zwischen Unternehmer und

337 Erwägungsgrund 13 der UGP-Richtlinie 2005/29/EG.

338 BR-Drucks. 345/08, S. 21.

339 Scherer, WRP 2009, 761 (762).

Verbraucher, der verbal, nonverbal, durch Handlungen oder Unterlassen und mittels aller Arten von Informationsmedien erfolgt³⁴⁰.

c) Rechtsprechung

Die Rechtsprechung hat sich in mehreren Fällen mit der Problematik auseinander gesetzt, inwiefern lauterkeitsrechtliche Ansprüche im Rahmen von Vertragsbeziehungen entstehen können³⁴¹. Dabei stellte der BGH die Frage, ob im konkreten Fall das Vorgehen des Unternehmers lediglich eine Verletzung der Vertragspflichten beinhaltet oder zugleich auch ein Handeln im Wettbewerb darstellte³⁴². Nur dann konnte das UWG neben dem Vertragsrecht angewendet werden.

aa) Kontostandsauskunft-Entscheidung

Aus der Kontostandsauskunft-Entscheidung des BGH³⁴³ aus dem Jahr 2002 kann zum Vorgängerbegriff der geschäftlichen Handlung, der Wettbewerbshandlung, entnommen werden, dass eine Nicht- oder Schlechterfüllung vertraglicher Pflichten als solche keine Wettbewerbshandlung ist, auch wenn sie geeignet ist, dem Kaufmann Vorteile zu verschaffen. Denn ein solches Verhalten bei der Abwicklung von Verträgen weist in aller Regel keinen Bezug zu den Mitbewerbern auf und hat jedenfalls keine unmittelbaren Auswirkungen auf den Wettbewerb³⁴⁴. Eine Wettbewerbshandlung kann aber dann anzunehmen sein, wenn der Kaufmann seinen Vorteil dadurch sucht, dass er eine Irreführung seiner Kunden zum Mittel seines Wettbewerbs macht³⁴⁵.

bb) Änderung der Voreinstellung

In einem Urteil aus dem Jahr 2007³⁴⁶ äußerte sich der BGH ebenfalls dazu, ob eine Vertragsverletzung auch unlauter im Sinne des § 4 Nr. 10 UWG sein kann. Dabei ging es um die Frage, ob ein Anspruch gemäß § 4 Nr. 10 UWG wegen der gezielten Behinderung von Mitbewerbern gegeben ist,

³⁴⁰ Scherer, WRP 2009, 761 (766).

³⁴¹ BGH GRUR 1987, 180 - Ausschank unter Eichstrich II; BGHZ 123, 330 - Folgeverträge I; BGH GRUR 1995, 358 - Folgeverträge II; BGH GRUR 1998, 415 - Wirtschaftsregister; BGH GRUR 2002, 1093 - Kontostandsauskunft.

³⁴² BGH GRUR 2002, 1093 (1094) - Kontostandsauskunft.

³⁴³ BGH GRUR 2002, 1093 - Kontostandsauskunft.

³⁴⁴ BGH GRUR 2002, 1093 (1094) - Kontostandsauskunft.

³⁴⁵ BGH GRUR 2002, 1093 (1094) - Kontostandsauskunft.

³⁴⁶ BGH GRUR 2007, 987 - Änderung der Voreinstellung.

wenn Vertragspflichten versehentlich verletzt werden. Der BGH ging entsprechend seiner vorhergegangenen Rechtsprechung davon aus, dass bei bloßen Vertragsverletzungen vom Vorliegen eines Handelns im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs nach § 1 UWG a. F. sowie von einer Wettbewerbshandlung nach § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG a. F. nur auszugehen ist, wenn diese in Umfang und Ausmaß ein besonderes Gewicht haben³⁴⁷.

cc) Änderung der Voreinstellung II

Ein besonderes Gewicht einer unlauteren geschäftlichen Handlung hat der BGH in einer Entscheidung aus dem Jahr 2009³⁴⁸ unter der Berücksichtigung des UWG n. F. angenommen³⁴⁹. In diesem Fall hatte der beklagte Betreiber eines Telekommunikations- und Verbindungsnetzes gegen den ausdrücklichen Willen eines Verbrauchers bewusst eine andere Voreinstellung des Teilnehmertelefonanschlusses vorgenommen und dadurch einem Anbieter eines anderen Verbindungsnetzes Kunden abgefangen³⁵⁰. Der BGH stellte klar, dass, wenn sich der Abfangende zwischen den Mitbewerber und dessen Kunden stelle, um diesem eine Änderung des Entschlusses, die Waren oder Dienstleistungen des Mitbewerbers in Anspruch zu nehmen, aufzudrängen, eine unangemessene Einwirkung auf den Kunden vorliege³⁵¹.

dd) Zwischenergebnis

Der BGH vertritt demnach die Auffassung, dass ein Verhalten während der Vertragsdurchführung nur lauterkeitsrechtlich relevant werden kann, wenn es ein besonderes Gewicht hat³⁵² und eine gewisse Breiten- oder Außenwirkung entfaltet³⁵³. Da es sich bei dem Erfordernis der Breitenwirkung um einen unbestimmten Rechtsbegriff handelt, stellt dessen Auslegung hohe Anforderungen an den Rechtsanwender. Er ist mit der Frage konfrontiert, wie viele Vertragspartner von einem unlauteren

347 BGH GRUR 2007, 987 (989) - Änderung der Voreinstellung.

348 BGH GRUR 2009, 876 - Änderung der Voreinstellung II.

349 Isele, GRUR 2010, 309.

350 BGH GRUR 2009, 876 (878) - Änderung der Voreinstellung II.

351 BGH GRUR 2009, 876 (878) - Änderung der Voreinstellung II.

352 BGH GRUR 2007, 987 (989) - Änderung der Voreinstellung.

353 BGH GRUR 2009, 876 (877) - Änderung der Voreinstellung II.

Verhalten eines Unternehmers betroffen sein müssen, um das Kriterium zu erfüllen. Jeweils beim ersten Fall seiner Art wird die Frage, ob sich das Verhalten des Unternehmers auf andere Vertragspartner auswirken würde, im Wettbewerbsprozess erhebliche Ansprüche an die Beweisführung stellen. Der Kläger müsste etwa nachweisen, dass der Unternehmer versucht hat, auch andere Vertragspartner an der Wahrnehmung ihrer Gewährleistungsrechte zu hindern.

ee) Folge für den Rechtsbruchtatbestand

Für die Prüfung des Rechtsbruchtatbestandes ist folglich zu klären, ob die eventuell missachtete vertragsrechtliche Norm das Marktverhalten im Interesse der Marktteilnehmer regelt, oder ob sie lediglich dazu geeignet ist, einzelne Marktteilnehmer in einer bestimmten Situation individualrechtlich zu schützen. Der Anwendungsbereich des § 4 Nr. 11 UWG ist nicht eröffnet, wenn die Verbotsnorm nur den Schutz von Individualinteressen eines anderen Wettbewerbsteilnehmers bezweckt. Dies ist etwa der Fall bei Normen wie den §§ 138, 242 BGB, die darauf gerichtet sind, das individuelle Rechtsverhältnis der Vertragsparteien zueinander zu regeln³⁵⁴. Umstritten ist, ob §308 BGB lediglich Individualinteressen schützt. Vereinzelt wird vertreten³⁵⁵, dass § 308 BGB, im Gegensatz zu den §§ 305 ff. BGB individuell verhandelbaren Vertragsklauseln, gerade nicht einen individualvertraglich ausgehandelten Inhalt betreffe. Er erfasse vertragsübergreifende Bedingungen, die einen weitergehenden typisierten Interessenschutz der Marktgegenseite bezwecken³⁵⁶. Im Rahmen der Prüfung des Merkmals Marktverhaltensregel nach § 4 Nr. 11 UWG wird im 4. Kapitel der Frage, ob die Vorschriften zum vertraglichen Gewährleistungsrecht Marktverhaltensregelungen darstellen, nachgegangen³⁵⁷.

d) Lösungsvorschläge in der Literatur

In der Literatur werden unterschiedliche Erklärungsmodelle vorgeschlagen, wie die etwaige Konkurrenz zwischen Leistungsstörungenrecht und

354 OLG HH NJW 2007, 2264 (2265).

355 Vgl. dazu 4. Kapitel III. 5. g).

356 KG Berlin NJW 2007, 2266 (2267).

357 Vgl. unten 4. Kapitel III.

Wettbewerbsrecht charakterisiert werden kann. Während Erhard **Keller** seiner Auffassung die funktionsorientierte, marktverhaltensregelnde Auslegung zugrunde legt³⁵⁸, schöpft Helmut **Köhler** aus dem Tatbestandsmerkmal des objektiven Zusammenhangs ein Begrenzungskriterium³⁵⁹. Inge **Scherer** ist dagegen der Ansicht, dass ein ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal zur Abgrenzung der Rechtsbereiche herangezogen werden sollte³⁶⁰.

aa) Potentielle Außenwirkung des Verhaltens

Erhard **Keller** geht davon aus, dass die zeitliche Ausweitung des Anwendungsbereichs des Lauterkeitsrechts das Ziel hat, der marktverhaltenssteuernden Funktion des Lauterkeitsrechts auch bei vertragsgebundenen Kunden zur Beachtung zu verhelfen. Er hält deshalb die Schwelle zur Anwendung des Lauterkeitsrechts für sehr niedrig. Es ist danach bei jedem Verhalten nach Vertragsschluss anwendbar, wenn es über das konkret-individuelle Vertragsverhältnis hinaus zumindest potentiell auch eine marktbezogene Außenwirkung entfalten kann, zum Beispiel weil damit gerechnet werden muss, dass sich ein Unternehmen in einer Vielzahl von Fällen in gleicher unlauterer Weise verhält³⁶¹. Matthias **Leistner** knüpft ebenfalls an die marktbezogene Außenwirkung des Verhaltens an. Grundsätzlich habe die Abwicklung der vertraglichen Beziehung im Rahmen des Leistungsstörungsrechts Vorrang. Darüber hinausreichende marktrelevante Störungen könnten mit Hilfe des Lauterkeitsrechts verfolgt werden³⁶².

bb) Objektiver Zusammenhang mit Begrenzungsfunktion

Helmut **Köhler** beruft sich auf die richtlinienkonforme Auslegung und vertritt die Ansicht, dass dem Erfordernis des objektiven Zusammenhangs mit der Durchführung von Verträgen gemäß § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG eine echte Begrenzungsfunktion zukommt, wenn es um Handlungen bei und nach Vertragsschluss geht³⁶³. Der objektive Zusammenhang ist gegeben, wenn

358 Harte/Henning/Keller, UWG, § 2, Rz. 32.

359 Köhler, WRP 2009, 109 (111).

360 Scherer, WRP 2009, 761 (766, 767).

361 Harte/Henning/Keller, UWG, § 2, Rz. 32.

362 Leistner, S. 585; ebenso MüKo-UWG/Veil, § 2, Rz. 52.

363 Köhler, WRP 2009, 109 (111); Köhler/Bornkamm, UWG, § 2, Rz. 75.

das Verhalten des Unternehmers bei objektiver Betrachtung unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls darauf gerichtet ist, bei Durchführung des Vertrags die geschäftliche Entscheidung des Verbrauchers im Sinne des Art. 2 lit. k UGP-Richtlinie³⁶⁴ zu beeinflussen³⁶⁵. Beispiele dafür sind, eine Zahlung zu leisten, eine Ware abzunehmen oder ein Recht auszuüben. Nicht erforderlich sei insoweit, dass Handlungen des Unternehmers während und nach Vertragsschluss zugleich auf eine Förderung seines Absatzes oder Bezugs gerichtet sein müssen³⁶⁶. Während sich der Begriff der Wettbewerbshandlung auf dieses Ziel konzentrierte, erstrecken sich die möglichen Ziele einer geschäftlichen Handlung weiter, nämlich auch auf den Abschluss und die Durchführung von Verträgen.

Im Verhältnis zwischen Unternehmern sieht Köhler den objektiven Zusammenhang als gegeben an, wenn bei objektiver Betrachtung das Verhalten darauf gerichtet ist, auf das geschäftliche Interesse des anderen Unternehmers einzuwirken, zum Beispiel durch das Abwerben von Mitarbeitern oder bei der Betriebsspionage³⁶⁷.

Gegen die Begrenzung des Begriffs der geschäftlichen Handlung über den objektiven Zusammenhang nach Köhler wird zum Teil vorgebracht, dass damit die Systematik der UGP-Richtlinie durchbrochen würde, weil die Voraussetzungen der Unlauterkeit mit denen der geschäftlichen Handlung vermengt würden³⁶⁸.

cc) Ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal: Verbraucherrelevanz

Inge **Scherer** kommt bei ihrer Untersuchung zu dem Ergebnis, dass es auch nach der Umsetzung der UGP-Richtlinie bei der grundsätzlichen Trennung von Vertrags- oder Leistungsstörungenrecht und Lauterkeitsrecht

364 Art. 2 lit k UGP-Richtlinie: „geschäftliche Entscheidung“: jede Entscheidung eines Verbrauchers darüber, ob, wie und unter welchen Bedingungen er einen Kauf tätigen, eine Zahlung insgesamt oder teilweise leisten, ein Produkt behalten oder abgeben oder ein vertragliches Recht im Zusammenhang mit dem Produkt ausüben will, unabhängig davon, ob der Verbraucher beschließt, tätig zu werden oder ein Tätigwerden zu unterlassen.

365 Köhler, WRP 2009, 109 (111); Köhler WRP 2009, 898 (901); a. A. Scherer, WRP 2009, 761 (765).

366 Köhler/Bornkamm, UWG, § 2, Rz. 74; a. A. MüKo-UWG/Veil, § 2, Rz. 52.

367 Köhler, WRP 2009, 109 (111).

368 Scherer, WRP 2009, 761 (766); Piper/Ohly/Sosnitza, UWG, § 2, Rz. 22; Köhler, WRP 2009, 898 (dort Fn. 7) weist diese Kritik zurück.

bleibt. Ein Verhalten eines Unternehmers gegenüber einem Verbraucher bei oder nach Vertragsschluss ist nur dann lauterkeitsrechtlich relevant, wenn es zu einer bloßen Vertragsverletzung hinzutritt, also auf eine weitere, zusätzliche Verbraucherentscheidung gerichtet ist, die sich gerade nicht in der Erfüllung eigener vertraglicher oder gesetzlicher Pflichten erschöpfen darf³⁶⁹. Das in Rede stehende Verhalten muss danach abgegrenzt werden. Dogmatisch sei dafür die Einführung des ungeschriebenen Tatbestandsmerkmals der so genannten Verbraucherrelevanz geeignet³⁷⁰. Denn nach der funktionsorientierten Auslegung des UWG muss auch hier auf die Funktion des Verbrauchers auf dem Markt abgestellt werden. Er hat die Funktion, sich für oder gegen einen Geschäftsabschluss mit einem Unternehmer zu entscheiden. Dadurch bestimmt er über den Erfolg oder Misserfolg einer Ware, eines Produkts oder einer Dienstleistung am Markt. Der Verbraucher kann diese Funktion nur nach lauterer Maßstäben ausfüllen, wenn er auf Informationen zurückgreifen kann, die ihm eine freie Entscheidung über einen Geschäftsabschluss, im Vergleich zu anderen Geschäftsabschlüssen, erst ermöglichen. Wie schon vorangestellt, muss der Unternehmer durch sein Verhalten eine zusätzliche Entscheidung des Verbrauchers herbeiführen, unabhängig von denen, die untrennbar mit dem Vertragsschluss zusammenhängen.

Der Nachteil der vorgeschlagenen Einführung des ungeschriebenen Tatbestandsmerkmals der Verbraucherrelevanz ist, dass die dogmatische Abgrenzung von unlauterem oder vertragsverletzendem Verhalten im Verhältnis zwischen Unternehmern ohne die Beteiligung von Verbrauchern dadurch nicht geregelt wird. Von einem unlauteren Verhalten nach § 3 Abs. 1 i. V. m. § 4 Nr. 11 UWG ist beispielsweise auch dann auszugehen, wenn ein Großabnehmer in Ausnutzung der abhängigen Lage von Zulieferfirmen, regelmäßig die Lieferungen sehr spät oder gar nicht bezahlt, verbunden mit der Drohung, weitere Verträge nicht abzuschließen, sobald gegen das zu beanstandende Verhalten rechtlich vorgegangen würde. Auf die

369 Scherer, WRP 2009, 761 (767).

370 Scherer, WRP 2009, 761 (766, 767); vgl. allgemein zur Dogmatik ungeschriebener Tatbestandsmerkmale im Europa- und Wettbewerbsrecht *Terhechte*, S. 393 ff., S. 397.

Verbraucherrelevanz kann es hierbei wegen der fehlenden Beteiligung der nicht ankommen. Der Gesetzgeber hat den Begriff der geschäftlichen Handlung im Hinblick auf die Definition, vor, während und nach Geschäftsabschluss einheitlich im B2B- und B2C-Bereich umgesetzt. Somit ist auch das Verhalten zwischen Unternehmern nach Abschluss von Verträgen und während ihrer Durchführung inbegriffen.

dd) Stellungnahme zur Einführung eines ungeschriebenen Tatbestandsmerkmals

Die Einführung eines ungeschriebenen Tatbestandsmerkmals ist gerade bei Vorschriften, die Bezüge zum Europarecht aufweisen, sehr zu begrüßen. Denn die sprachliche Weite der meisten Tatbestände des europäischen Wettbewerbsrechts begünstigt nicht nur die Entwicklung ungeschriebener Tatbestandsmerkmale, sondern fordert diese auch³⁷¹. Sie haben die Aufgabe, im Rahmen der Fortbildung und Auslegung von unbestimmten Rechtsbegriffen, deren Regelungszwecke zu verdeutlichen. Dadurch wird die Rechtsanwendung einfacher und folglich die Rechtssicherheit erhöht. Die Ergebnisse der Untersuchungen über die Dogmatik der ungeschriebenen Tatbestandsmerkmale des europäischen Wettbewerbsrechts von Jörg Philipp **Terhechte**³⁷² sind auf die nationalen Vorschriften, die das europäische Wettbewerbsrecht umsetzen, zu übertragen. Die Rechtsanwendung umgesetzter nationaler Vorschriften profitiert ebenfalls davon, die Funktion einer Vorschrift mit dem Mittel eines ungeschriebenen Tatbestandsmerkmals zu verdeutlichen.

e) Eigener Ansatz: Rückgriff auf das ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal „Marktbezug“

An dem obigen Beispiel der wirtschaftlich abhängigen Zulieferfirmen wurde deutlich, dass ebenfalls für den B2B-Bereich ein ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal nötig wäre, um die Anwendungsbereiche des Vertragsrechts und des Lauterkeitsrechts abzugrenzen. Auch im Verhältnis zwischen Unternehmern sollten bloße Schlechtleistungen nicht automatisch als unlauteres Wettbewerbsverhalten angesehen werden. Im Gegenzug

³⁷¹ Terhechte, S. 397.

³⁷² Terhechte, S. 393 ff.

sollte aber ein Verhalten eines Unternehmers gegenüber einem Unternehmer bei oder nach Vertragsschluss unter Umständen lauterkeitsrechtlich relevant sein, nämlich, wenn es zu einer bloßen Vertragsverletzung hinzutritt und auf eine weitere, zusätzliche geschäftliche Entscheidung des Unternehmers gerichtet ist. Als ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal würde sich hier der so genannte „Marktbezug“³⁷³ anbieten³⁷⁴. Dieser Begriff könnte einheitlich für den B2C- und den B2B-Bereich verwendet werden. Wertungswidersprüche wären dann von vornherein ausgeschlossen. Außerdem vereint der Begriff zwei wichtige Aspekte, die in den dargestellten Lösungsvorschlägen zu Tage getreten sind. Es kommt einerseits darauf an, dass eine geschäftliche Handlung sich auf mehrere Marktbeziehungen und nicht nur auf ein individuelles Vertragsverhältnis auswirkt. Andererseits kann von einer Auswirkung auf den Markt nur die Rede sein, wenn die geschäftliche Handlung dazu führt, dass Marktteilnehmer in ihren Entscheidungen beeinflusst werden.

f) Folgen für den Rechtsbruchtatbestand

Die Untersuchung des zeitlichen Bezugs der geschäftlichen Handlung hat gezeigt, dass der Zeitpunkt des Vertragsschlusses keine Hinweise über die Anwendung von Leistungsstörungsrecht und Wettbewerbsrecht gibt. Der Begriff der geschäftlichen Handlung erstreckt sich auf den gesamten Zeitraum von geschäftlichen Beziehungen zwischen den Marktteilnehmern. Wenn ein Schuldverhältnis vorliegt, ist im individuellen Vertragsverhältnis primär das Leistungsstörungsrecht anwendbar. Ein Verstoß dagegen führt nicht automatisch zu einem Verstoß gegen § 4 Nr. 11 UWG. Unter der Voraussetzung, dass es sich bei einer Vorschrift aus dem Leistungsstörungsrecht überhaupt um eine Marktverhaltensregelung im Interesse der Marktteilnehmer handelt³⁷⁵, ist bei deren Verstoß der Anwendungsbereich des § 4 Nr. 11 UWG bei einer über das reine Vertragsverhältnis hinausgehenden geschäftlichen Handlung eröffnet.

373 Vgl. dazu 3. Kapitel III. 5. b) Marktbezug weist eine geschäftliche Handlung dann auf, wenn sie geeignet ist, eine Vielzahl von Kundenbeziehungen zu betreffen unabhängig davon, ob es sich dabei um bereits bestehende Kundenkreise oder auch angestrebte neue Kundenkreise handelt. Von dem Verhalten muss eine Außenwirkung auf den Markt ausgehen. Hier kommt es somit darauf an, ob das Verhalten auch dazu geeignet ist, die Wettbewerbsverhältnisse zu beeinflussen.

374 Vgl. dazu *Glöckner*, WRP 2009, 1175 (1182); *Harte/Henning/Glöckner*, UWG, Einl B, Rz. 263; *Harte/Henning/Keller*, UWG, § 2, Rz. 32 f.; *Köhler/Bornkamm*, UWG, § 2, Rz. 35; *Leistner*, S. 585.

375 Vgl. dazu 4. Kapitel III.

Für die Anwendung des Rechtsbruchtatbestandes ergibt sich, dass der Begriff der Marktverhaltensregel auch dementsprechend weit ausgelegt werden muss. Denn es wäre mit der UGP-Richtlinie nicht vereinbar, nur Vorschriften nach § 4 Nr. 11 UWG zu beachten, die das Verhalten bis zum Vertragsschluss regeln. Es fallen jedenfalls alle Vorschriften darunter, die das Verhalten eines Unternehmers gegenüber Verbrauchern regeln, auch soweit sie den Abschluss und die Durchführung von Verträgen über Waren oder Dienstleistungen betreffen³⁷⁶.

8. Zusammenfassung

Die Rechtsprechung und die Literatur haben bei ihren Argumentationen das gleiche Ziel vor Augen. Es soll verhindert werden, dass das Lauterkeitsrecht sich in den Anwendungsbereich des bewährten Leistungsstörungsrechts hineindrängt. Dies wird befürchtet, seitdem die geschäftliche Handlung auch nach Vertragsschluss die Durchführung von Verträgen erfasst, obwohl die UGP-Richtlinie ausdrücklich das Vertragsrecht der Mitgliedstaaten unangetastet lässt³⁷⁷.

Mit dem Ziel, die Vorgaben der Richtlinie mit der systematischen Trennung von Lauterkeitsrecht und Vertrags- und Leistungsstörungsrecht zu vereinbaren und dogmatisch zu begründen, wird versucht, an verschiedenen Stellen der Definition des Begriffs der geschäftlichen Handlung begrenzend oder erweiternd um zusätzliche Merkmale anzuknüpfen. Die Einführung des ungeschriebenen Merkmals des Marktbezuges soll dazu einen Beitrag leisten.

Aus den dargestellten Ansichten ergibt sich, dass die zeitliche Betrachtung der geschäftlichen Handlung zunächst in die Irre führt. Denn nach der UGP-Richtlinie kommt es darauf nicht an. Nach Art. 2 lit k der UGP-Richtlinie soll der Verbraucher frei, das heißt unmanipuliert durch den Unternehmer, entscheiden, wie und unter welchen Bedingungen er ein Geschäft abschließt, eine Zahlung ganz oder teilweise leistet, ein Produkt behält oder eben auch ein vertragliches Recht ausübt, oder ob er überhaupt im Geschäftsverkehr tätig wird. Dem Verständnis der unlauteren

³⁷⁶ Köhler, NJW 2008, 177 (181).

³⁷⁷ Art. 3 Abs. 2 UGP-Richtlinie.

geschäftlichen Handlung ist somit nicht gedient, wenn man davon ausgeht, dass unlauteres Verhalten etwa vor, bei oder nach Vertragsschluss unterschiedlich behandelt werden müsste. Unabhängig von einem konkreten Vertragsschluss ist eine geschäftliche Handlung jedenfalls immer unlauter, wenn durch sie die Verbraucherentscheidung manipuliert wird.

Der Begriff der geschäftlichen Handlung macht deutlich, dass das neue UWG die Lauterkeit des gesamten Marktverhaltens überwacht. Dazu gehören das Verhalten von Unternehmern gegenüber Verbrauchern und auch alle Verhaltensweisen im Verhältnis zwischen Unternehmern³⁷⁸. Die geschäftliche Handlung erfasst die Zeit vor, nach und während des Vertragsschlusses, sowie die Zeit der Vertragsdurchführung³⁷⁹. Dadurch verliert der Vertragsschluss als zeitliche Zäsur seine Bedeutung³⁸⁰.

IV. Anwendungsbereich des § 4 Nr. 11 UWG

Aus dem Schutzbereich des UWG unter Berücksichtigung der umgesetzten UGP-Richtlinie ergibt sich die besondere Rolle des § 4 Nr. 11 UWG. Er dient zur Überwachung der Einhaltung von Marktverhaltensregeln, die auch im Interesse der Marktteilnehmer liegen, und führt zu einer lauterkeitsrechtlichen Sanktionierung bei deren Missachtung³⁸¹. Der Gesetzgeber hat die Fülle aller denkbaren Gesetzesverstöße eingeschränkt, weil es mit Blick auf den Schutzzweck des UWG nicht Aufgabe des Wettbewerbsrechts ist, Gesetzesverstöße generell zu sanktionieren. Vielmehr wurde eine Beschränkung danach vorgenommen, dass der verletzten Norm zumindest eine sekundäre Schutzfunktion zugunsten des Wettbewerbs zukommen muss³⁸².

1. Funktionsorientierte Auslegung des Anwendungsbereichs des § 4 Nr. 11 UWG

Im Rahmen der Neukonzeption des UWG und der Kodifizierung des Rechtsbruchtatbestandes hat der Gesetzgeber die Frage entschieden, wie

378 BT-Drucks. 16/10145, S. 21; BGH GRUR 2009, 876 (878) - Änderung der Voreinstellung II.

379 BGH GRUR 2009, 876 (878) - Änderung der Voreinstellung II.

380 *Leistner*, S. 585; *Glöckner*, WRP 2009, 1175 (1182); *Scherer*, WRP 2009, 761 (762);

Fezer/Fezer, UWG, § 2 Nr. 1, Rz. 91; *Harte/Henning/Keller*, UWG, § 2, Rz. 31.

381 *Köhler/Bornkamm*, UWG, § 4, Rz. 11.6.

382 BT-Drucks. 15/1487, S. 19.

weit der Schutz des UWG reichen soll, beziehungsweise wie weit der Rechtsbruchtatbestand in andere Rechtsmaterien eindringen soll, um sie der lauterkeitsrechtlichen Überprüfung zugänglich zu machen³⁸³.

a) Sozialethische und funktionsorientierte Auffassungen

Vor der Kodifizierung des § 4 Nr. 11 UWG im Rahmen der UWG-Reform 2004 wurden zwei unterschiedliche Auffassungen über die Auslegung des Anwendungsbereichs der Fallgruppe Rechtsbruch und des UWG insgesamt vertreten. Sie basierten auf der Fragestellung, wann ein Gesetzesverstoß wettbewerbsrechtlich relevant ist. Ein Verstoß ist immer relevant, wenn es die Aufgabe oder der Zweck des Wettbewerbsrechts ist, diesen Verstoß zu sanktionieren. Von einem weit reichenden Aufgabenbereich des Wettbewerbsrechts ging die so genannte sozialethisch fundierte Auffassung aus. Ihr stand die restriktivere funktionsorientierte Auffassung gegenüber. Der BGH vertrat viele Jahre die sozialethische Auffassung. Sie sah generell den Schutz von Allgemeininteressen im Unlauterkeitsrecht verankert³⁸⁴. Deswegen wurde auch die Fallgruppe Vorsprung durch Rechtsbruch als dazu geeignet angesehen, diesen Schutzgütern zur Durchsetzung zu verhelfen. Nach der später vorherrschenden restriktiveren funktionsorientierten Auffassung war der Schutzzweck des UWG strikt nach der Funktion des Wettbewerbsrechts, dem Schutz des lautereren Wettbewerbs bzw. wettbewerbsbezogen auszulegen. Gemeinschaftsgüter – mit auch noch so wichtigen Schutzzwecken – wurden nach dieser Auffassung nur zusätzlich lauterkeitsrechtlich geschützt, wenn sie im konkreten Fall einen Wettbewerbsbezug aufwiesen³⁸⁵. Keinen Wettbewerbsbezug wurde zum Beispiel bei Gesetzen angenommen, die Arbeitnehmerschutz, Umweltschutz, Tierschutz, Schutz der Rechtspflege, Schutz der Volksgesundheit, etc. bezwecken³⁸⁶. Für ein funktionsorientiertes

383 Fezer/Götting, UWG, § 4-11, Rz. 1.

384 Fezer/Fezer, UWG, 2005, § 1, Rz. 46 ff.; Fezer/Götting, UWG, 2005, § 4-11, Rz. 72; Götting, S. 87; Scherer, WRP, 2006, 401 (402); Fezer/Fezer, UWG § 1, Rz. 71 ff.

385 BT-Drucks. 15/1487, S. 16; Hefermehl/Köhler/Bornkamm, UWG 2006, § 1, Rz. 36; MüKo-UWG/Sosnítza, § 3, Rz. 51; Lettl, WRP 2004, 1079 (1095); Köhler, NJW 2004, 2121; von Walter, S. 83.

386 Scherer, WRP 2006, 401 (402 f.).

Lauterkeitsrecht kam es darauf an, dass die aus den objektiven Funktionen der Marktbeteiligten ergebenden Verhaltenspflichten beachtet werden³⁸⁷.

Vorteil und gleichzeitig Nachteil der sozialetischen Auffassung war, dass einerseits wichtige Allgemeininteressen der Gesellschaft aufgrund ihrer Bedeutung zusätzlich auch mit den Instrumenten des Wettbewerbsrechts durchgesetzt werden konnten. Wer sich auf Kosten wichtiger gesellschaftlicher Werte im Wettbewerb bereicherte, wurde dafür sanktioniert. Andererseits wurde man dadurch dem primären Ziel, nämlich dem Schutz des lautereren Wettbewerbs, nicht gerecht, in dem man Verstöße gegen werthaltige Normen unabhängig von ihrem Bezug zum Wettbewerb als unethisch und deshalb automatisch auch als unlauter behandelte³⁸⁸. Ein weiterer Nachteil war, dass zwangsläufig Wettbewerbsrichter in ihnen rechtsfremden Materien Entscheidungen darüber treffen mussten, welche Gemeinschaftsgüter so wichtig sind, dass ein Verstoß gegen deren Schutzgesetze, ohne weitere wettbewerbsrechtliche Voraussetzungen zu erfüllen, als unlauteres Verhalten zu behandeln ist³⁸⁹.

b) Kodifizierung der funktionsorientierten Auffassung

Der Gesetzgeber hat im Rahmen der UWG-Reform 2004 die funktionsorientierte Auffassung in die Neukonzeption aufgenommen³⁹⁰. Danach ist der Anwendungsbereich des UWG ausschließlich wettbewerbsbezogen³⁹¹. Besonders deutlich wird dies dadurch, dass nach § 1 UWG nicht alle Interessen der Marktteilnehmer geschützt werden, sondern nur diejenigen, die in Verbindung mit dem lautereren Wettbewerb stehen. Das UWG ist also nicht bei jeder denkbar möglichen Auswirkung auf den Wettbewerb durch einen Gesetzesverstoß anwendbar, sondern nur bei bestimmten Gesetzen, die sich zumindest sekundär auf das Marktverhalten beziehen³⁹². Andere Schutzgüter als der lautere Wettbewerb können, unabhängig davon wie wichtig sie der Gemeinschaft sind, nicht mit

387 *Scherer*, WRP 2009, 761 (765).

388 *Schricker*, Gesetzesverletzung und Sittenverstoß, S. 275; *Emmerich*, 7. Aufl., S. 30.

389 Vgl. dazu 2. Kapitel IV. 4. b).

390 Vgl. dazu kritisch: *Fezer/Fezer*, UWG § 1, Rz. 76.

391 *Gloy/Loschelder/Erdmann/Hasselblatt*, § 58, Rz. 31.

392 *Emmerich*, § 5, Rz. 21.

Mitteln des UWG geahndet werden. Dies gilt sogar dann, wenn von diesen Schutzgutverletzungen mittelbare Auswirkungen auf den Wettbewerb ausgehen mögen³⁹³.

Aus dieser Beschränkung von anwendbaren Normen kann man erkennen, dass der Gesetzgeber eine ausufernde Ausdehnung des Wettbewerbsrechts auf andere Rechtsbereiche verhindern wollte. Damit nahm er zwangsläufig in Kauf, dass Wettbewerbsbeeinträchtigungen, die gegebenenfalls auf Verstößen gegen andere als in § 4 Nr. 11 UWG normierten Vorschriften beruhen, nicht mit den Mitteln des UWG bekämpft werden können.

c) Kritik an der rein funktionsorientierten Auffassung

Diese vom Gesetzgeber vorgenommene Einschränkung des Rechtsbruchtatbestandes beklagt vor allem Jochen **Glöckner**³⁹⁴. Er plädiert deshalb für ein abgewandeltes Modell. Er ist der Ansicht, dass sobald ein Normverstoß tatsächlich zu einer Auswirkung im Wettbewerb führe, dieser auch immer – notfalls mit Hilfe des Auffangtatbestandes in § 3 Abs. 1 UWG – wettbewerbsrechtlich sanktioniert werden müsse. Dies sei unabhängig davon, welchen Schutzzweck die missachtete Norm erfüllt. Sein Vorschlag lautet deshalb, dass ein Verstoß gegen eine Norm mit Marktbezug immer³⁹⁵ unlauter und ein Verstoß gegen eine Norm ohne Marktbezug dann unlauter sei, wenn der Wettbewerber im Vergleich zu seinen Konkurrenten durch den Verstoß einen Vorsprung im Wettbewerb erreicht³⁹⁶. Glöckner geht es dabei nicht primär um den Schutz vor Verletzungen von Gemeinwohlbelangen, wie zum Beispiel bei Arbeitsschutzmaßnahmen die Gesundheit der Arbeitnehmer, sondern um die Auswirkungen auf den Wettbewerb, die seiner Ansicht nach nicht ungestraft bleiben dürften³⁹⁷. Anders formuliert will er von den Folgen einer Zuwiderhandlung gegen eine Vorschrift darauf schließen können, dass der Gesetzesverstoß nach § 4 Nr. 11 UWG unlauter ist. Er ist der Ansicht, dass ein Wettbewerbsverstoß nicht

393 Köhler, NJW 2002, 2761 (2763); Scherer, WRP 2006, 401 (402).

394 Glöckner, GRUR 2008, 960 (962).

395 A. A. BGH GRUR 2008, 442 (443): „Nicht jede Zuwiderhandlung gegen die Preisangabenverordnung stellt zugleich einen Wettbewerbsverstoß nach den §§ 3, 4 Nr. 11 UWG dar. Vielmehr bedarf es im Einzelfall der Feststellung, dass die beanstandete Preisauszeichnung zu einer nicht nur unerheblichen Beeinträchtigung des Wettbewerbs i. S. d. § 3 UWG führt.“

396 Glöckner, GRUR 2008, 960 (965).

397 Glöckner, GRUR 2008, 960 (966).

negiert werden könne, wenn der Wettbewerbsvorsprung tatsächlich konstatiert werden kann.

d) Stellungnahme

Problematisch an dieser Auffassung ist zunächst, dass sie dem ausdrücklichen Willen des Gesetzgebers entgegensteht. Denn dieser hat trotz Kenntnis der Vorsprungstheorie diese bei der Neukonzeption des Rechtsbruchtatbestandes nicht in die Vorschrift aufgenommen³⁹⁸. Vielmehr hat der Gesetzgeber festgelegt, dass ein etwaiger Wettbewerbsvorsprung, also das Ergebnis oder die Auswirkung einer Handlung, grundsätzlich unbeachtlich sind. Im Gegensatz dazu ist die objektive Eignung eines Verhaltens für den Tatbestand maßgeblich³⁹⁹. Der Gesetzgeber knüpft also bei einem Verstoß gegen den unlauteren Wettbewerb durch Rechtsbruch an die Ursache an, das heißt an das Zuwiderhandeln gegen eine bestimmte gesetzliche Vorschrift. Im Unterschied dazu wollen die Befürworter des Vorsprungsgedankens zumindest zusätzlich dazu auch an die Wirkung anknüpfen, nämlich dem entstandenen Vorsprung im Wettbewerb⁴⁰⁰. Diese Ansicht steht im Widerspruch zu § 4 Nr. 11 UWG. Die Auswirkungen des Verhaltens werden nach der neuen Rechtslage einzig bei der Frage nach der Spürbarkeit gemäß § 3 Abs. 1 UWG relevant⁴⁰¹. Sofern sich eine Handlung lediglich im Bagatellbereich auswirkt, das heißt, dass für andere Marktteilnehmer praktisch keine Auswirkungen der Handlung spürbar sind, soll sie trotz ihrer Unlauterkeit wettbewerbsrechtlich nicht verfolgt werden⁴⁰².

In der Literatur wird zu Recht vertreten, dass der Vorsprungsgedanken ausgedient habe⁴⁰³. Denn er versage zum einen, wenn alle Konkurrenten gleichermaßen Vorschriften missachten würden⁴⁰⁴. Dann ergibt sich nämlich kein Vorsprung, sondern ein Gleichlauf. Außerdem versage er bei monopolistischen Unternehmen, denn wenn diese gegen ein Gesetz

398 Gloy/Loschelder/Erdmann/Hasselblatt, § 58, Rz. 24.

399 Gloy/Loschelder/Erdmann/Hasselblatt, § 58, Rz. 32.

400 Fezer/Götting, UWG, § 4-11, Rz. 166; Gloy/Loschelder/Erdmann/Hasselblatt, § 58, Rz. 25.

401 Vgl. dazu 4. Kapitel VI.

402 Köhler/Bornkamm, UWG, § 3, Rz. 114; Fezer/Fezer, UWG, § 2, Rz. 73.

403 Scherer, WRP 2006, 401 (405); von Walter, S. 132 f.; Gloy/Loschelder/Erdmann/Hasselblatt, § 58, Rz. 24; a. A. Fezer/Götting, UWG, § 4-11, Rz. 166.

404 OLG Celle GRUR 1984, 289.

verstoßen, können sie mangels Konkurrenten auf dem Markt diesen gegenüber auch keinen Vorsprung erlangen⁴⁰⁵.

Auch wenn man diese Argumente als zutreffend anerkennen muss, sind sie allein für eine Abschaffung des Vorsprungsgedanken nicht hinreichend überzeugend. Denn sie beziehen sich auf Randbereiche, die mit der Idee des Vorsprungsgedankens wenig zu tun haben. Der Annahme, dass der Vorsprungsgedanke dort versagt, wo alle Konkurrenten gegen die gleichen Gesetze verstoßen, ist nicht zu widersprechen. Sie stellt aber einen Extremfall dar, der Auswirkungen auf die ganze Rechtsordnung hätte. Wenn man das Rechtssystem dogmatisch darauf ausrichtet, dass theoretisch alle Subjekte gleichzeitig gegen die Vorschriften verstoßen würden, und nicht nur einige von ihnen, müsste man die grundlegenden Ansätze der Rechtswissenschaft neu überdenken. Außerdem ist in der Praxis üblicherweise in solchen Fällen mit einer Klage des einen Konkurrenten gegen den anderen wegen des beiderseits begangenen Gesetzesverstoß nicht zu rechnen⁴⁰⁶. Auch das zweite Argument geht am Kernbereich des Vorsprungsgedankens vorbei. Denn Monopolunternehmen nehmen grundsätzlich auf dem Markt eine Ausnahmestellung ein. Am Wettbewerb nehmen sie im engeren Sinn nicht teil. Ihre rechtliche Beurteilung ist primär im Kartellrecht und nicht im Wettbewerbsrecht verankert. Die Vorsprungstheorie aber wurde entwickelt, um Fälle des Leistungswettbewerbs zu bedienen und kann nicht ohne weiteres auf monopolistische Bereiche des Marktes übertragen werden.

Dass der Vorsprungsgedanke jedoch nach der Neukonzeption nicht mehr angewendet werden kann, wird am veränderten Schutzbereich des UWG deutlich. Der Vorsprungsgedanke stammt aus der Zeit, als das UWG alleine den Schutz der Mitbewerber voreinander bezweckte. Der Wettbewerb fand zwischen Konkurrenten statt. Der Verbraucher war als bloßer Abnehmer nicht daran beteiligt. Gesetze, die zum Beispiel Preisvorschriften, Werbeverbote oder Kennzeichnungspflichten enthielten, also in erster Linie den Verbraucherschutz bezweckten, wurden nicht als zur „Wettbewerbssphäre“ zugehörig empfunden. Verstöße dagegen sollten

405 Scherer, WRP 2006, 401 (405).

406 Schricker, Gesetzesverletzung und Sittenverstoß, S. 277.

aber ebenfalls nicht geduldet werden⁴⁰⁷. Deswegen musste ein Korrektiv gefunden werden, das dazu geeignet war, über die damals angenommene „Wettbewerbsphäre“ hinaus bestimmte Auswirkungen auf den Wettbewerb wettbewerbsrechtlich sanktionierbar zu machen. Da nach der neuen Bestimmung des Schutzbereichs den Verbrauchern neben den Mitbewerbern eine gleichberechtigte Stellung im UWG zukommt, ist für solche Fälle der Vorsprungsgedanke nicht mehr nötig. Preisvorschriften, Werbeverbote oder Kennzeichnungspflichten werden nun dem Wettbewerbsrecht als Marktverhaltensregeln zugeordnet⁴⁰⁸, weil die den Unternehmern ein Verhalten zugunsten der Verbraucher vorschreiben.

Ein Vorsprung kann somit ein Anzeichen für einen Rechtsbruch sein, er wird aber nicht auch nur ein fehlendes Tatbestandsmerkmal des § 4 Nr. 11 UWG substituieren können. Diesbezüglich hat der Gesetzgeber eine eindeutige Position bezogen, die kritisiert, aber nicht ignoriert werden darf. Er hat entschieden, dass das Wettbewerbsrecht eben nicht den Anspruch erheben kann, alle Fälle mit einem vorangehenden Rechtsverstoß in Verbindung mit dem UWG zu lösen⁴⁰⁹. Damit die Anwendung des Rechtsbruchtatbestandes nicht ausufert und ungreifbar wird, hat er festgelegt, dass das Recht des UWG nicht bei allen möglichen Auswirkungen auf den Wettbewerb anwendbar ist. Diese Ansicht stellt auch keine Kapitulation vor der unüberschaubaren Materie dar, sondern ist von der Überzeugung getragen, dass die Rechtsordnung mit anderen, ebenfalls adäquaten Mitteln, auf diese Fälle reagieren kann. Es gibt andere Sanktionen außerhalb des UWG, die geeignet sind, denjenigen der gegen Gesetze verstößt, empfindlich zu treffen.

Unter diesem Vorbehalt ist die von Glöckner vorgetragene Kritik⁴¹⁰ zurückzuweisen. Sein Vorschlag, den vom Gesetzgeber bewusst aus dem Wettbewerbsrecht ausgegrenzten Bereich unter die Generalklausel in § 3 Abs. 1 UWG zu fassen, ist deshalb abzulehnen⁴¹¹.

407 *Schricker*, Gesetzesverletzung und Sittenverstoß, S. 260, 276.

408 *Köhler/Bornkamm*, UWG, § 4, Rz. 11.138 ff., 11.84 ff., 11.118 ff.

409 *Schricker*, Gesetzesverletzung und Sittenverstoß, S. 277.

410 *Glöckner*, GRUR 2008, 960 (963).

411 *Glöckner*, GRUR 2008, 960 (967).

2. Funktionen der Marktteilnehmer

Die funktionsorientierte Auffassung stellt, wie der Name es sagt, auf die Funktion des UWG insgesamt und die Funktion des Rechtsbruchtatbestandes innerhalb des UWG ab. Aus dem normierten Schutzbereich ergibt sich, wie sich der Gesetzgeber den lautereren Wettbewerb vorstellt, als Ergebnis seiner Abwägung, wie viel Schutz die Verbraucher benötigen, um überhaupt ihre Rolle im Wettbewerb erfüllen zu können, und welche Auflagen den Unternehmern zumutbar sind, um ihre wirtschaftliche Freiheit nicht unangemessen einzuschränken.

Praktisch ist bei dieser Abwägung von Bedeutung, welche Funktionen die Marktteilnehmer im Marktgeschehen tatsächlich innehaben. Ungeachtet der Unterscheidung als Verbraucher und Unternehmer sind die Marktteilnehmer als Anbieter und Nachfrager einzuteilen. Diese Bezeichnungen charakterisieren ihre vorrangigen Marktfunktionen. Vereinfacht ausgedrückt sollen die Nachfragenden vor allem kaufen oder Dienstleistungen in Anspruch nehmen und so den Konsum, das Wachstum und schließlich den Wohlstand erhöhen. Aus den vorhandenen Informationen treffen sie Entscheidungen und erfüllen so gleichzeitig eine Schiedsrichterrolle und beeinflussen dadurch die Vielfalt und Qualität des Angebots auf dem Markt. Die Anbieter erfüllen dementsprechend die Funktion, ein vielfältiges Angebot von Waren und Dienstleistungen anzubieten und auf dem Markt abzusetzen.

Die funktionsorientierte Auslegung wird bei der Untersuchung sämtlicher Merkmale des Rechtsbruchtatbestandes, insbesondere aber bei der Frage, welche Interessen die Marktteilnehmer im Sinne des § 4 Nr. 11 UWG verfolgen, eine Rolle spielen⁴¹².

3. Richtlinienkonforme Auslegung des Schutzbereichs des § 4 Nr. 11 UWG

Durch die Umsetzung der UGP-Richtlinie präsentiert sich der Schutzbereich des § 4 Nr. 11 UWG als heterogen⁴¹³. Zum Teil stimmt er mit dem Schutzbereich der UGP-Richtlinie überein. In Bereichen, die nicht durch die Richtlinie geregelt sind, geht er allerdings darüber hinaus.

412 Vgl. dazu 4. Kapitel IV.

413 Vgl. 3. Kapitel II. 1. b) aa).

a) Übereinstimmender Schutzbereich

Hinsichtlich der umgesetzten UGP-Richtlinie geht der Rechtsbruchtatbestand in den betreffenden Vorschriften auf, wenn durch eine geschäftliche Handlung eines Unternehmers gegenüber einem Verbraucher eine Marktverhaltensregel verletzt wird und dadurch die Entscheidungsfreiheit des Verbrauchers spürbar beeinträchtigt wurde.

Der Schutz der Verbraucher vor unlauteren Geschäftspraktiken wird durch die Richtlinie vollharmonisiert⁴¹⁴. Das bedeutet, dass die Mitgliedstaaten ihre Verbraucher nicht weniger und auch nicht mehr schützen dürfen, als es in der UGP-Richtlinie vorgegeben ist⁴¹⁵. Bei der Anwendung des § 4 Nr. 11 UWG ist deshalb darauf zu achten, dass es nicht mit der UGP-Richtlinie vereinbar sein kann, wenn durch den Rechtsbruchtatbestand Verbraucher intensiver gegen unlauteres Verhalten geschützt würden, als es die UGP-Richtlinie vorgibt. Dies ist denkbar, wenn ein Zuwiderhandeln gegen eine gesetzliche Vorschrift gegeben ist, die im Interesse der Verbraucher das Marktverhalten mit einem über die Richtlinie hinausgehenden höheren Schutz regelt. Bei der Untersuchung der nach § 4 Nr. 11 UWG anwendbaren Marktverhaltensregeln im Interesse der Marktteilnehmer wird bei Vorschriften, die mit der Entscheidungsfreiheit des Verbrauchers eng zusammenhängen, wie beispielsweise gesetzlichen Informationspflichten, auf die vollharmonisierende Wirkung der Richtlinie zu achten sein⁴¹⁶.

b) Erweiterter Anwendungsbereich

Der Anwendungsbereich des § 4 Nr. 11 UWG geht zum Teil über die UGP-Richtlinie hinaus. Im personellen Anwendungsbereich regelt er auch das Verhältnis zwischen Unternehmern. Im sachlichen Anwendungsbereich ist von besonderer Relevanz für § 4 Nr. 11 UWG, dass nach Art. 3 Abs. 3 UGP-Richtlinie Rechtsvorschriften der Union oder der Mitgliedstaaten in Bezug auf Gesundheits- und Sicherheitsaspekte von Produkten durch die UGP-Richtlinie unberührt bleiben. Ebenfalls lässt die UGP-Richtlinie nach

414 Erwägungsgründe 6, 11, 12 UGP-Richtlinie 2005/29/EG; *Steinbeck*, WRP 2006, 632; *Scherer*, WRP 2008, 708 (709); *Köhler*, NJW 2008, 3032; *Fezer*, WRP 2009, 1163 (1164).

415 *Fezer*, WRP 2009, 1163 (1164); EuGH GRUR 2009, 599 (603) - VTB/Total Belgium u.

Galatea/Sanoma; EuGH, Urteil vom 14.01.2010, C-304/08, Rz. 50 - Plus Warenhandelsgesellschaft.

416 *Harte/Henning/Glückner*, UWG, Vorb, Rz. 12; *Köhler/Bornkamm*, UWG, § 4, Rz. 11.6a f.; vgl. dazu 4. Kapitel III. 7.

Art. 3 Abs. 8 alle Niederlassungs- oder Genehmigungsbedingungen, berufsständischen Verhaltenskodizes oder andere spezifische Regeln für reglementierte Berufe unberührt. Dadurch bleiben die strengen Integritätsstandards, die die Mitgliedstaaten den in den Berufen tätigen Personen nach Maßgabe des Unionsrechts auferlegen können, gewährleistet⁴¹⁷.

Daraus folgt, dass nach § 4 Nr. 11 UWG auch gesetzliche Vorschriften, die im Interesse der Marktteilnehmer das Marktverhalten regeln, relevant sind, bei denen es nicht in erster Linie um den Schutz der Entscheidungsfreiheit der Verbraucher geht, sondern etwa um Vorschriften, die durch den Nachweis bestimmter fachlicher Fähigkeiten der Berufsträger eine Mindestqualität bei Dienstleistungen garantieren sollen⁴¹⁸. Im Rahmen der Untersuchungen des Merkmals der Marktverhaltensregel wird sich zeigen, welche gesetzlichen Vorschriften für § 4 Nr. 11 UWG in Frage kommen⁴¹⁹.

V. Zusammenfassung Kapitel 3

Der zentrale Begriff innerhalb des Schutzbereichs des UWG, nämlich der Schutz vor unlauteren geschäftlichen Handlungen nach § 1 UWG, ist durch die Umsetzung der UGP-Richtlinie in das UWG eingeführt worden. Voraussetzung für alle Ansprüche nach dem UWG ist, dass eine unlautere geschäftliche Handlung vorliegt. Daraus folgt, dass hinsichtlich der geschäftlichen Handlung, unabhängig vom persönlichen Schutzbereich des UWG, alle Sachverhalte richtlinienkonform ausgelegt werden müssen, damit widersprüchliche Ergebnisse verhindert werden⁴²⁰.

Der Zweck des UWG ist es, den Wettbewerb vor Verfälschungen zu schützen, die durch unlautere geschäftliche Handlungen der Marktteilnehmer verursacht werden und die andere Marktteilnehmer beeinträchtigen können. Das Verhalten steht im Mittelpunkt einer objektiven Betrachtung, denn die Lauterkeit bezieht sich auf die geschäftliche

417 Köhler/Bornkamm, UWG, § 4, Rz. 11.6c; MüKo-UWG/Micklitz, EG E, Rz. 75.

418 BT-Drucks. 15/1487, S. 19.

419 Vgl. dazu 4. Kapitel III.

420 Köhler, WRP 2008, 10 (13); Köhler, WRP 2007, 1393 (1396); Fezer/Fezer, UWG, § 2 Nr. 1, Rz. 25; zur Auslegung des „objektiven Zusammenhangs“ vgl. oben 2. Kapitel III. 6. c).

Handlung und nicht etwa auf eine unlautere Persönlichkeit des Marktteilnehmers⁴²¹.

Der Schutzbereich des UWG hat sich in seiner hundertjährigen Geschichte geändert, beginnend als Spezialrecht zwischen Gewerbetreibenden hin zur Schutzzwecktrias des UWG 2004, das dem gleichberechtigten Schutz aller Marktteilnehmer verpflichtet ist. Die Integration des europäischen Verbraucherschutzrechts in den Schutzbereich des UWG stellt wegen der richtlinienkonformen Auslegung hohe Anforderungen an die Rechtsanwender. Bei den jeweiligen Tatbestandsmerkmalen des § 4 Nr. 11 UWG wird auf die funktionsorientierte Auslegung, bezogen auf den Schutzbereich des UWG, in dem der Schutzbereich der Richtlinie aufgeht, zurückgegriffen. Das heißt konkret, dass alle Verstöße, die objektiv keinen Bezug zum Wettbewerb bzw. dem Marktverhalten aufweisen, aus dem Anwendungsbereich des UWG und insbesondere des § 4 Nr. 11 UWG herausfallen⁴²². Denn das UWG hat lediglich den lautereren Wettbewerb zu schützen, für andere Schutzgüter stehen andere Gesetze bereit⁴²³.

4. Kapitel: Die Tatbestandsmerkmale des § 4 Nr. 11 UWG

I. Einführung

Ziel der Auseinandersetzung mit den Tatbestandsvoraussetzungen und deren Auslegung ist es, ein Prüfungsmodell zu entwickeln, das in der Praxis den Umgang mit dem § 4 Nr. 11 UWG erleichtert.

1. Gesetzliche Vorschrift als Marktverhaltensregel

Zunächst muss eine gesetzliche Vorschrift vorliegen, die das Marktverhalten regeln soll (dazu I.-III.). Der vom Gesetzgeber gewählte Begriff der Marktverhaltensregel muss mit Leben erfüllt werden. Der Begriff kommt im UWG nur in § 4 Nr. 11 vor. Er gibt den Ausschlag darüber, ob

421 von *Walter*, S. 108.

422 *MüKo-UWG/Schaffert*, § 4 Nr. 11, Rz. 12.

423 *Köhler*, NJW 2004, 2121; *Sosnitza*, WRP 2006, 1 (6).

eine Norm überhaupt geeignet ist, bei ihrer Zuwiderhandlung als Beispiel unlauteren Verhaltens eine Voraussetzung des Rechtsbruchtatbestandes zu erfüllen. Der Gesetzgeber hat den Begriff der Marktverhaltensregelung nicht definiert. Jedoch hat er innerhalb des Rechtsbruchtatbestandes konkretisiert, dass die Vorschriften Verhaltensregeln enthalten müssen, die im Interesse der Marktteilnehmer sind.

2. Interessen der Marktteilnehmer

Folglich sind die Interessen aller Marktteilnehmer zu bestimmen (dazu IV.). Dabei wird es vor allem darauf ankommen, abzuwägen, welche der Interessen der Marktbeteiligten zugleich dem Schutzbereich des UWG und des Rechtsbruchtatbestandes zuzuordnen sind und welche nicht. Fraglich ist außerdem, welche Rolle dabei dem ebenfalls zum Schutzbereich des UWG gehörenden Interesse der Allgemeinheit an einem unverfälschten Wettbewerb zukommt.

3. Zuwiderhandeln

Der Begriff des Zuwiderhandelns beschreibt, welche Anforderungen der Rechtsbruchtatbestand an das Verhalten einer Person stellt (dazu V.). Eine geschäftliche Handlung muss in jedem Fall gegeben sein. Fraglich ist, welche Voraussetzungen zusätzlich an das Zuwiderhandeln gestellt werden müssen. Insbesondere wird untersucht, ob der Tatbestand einer Vorschrift vollständig erfüllt werden muss. Beachtlich wird dies besonders bei Vorschriften, deren Tatbestände Vorsatz oder Verschulden voraussetzen, während der Beseitigungs- und Unterlassungsanspruch nach § 4 Nr. 11 i. V. m. 8 UWG allein auf objektive Kriterien abstellt. Weiterhin wird zu untersuchen sein, ob ein Zuwiderhandeln gegeben sein kann, wenn sich der Marktteilnehmer auf eine behördliche Genehmigung für sein Verhalten beruft (dazu V.4.). Außerdem muss untersucht werden, in welchen Konstellationen ein Dritter als Teilnehmer oder Störer für das Zuwiderhandeln einer anderen Person verantwortlich ist (dazu V.5.).

4. Spürbare Beeinträchtigung

Außerdem ist zu klären, ob und wenn ja, inwieweit das Kriterium der spürbaren Beeinträchtigung aus § 3 Abs. 1 und 2 UWG für § 4 Nr. 11 als

ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal zu beachten ist (dazu VI.). Grundsätzlich stellt der Tatbestand nämlich die Geeignetheit eines Verhaltens, ob es in einer unlauteren Weise auf den Markt einwirken kann, und nicht dessen tatsächliche Auswirkungen in den Mittelpunkt der Betrachtung. Trotzdem wäre es schon zugunsten der Prozessökonomie gerechtfertigt, Bagatellverstöße aus dem Rechtsbruchtatbestand auszuklammern.

5. Konkurrenzen

Abschließend wird auf die Konkurrenzen eingegangen (dazu VII.). Dabei stellt sich die Frage, welche Auswirkung es hat, dass bei der Anwendung des Rechtsbruchtatbestandes Sanktionen aus anderen Rechtsgebieten in Konkurrenz mit den Ansprüchen aus dem UWG treten.

II. Gesetzliche Vorschrift

1. Herrschende Meinung

Eine gesetzliche Vorschrift im Sinne von § 4 Nr. 11 UWG ist jede Rechtsnorm, die in Deutschland Geltung besitzt⁴²⁴. Die überwiegende Ansicht bezieht sich dabei auf Art. 2 EGBGB⁴²⁵. Selbstverständlich gehören dazu die Vorschriften des primären und sekundären Unionsrechts, sofern sie sich nicht ausschließlich an die Mitgliedstaaten richten. Entscheidend ist, dass die Vorschrift für den Handelnden verbindlich ist⁴²⁶. Unter den Begriff der gesetzlichen Vorschrift fallen neben den Gesetzen im formellen Sinn auch solche im materiellen Sinn, wie Rechtsverordnungen, autonome Satzungen, allgemein verbindlich erklärte Tarifverträge sowie auch das Gewohnheitsrecht⁴²⁷.

Keine gesetzlichen Vorschriften sind Gerichtsentscheidungen, Verwaltungsrichtlinien und Verwaltungsakte, technische Regeln wie z.B. DIN-Normen oder Standesregeln, von Verbänden und Branchen aufgestellte Wettbewerbsregeln mit Selbstbindungscharakter⁴²⁸, sowie

424 Poppen, S. 254; Böhler, S. 197.

425 Köhler/Bornkamm, UWG, § 4, Rz. 11.24; Fezer/Götting, UWG, § 4-11, Rz. 50.

426 Köhler/Bornkamm, UWG, § 4, Rz. 11.24.

427 Köhler, GRUR 2004, 381 (382); Keck, S. 13; von Walter, S. 54.

428 Köhler/Bornkamm, UWG, § 4, Rz. 11.25-32; Rittner/Kulka, § 3, Rz. 222.

privatautonome Verträge⁴²⁹ inklusive der darin möglicherweise als Vertragsbestandteil einbezogenen Allgemeinen Geschäftsbedingungen⁴³⁰. Nicht zu verwechseln ist dabei, dass es sich bei den §§ 305 ff. BGB sehr wohl um allgemein verbindliche gesetzliche Vorschriften handelt. Auf ihre Bedeutung für den Rechtsbruchtatbestand wird im Verlauf der Untersuchung noch eingegangen⁴³¹.

Die nicht zu den gesetzlichen Vorschriften nach Art. 2 EGBGB zählenden Regelungen haben gemeinsam, dass sie entweder nur für diejenigen Personen gelten, die sich ihnen freiwillig unterwerfen, oder nur zwischen bestimmten Rechtssubjekten gelten, die in der Regel zu ihrer Entstehung beigetragen haben. Verstöße gegen Vertragsvereinbarungen oder Regelwerke, die keine gesetzlichen Vorschriften nach § 4 Nr. 11 UWG darstellen, müssen deshalb allerdings nicht wettbewerbsrechtlich unbeachtlich sein. Vielmehr können sie gegebenenfalls die Tatbestände anderer Regelbeispiele innerhalb des UWG erfüllen oder einen Verstoß nach § 3 UWG begründen⁴³².

2. Abweichende Ansichten von der herrschenden Meinung

Nur vereinzelt wird das Merkmal der gesetzlichen Vorschrift im Rahmen der Prüfung des Rechtsbruchtatbestandes in Frage gestellt. Axel **von Walter** hat das Merkmal ausführlich untersucht⁴³³. Er ist der Ansicht, dass beispielsweise kommunalrechtliche Bestimmungen über die Teilnahme von Gemeinden am kommunalen Wirtschaftsverkehr mangels Außenwirkung nicht unter § 4 Nr. 11 UWG fallen würden. Dafür sei kennzeichnend, dass alle gesetzlichen Vorschriften nach § 4 Nr. 11 UWG grundsätzlich jeden Unternehmer bei Vorliegen des Tatbestandes als Normadressat binden können. Die kommunalrechtlichen Regelungen würden als Normadressaten jedoch nur die öffentliche Körperschaft treffen⁴³⁴. Einen eigenständigen Normbegriff durch eine wettbewerbsrechtliche Auslegung des Begriffs der gesetzlichen Vorschrift zu schaffen, erteilt er jedoch trotz

429 OLG Dresden GRUR-RR 2005, 345 (346).

430 von *Walter*, S. 73.

431 Vgl. dazu 4. Kapitel III. 5. b).

432 Harte/Henning/von *Jagow*, UWG, § 4 Nr. 11, Rz. 25; *Böhler*, S. 197.

433 von *Walter*, S 53 ff.

434 von *Walter*, S. 56.

dieser Bedenken eine Absage⁴³⁵. Denn praktisch spielt dieser eher normtheoretische Streit keine Rolle. Auch ohne diese Einschränkung der gesetzlichen Vorschriften nach § 4 Nr. 11 UWG ist ein Verstoß gegen kommunalrechtliche Bestimmungen über die Teilnahme von Gemeinden am kommunalen Wirtschaftsverkehr für § 4 Nr. 11 UWG unbeachtlich, weil sie lediglich den Zutritt und nicht das Verhalten auf dem Markt regeln⁴³⁶.

Eine andere Einschränkung der weiten Auslegung des Begriffs gesetzliche Vorschrift vertrat Carl **von Jagow**. Er forderte die schriftliche Niederlegung einer Regelung und wollte damit Verstöße gegen ungeschriebenes Gewohnheitsrecht aus dem Anwendungsbereich des Rechtsbruchtatbestandes herausgenommen wissen⁴³⁷. Diese Auffassung hat er jedoch in der Zwischenzeit aufgegeben, nachdem der BGH sich in der Entscheidung Friedhofsruhe⁴³⁸ dazu geäußert hat⁴³⁹. Demnach zählt das Gewohnheitsrecht unbestritten zu den gesetzlichen Vorschriften nach Art. 2 EGBGB⁴⁴⁰ und damit auch nach § 4 Nr. 11 UWG⁴⁴¹.

3. Zusammenfassung

Durch die Neukonzeption hat sich an der Auffassung, was eine gesetzliche Vorschrift im Sinne des § 4 Nr. 11 UWG darstellt, nichts geändert⁴⁴². Wäre dies der Fall, hätte der Gesetzgeber in seiner Gesetzesbegründung diesbezüglich etwas aufgenommen.

Der Gesetzgeber hat sich jedoch durch die Neukonzeption ausdrücklich entschieden, dass nicht jeder Gesetzesverstoß wettbewerbswidrig ist. Diese Ansicht hatte sich in der Rechtsprechung des BGH⁴⁴³ und der herrschenden Lehre bereits vorher durchgesetzt⁴⁴⁴. Es ist mit Blick auf den

435 von *Walter*, S. 59, 60.

436 Vgl. dazu 4. Kapitel III. 5. e).

437 *Harte/Henning/von Jagow*, UWG 2004, § 4 Nr. 11, Rz. 38; ebenso *von Walter*, S. 59; *Lehmle*, UWG, § 4, Rz. 17.

438 BGH GRUR 2005, 960 - Friedhofsruhe.

439 *Harte/Henning/von Jagow*, UWG, § 4 Nr. 11, Rz. 29; BGH GRUR 2005, 960 (961) - Friedhofsruhe.

440 *Staudinger/Merten*, EGBGB, Art. 2, Rz. 93.

441 *Köhler/Bornkamm*, UWG, § 4, Rz. 11.24.

442 *Sack*, WRP 2004, 1307; a. A. *von Walter*, S. 53, 54.

443 Vgl. BGH GRUR 2002, 825 - Elektroarbeiten.

444 *Fezer*, WRP 2001, 989 (1000).

Schutzzweck nicht Aufgabe des Wettbewerbsrechts, Gesetzesverstöße generell zu sanktionieren. Vielmehr wird eine Beschränkung danach vorgenommen, dass der verletzten Norm zumindest eine sekundäre Schutzfunktion zugunsten des Wettbewerbs zukommt. Darunter fallen Normen, die zumindest auch das Marktverhalten im Interesse der Marktbeteiligten regeln⁴⁴⁵. Dabei ist der Regelungs- oder Schutzzweck der Vorschrift zu beachten. Nicht ausreichend ist, wenn sich eine Vorschrift lediglich zugunsten oder zu Lasten eines Marktteilnehmers auswirkt⁴⁴⁶.

III. Marktverhaltensregel

Die wichtigste Frage innerhalb der Prüfung des Rechtsbruchtatbestandes ist, ob eine gesetzliche Vorschrift gegeben ist, die eine Marktverhaltensregelung darstellt. Während die Fragen, was unlauter ist, was eine geschäftliche Handlung ist, und was die Interessen der Marktteilnehmer sind, das UWG insgesamt betreffen, zeichnet sich der Rechtsbruchtatbestand dadurch aus, dass er die Einhaltung ausgesuchter gesetzlicher Vorschriften überwacht.

In der Gesetzesbegründung zur UWG-Novelle 2004 hat der Gesetzgeber nicht ausgeführt, was genau eine Marktverhaltensregel ist⁴⁴⁷. In der Begründung zum Ersten Gesetz zur Änderung des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb ist lediglich ein Beispiel des typischen Marktverhaltens des Verbrauchers ausgeführt, nämlich die Entscheidung, eine bestimmte Ware zu kaufen oder eine Dienstleistung in Anspruch zu nehmen⁴⁴⁸. Ausgehend davon, dass der Begriff der Marktverhaltensregelung aus der Elektroarbeitenentscheidung entnommen wurde⁴⁴⁹, setzt der Gesetzgeber anscheinend voraus, dass der Begriff bereits etabliert ist, bzw. sich selbst erklärt – nämlich als eine Vorschrift, die für ein Verhalten am Markt eine Regelung trifft.

445 BT-Drucks. 15/1487, S. 19.

446 Köhler/Bornkamm, UWG, § 4, Rz. 11.35a.

447 Scherer, WRP 2006, 401; Harte/Henning/von Jagow, UWG, § 4 Nr. 11, Rz. 29.

448 BR-Drucks. 345/08, S. 29.

449 BT-Drucks. 15/1487, S. 19.

Im folgenden Abschnitt soll versucht werden, das Merkmal der Marktverhaltensregel konkret zu beschreiben und die Bedeutung hervorzuheben. Um zu erkennen, ob eine Vorschrift unter anderem auch das Marktverhalten regeln soll, sind mehrere Fragen zu klären: Zum einen ist zu untersuchen, welches Verhalten zwischen den Marktteilnehmern dem Marktgeschehen zuzuordnen ist und welche gesetzlichen Vorschriften somit inhaltlich in Frage kommen, das Marktverhalten zu regeln (1.-2.). Dazu sind die Abläufe am Markt und die Funktionen der Marktteilnehmer aufzuzeigen. Danach ist zu klären, welche Anforderungen formal an die gesetzlichen Vorschriften gestellt werden müssen (3.-5). Dabei stellt sich die Frage, wann eine Regelung im Sinne von § 4 Nr. 11 UWG vorliegt und inwiefern der Gesetzgeber beim Erlass der Vorschrift die Regelung des Marktverhaltens auch bezweckt haben muss.

1. Marktverhalten

Zunächst soll der Begriff des Marktverhaltens im Sinne des UWG erörtert werden.

a) Verhalten von Marktteilnehmern

Nachdem das UWG im persönlichen Anwendungsbereich nur auf Marktteilnehmer ausgerichtet ist, die nach § 2 Abs. 1 Nr. 2 UWG neben Mitbewerbern und Verbrauchern alle Personen sind, die als Anbieter oder Nachfrager von Waren oder Dienstleistungen tätig sind, kann man davon ausgehen, dass nur ein Verhalten von Marktteilnehmern beachtlich ist. Dabei kommen natürliche Personen ebenso in Betracht wie juristische Personen, denen das Verhalten ihrer Organe zugerechnet wird. Nicht beachtlich ist jedoch das Verhalten des Staates, der zum Beispiel Gesetze erlässt, um die Konjunktur anzukurbeln. Ebenso ist das Verhalten einer Person, die weder eine Ware oder Dienstleistung anbietet oder nachfragt, jedoch ihre Meinung über ein bestimmtes Produkt öffentlich verkündet, demnach kein Marktverhalten.

b) Außenwirkung – Einwirkung auf andere Marktteilnehmer

Helmut **Köhler** versteht unter Marktverhalten jede Tätigkeit auf dem Markt, durch die ein Unternehmer auf die Mitbewerber, Verbraucher und sonstigen

Marktteilnehmer einwirkt. Dazu gehören einerseits das Anbieten und Nachfragen von Waren und Dienstleistungen, die Werbung, sowie auch der Abschluss und die Durchführung von Verträgen⁴⁵⁰. Das Marktverhalten betrifft das äußere Auftreten eines Unternehmers auf dem Markt, im Gegensatz zu betriebsinternen Vorgängen, wie die Produktion oder dem Umgang mit Arbeitnehmern⁴⁵¹.

c) Dem Warenaustausch dienend

Inge **Scherer** versteht unter dem Begriff Marktverhalten im Sinne des § 4 Nr. 11 UWG jede Tätigkeit auf einem Markt, die der Förderung des Absatzes oder dem Bezug von Waren oder Dienstleistungen dient⁴⁵². Dazu gehören Angebot und Nachfrage wie auch die Werbung⁴⁵³. Bei ihrer Untersuchung geht Scherer davon aus, dass die Antwort darauf, was eine Marktverhaltensregelung ist, untrennbar damit verbunden ist, welche Interessen die Marktteilnehmer verfolgen⁴⁵⁴. Dabei ist von vornherein im Sinne des Gesetzgebers festzuhalten, dass als Interessen der Marktteilnehmer solche schutzwürdig sind, die mit ihrem Marktverhalten im Zusammenhang stehen. Im Einklang mit Köhler werden davon Tätigkeiten ausgegrenzt, die keine Außenwirkungen auf einen Markt für Waren oder Dienstleistungen haben, wie z.B. die Produktion, die Forschung und Entwicklung, oder die Einstellung und Entlassung von Arbeitnehmern⁴⁵⁵.

d) Auslegung nach der inneren Mechanik des Wettbewerbprozesses

Für Hans W. **Micklitz** und Jürgen **Keßler** steht nicht der Absatz oder der Bezug von Waren oder Dienstleistungen im Vordergrund, sondern die Kommunikation. Wirtschaftliche Kommunikation ist jede Form der Kommunikation zu dem Zweck der direkten oder indirekten Förderung des Absatzes von Gütern oder Dienstleistungen oder zur Förderung des Ansehens eines Unternehmens, einer Organisation oder einer natürlichen

450 Köhler/Bornkamm, UWG, § 4, Rz. 11.34.

451 Emmerich, 7. Aufl., S. 432.

452 Ebenso MüKo-UWG/Schaffert, § 4 Nr. 11, Rz. 54.

453 Scherer, WRP 2006, 401 (405); Fezer/Götting, UWG 2005, § 4-11, Rz. 51.

454 Scherer, WRP 2006, 401 (402).

455 Köhler/Bornkamm, UWG, § 4, Rz. 11.34; Scherer WRP 2006, 401 (405); Fezer/Götting, UWG 2005, § 4-11, Rz. 61.

oder juristischen Person bei Ausübung ihres Gewerbes oder ihrer selbständigen beruflichen Tätigkeit⁴⁵⁶.

Sie vertreten die Ansicht, dass als Marktverhalten im Kern der Kommunikationsprozess zwischen den Marktteilnehmern zu verstehen ist, ohne den es zwischen den Anbietern und Nachfragenden keinen Wettbewerb um ein potentiell Geschäft gibt⁴⁵⁷. Die Verbraucher steuern das Leistungsangebot des Marktes durch ihre Schiedsrichterfunktion. Voraussetzung dafür ist, dass ihnen im Rahmen ihres Entscheidungsaktes diejenigen Informationen zur Verfügung stehen, die sie zur Beurteilung des Marktangebots benötigen. Die damit postulierte Informationsstruktur entspricht nach Micklitz und Keßler durchweg dem ökonomischen Konzept einer hinreichenden Markttransparenz⁴⁵⁸.

e) Zusammenfassung

Aus dem Begriff Marktverhalten gehen zwei hervorstechende Merkmale hervor, der Markt und das Verhalten. Zur Erläuterung des Begriffes greifen die vorstehenden Autoren auf verschiedene Merkmale zurück, die ein Verhalten indizieren. Grundsätzlich besteht ein Verhalten aus einem Tun oder einem Unterlassen. Es ist gesteuert von einer Intention und einer Erwartung hinsichtlich seiner Wirkung. So betont Köhler, der sich auf die Betrachtung des Marktverhaltens von Unternehmern beschränkt, die Wirkung des Verhaltens, Scherer die Intention oder den verfolgten allgemeinen Zweck des Verhaltens und Micklitz/Keßler das Medium, über das das Verhalten den Markt erreicht.

Die verschiedenen Ansichten schließen sich gegenseitig nicht aus, sondern ergänzen sich mit jeweils anderen Ansatzpunkten. Das Marktverhalten im Sinne des § 4 Nr. 11 UWG ist jedes Verhalten auf dem Markt, das ein Marktteilnehmer mit Außenwirkung gegenüber einem oder mehreren anderen Marktteilnehmern vornimmt, mit dem Ziel oder der Wirkung, den Absatz oder Bezug von Waren oder Dienstleistungen sowie die Durchführung von Verträgen mittels kommunikativer Mittel zu

456 Micklitz/Keßler, GRUR Int 2002, 885 (899), ebenso Fezer/Fezer, UWG, §. 2 Nr. 1, Rz. 66.

457 Micklitz/Keßler, GRUR Int 2002, 885 (889).

458 Micklitz/Keßler, GRUR Int 2002, 885 (890).

beeinflussen. Mit Hilfe dieser Konkretisierung kann jeweils der Schutzzweck einer verletzten Norm im Einzelfall überprüft werden.

f) Stellungnahme

Die Ergebnisse der Konkretisierung des Begriffs des Marktverhaltens weisen gewisse Ähnlichkeiten mit dem Begriff der geschäftlichen Handlung auf. Die Parallelen sollen zum besseren Verständnis aufgezeigt werden.

aa) Gemeinsamkeiten

Beide Begriffe sind geprägt von der objektiven Betrachtungsweise des Verhaltens, die im gesamten UWG und ebenfalls in der UGP-Richtlinie vorherrschend ist⁴⁵⁹. Das Marktverhalten soll ebenso wie die geschäftliche Handlung unabhängig von den Vorstellungen der handelnden Personen bestimmt werden. Das bedeutet, dass das Verhalten zu dem Zweck oder den Wirkungen in einem objektiven Zusammenhang steht.

Übereinstimmend kann auch der Zweck des Marktverhaltens und der geschäftlichen Handlung betrachtet werden. Er besteht darin, den Absatz oder Bezug von Waren, sowie Vertragsschlüsse und deren Durchführung zu erreichen. Der Marktbezug der geschäftlichen Handlung entspricht der erforderlichen Außenwirkung des Marktverhaltens. Das einzelne Marktverhalten der Marktteilnehmer findet nicht „im stillen Kämmerlein“ statt sondern wirkt sich, sobald es kollektiv betrachtet wird, auf den Markt aus.

bb) Unterschiede

Der größte Unterschied zwischen dem Marktverhalten und der geschäftlichen Handlung besteht darin, dass bei dem Marktverhalten das Verhalten aller Marktteilnehmer, insbesondere auch das Verhalten der Verbraucher einbezogen ist. Da der Austausch von Waren und Dienstleistungen auf dem Markt das Zusammenspiel aller Marktteilnehmer, der Anbieter und der Nachfragenden, voraussetzt, wäre es widersinnig, das Verhalten der Verbraucher nicht als Marktverhalten zu betrachten.

459 Fezer/Fezer, UWG, § 2 Nr. 1, Rz. 152.

Das Verhalten der Verbraucher stellt aber keine geschäftliche Handlung dar. Sie ist wie oben dargestellt unternehmensbezogen auszulegen und nur gegeben, wenn das Verhalten geeignet ist, sich zugunsten eines Unternehmens im weiten Sinn auszuwirken⁴⁶⁰. Allgemein geht das UWG davon aus, dass Unternehmer wie auch Mitbewerber „Täter“ und „Opfer“ unlauteren Verhaltens sein können. Die Verbraucher können jedoch nur „Opfer“ unlauteren Verhaltens der Unternehmer sein.

Die Regeln, die der Gesetzgeber im Verhältnis zwischen Unternehmern und Verbrauchern erlässt, korrespondieren mit dieser Betrachtungsweise. Grundsätzlich werden darin die Unternehmer zu einem Verhalten verpflichtet, das den Verbrauchern zu Gute kommen soll. Es ist aber durchaus denkbar, dass der Gesetzgeber eine Verhaltensregelung erlässt, die den Verbrauchern vorschreibt, dass sie sich zum Beispiel umfassend vor einem bestimmten Rechtsgeschäft informieren oder beraten lassen müssen, weil ihnen ansonsten kein Verbraucherschutz gewährt wird⁴⁶¹.

cc) Fazit

Die Begriffe Marktverhalten und geschäftliche Handlung ähneln sich, können jedoch nicht gleich gesetzt werden. Der Begriff des Marktverhaltens ist weiter gefasst und umschließt den Begriff der geschäftlichen Handlung. In der Praxis wird sich der Unterschied jedoch nicht auswirken. Selbst der Gesetzgeber hält die Begriffe in seiner Begründung nicht streng auseinander. Er nennt als Ziel des UWG den Schutz von Verbrauchern und Mitbewerbern vor unlauterem Marktverhalten⁴⁶², statt die Formulierung des § 1 UWG zu wiederholen, die den Schutz vor unlauteren geschäftlichen Handlungen als Ziel vorschreibt.

Dass die Gleichsetzung der beiden Begriffe kaum praktische Auswirkungen hat, ergibt sich daraus, dass der Begriff des Marktverhaltens in § 4 Nr. 11 UWG im Zusammenhang mit gesetzlichen Vorschriften relevant wird. Wenn der Gesetzgeber es für notwendig erachtet, das Verhältnis zwischen Unternehmern oder zwischen Unternehmern und Verbrauchern auf dem Markt gesetzgeberisch zu gestalten, werden in der Regel Vorschriften

460 Vgl. dazu 3. Kapitel II. 5. a).

461 Vgl. z. B. § 129 BGB

462 BR-Drucks. 345/08, S.16.

konzipiert, die Unternehmern und Mitbewerbern ein Verhalten auf dem Markt vorschreiben. Es darf dabei aber nicht übersehen werden, dass durch diese Vorschriften das Marktverhalten der Verbraucher indirekt geregelt wird, wenn den Unternehmern Pflichten auferlegt werden, die den Verbrauchern zu Gute kommen sollen.

2. Kein Marktverhalten – Beispiele

Im Folgenden werden zum besseren Verständnis Beispiele aufgeführt, die kein Marktverhalten darstellen, weil die oben genannten Voraussetzungen nicht vorliegen⁴⁶³. Das ist der Fall, wenn ein Verhalten nicht einem Marktteilnehmer zuzurechnen ist, keine Außenwirkung hat oder nicht der Förderung von Absatz und Bezug von Waren und Dienstleistungen dient oder nicht zu Vertragsabschlüssen oder -durchführungen führt. Allen Beispielen ist gemeinsam, dass sie sich, obwohl sie kein Marktverhalten im Sinne von § 4 Nr. 11 UWG darstellen, auf das Marktgeschehen auswirken können.

a) Verhalten gegenüber Arbeitnehmern

Das betriebsinterne Verhalten von Arbeitgebern gegenüber Arbeitnehmern ist mangels Außenwirkung kein Marktverhalten. Somit ist der Unternehmer in seiner Rolle als Arbeitgeber gegenüber seinen Arbeitnehmern auch kein Marktteilnehmer. Auch wenn Arbeitgeber aufgrund sozialrechtlicher Arbeitnehmerschutzgesetze gesetzlich verpflichtet sind, dafür zu sorgen, gesundheitlichen Gefahren am Arbeitsplatz vorzubeugen, ist ein Verstoß gegen solche sozialgesetzlichen Regelungen lauterkeitsrechtlich nicht relevant. Ein lauterkeitsrechtlicher Sanktionsbedarf besteht nicht.

b) Journalistische Berichterstattung

Ebenfalls von dem Begriff des Marktverhaltens abzugrenzen ist die journalistische Berichterstattung über Marktteilnehmer, Produkte oder Dienstleistungen. Ihr primäres Ziel ist die Information und Meinungsbildung im Sinne des verfassungsmäßig garantierten Rechts der freien Presse nach Art. 5 Abs. 1 S. 1 2. Alt. GG. Zwar ist ein journalistischer Beitrag im Wirtschaftsteil einer Zeitung geeignet, den Absatz eines Unternehmens

⁴⁶³ Vgl. dazu 4. Kapitel III. 1. e).

oder auch den Börsenwert eines Unternehmens zu beeinflussen. Es ist auch durchaus im Interesse der Marktteilnehmer, unabhängige Informationen zu erhalten. Erheblich ist hierbei aber, dass in erster Linie die Berichterstattung bezweckt ist und die daraus hervorgehende Information nicht im Zusammenhang mit der Absatzförderung steht⁴⁶⁴. Erheblich ist hierbei ebenfalls, dass die Berichterstattung nicht von einem Marktteilnehmer stammt, sondern von einem redaktionell verantwortlichen Journalisten, und auch keinem anderen Marktteilnehmer zurechenbar ist. Dieses wichtige Merkmal führt dazu, dass unabhängig von der Außenwirkung des Verhaltens auf den Markt kein Marktverhalten im Sinne des UWG und insbesondere dem § 4 Nr. 11 UWG vorliegt. Äußerungen, Handlungen und Unterlassungen aus den verschiedensten Lebensbereichen können, sofern sie eventuell durch die Bekanntheit des Handelnden auf dem Markt Reaktionen hervorrufen, nicht pauschal als Marktverhalten behandelt werden.

Eine Untersuchung des Verhaltens nach lauterkeitsrechtlichen Maßstäben findet jedoch statt bei Inhalten, aus denen hervor geht, dass der Autor wirtschaftliche Interessen mit seiner Darstellung verfolgt⁴⁶⁵. Die so genannte getarnte Werbung ist in Nummer 11 des Anhangs des UWG aufgenommen als unlautere geschäftliche Handlung ohne Wertungsmöglichkeit.

c) Produktion und Entwicklung

Die Herstellung eines Produkts ist die Voraussetzung, dass es einmal in den Absatz gebracht werden kann. Die Produktionsentwicklung wurde im Regelfall marktwirtschaftlich von einem Unternehmer vorbereitet, der aufgrund von Marktanalysen den Bedarf im Voraus ermittelt hat. Der konkrete Markteintritt des Produktes erfolgt jedoch erst, wenn es beworben wird und einem Marktteilnehmer gegen eine Gegenleistung angeboten werden kann.

Schon vor der UWG-Reform wurde überwiegend vertreten, dass Handlungen während der innerbetrieblichen Produktionsphase unabhängig von ihren Auswirkungen nicht dem Marktverhalten im Sinne des § 4 Nr. 11

464 Köhler/Bornkamm, UWG, § 2, Rz. 67.

465 Glöckner, WRP 2009, 1175 (1183).

UWG zugerechnet werden⁴⁶⁶. Daran hat die Kodifizierung nichts geändert⁴⁶⁷. Die Konzeption und Vorbereitung eines neuen Dienstleistungsangebotes ist genauso zu behandeln. Mangels Außenwirkung liegt in beiden Fällen kein Marktverhalten vor.

d) Zwischenergebnis

Diese Beispiele zeigen erneut, dass nicht jedes Verhalten, das eine Wirkung auf dem Markt hervorrufen kann, auch ein Marktverhalten im Sinne des § 4 Nr. 11 UWG ist⁴⁶⁸. Denn das UWG regelt nach der funktionsorientierten Auslegung nur das Verhalten der Marktteilnehmer als solche. Damit ist wie bisher innerbetriebliches, wissenschaftliches, publizistisches, soziales und rein privates Handeln vom Anwendungsbereich des UWG ausgenommen⁴⁶⁹.

3. Regelung

In der Kodifikation des Rechtsbruchtatbestandes wird eine gesetzliche Vorschrift verlangt, die eine Regelung des Marktverhaltens auch im Interesse der Marktteilnehmer beinhaltet. Das bedeutet, dass die Vorschrift sich nicht nur auf ein Verhalten beziehen muss, sondern ein bestimmtes Verhalten sogar anordnen oder verbieten muss.

a) Keine Regelung im Sinne von § 4 Nr. 11 UWG

Es reicht für eine Regelung im Sinne von § 4 Nr. 11 UWG nicht aus, dass sich eine Vorschrift reflexartig zugunsten von Marktteilnehmern auswirkt⁴⁷⁰, oder dass lediglich eine Rechtsfolge an einen Tatbestand geknüpft wird. Axel **von Walter** hat in überzeugender Weise herausgearbeitet, welche Anforderungen an den Begriff der Regelung gestellt werden müssen. Ein Verhalten wird nur in einer Vorschrift geregelt, wenn es bindend als Gebot oder Verbot vorgegeben ist. Wird lediglich, ohne ein bestimmtes Verhalten anzuordnen oder zu verbieten, eine Rechtsfolge festgelegt, wird dadurch

466 *Sack*, WRP 1998, 682 (683, 687).

467 *Fezer/Götting*, UWG 2005, § 4 -11, Rz. 54; *Köhler/Bornkamm*, UWG, § 4, Rz. 11.34.

468 Vgl. dazu Ausführung zur geschäftlichen Handlung unter 3. Kapitel, III. 5.

469 BR-Drucks. 345/08, S. 40.

470 BGH GRUR 2006, 872 - Kraftfahrzeuganhänger mit Werbeschildern; *Gloy/Loschelder/Erdmann/Hasselblatt*, § 58, Rz. 32; *Rittner/Kulka*, 2008, § 3, Rz. 228.

das Verhalten lediglich beeinflusst, nicht aber geregelt⁴⁷¹. Der Marktteilnehmer kann grundsätzlich frei entscheiden, wie er sich verhält. Er kann je nach dem, wie er sich entscheidet, Einfluss darauf nehmen, ob er eine drohende Rechtsfolge in Kauf nimmt oder nicht. Hat der Marktteilnehmer jedoch freiwillig ein gewisses Verhalten an den Tag gelegt und damit eine Rechtsfolge ausgelöst, wäre es ein Fehler, die Rechtsfolge als Marktverhaltensregel zu interpretieren.

Daraus folgt, dass eine Regelung des Verhaltens nur durch ein Gebot oder Verbot erreicht werden kann. Im Einklang mit diesem Verständnis ist auch nur gegen ein Gebot oder Verbot eine Zuwiderhandlung möglich⁴⁷².

Überzeugend an dieser engen Auslegung des Begriffs der Regelung ist insbesondere, dass dadurch die Wettbewerbsfreiheit in dem Sinn gewährleistet ist, dass alles, was nicht verboten oder angeordnet ist, frei zur Disposition steht, also erlaubt ist.

Beispiele für Vorschriften, die im engeren Sinn keine Regelung des Verhaltens beinhalten, sind etwa die Vorschriften des vertraglichen Leistungsstörungenrechts, §§ 280 ff. BGB oder die Vorschriften über allgemeine Geschäftsbedingungen, §§ 305 ff. BGB.

aa) Vorschriften des vertraglichen Leistungsstörungenrechts

Im Leistungsstörungenrecht wird angeordnet, mit welchen Rechtsfolgen derjenige zu rechnen hat, der ein Schuldverhältnis eingegangen ist und eine daraus resultierende Vertragspflicht verletzt hat, sei es durch Nichtleistung, zu späte Leistung oder Schlechtleistung. Es wird in den betreffenden Vorschriften nicht angeordnet, dass ein Vertragspartner keine Pflichtverletzung begehen darf. Insofern ist keine Regelung des Marktverhaltens gegeben. Der Adressat kann entscheiden, ob er sich anstrengt und eine tadellose Leistung erbringt oder ob er das Risiko eingeht, dass er keine oder nicht die gesamte Gegenleistung bekommt, dass er nachleisten muss, dass der Vertrag rückabzuwickeln ist oder dass er Schadensersatz leisten muss.

471 von Walter, S. 92.

472 Beater, § 27, Rz. 32; Keck, S. 13.

Diese Feststellung führt dazu, dass im Hinblick auf die obigen Ausführungen zur geschäftlichen Handlung⁴⁷³ die Anwendung des Leistungsstörungsrechts jedenfalls mangels Regelungscharakter nicht mit dem Rechtsbruchtatbestand in Konkurrenz tritt, da dieser nicht anwendbar ist.

bb) Vorschriften über die Gestaltung rechtsgeschäftlicher Schuldverhältnisse durch Allgemeine Geschäftsbedingungen

Ein Unternehmer kann sich frei entscheiden, ob er in seine Geschäftsverträge Allgemeine Geschäftsbedingen einbezieht. Wenn er sich dafür entscheidet, sind die inhaltlichen Grenzen der Klauseln in den §§ 305 ff. normiert. Es ist nach §§ 305 c ff. BGB jedoch nicht verboten, Allgemeine Geschäftsbedingungen in Verträge einzubeziehen, die die Verbraucher unangemessen benachteiligen. Sie sind lediglich unwirksam mit der Rechtsfolge, dass die gesetzlichen Vorschriften bei diesen Verträgen angewendet werden, was dazu führt, dass sich die Rechtsstellung der Verbraucher regelmäßig verbessert⁴⁷⁴. Diese Feststellung führt dazu, dass in Ermangelung einer Regelung im Sinne einer Anordnung oder eines Verbots einer bestimmten Verhaltensweise in den §§ 305 ff. BGB Verstöße gegen die §§ 305 ff. BGB nicht mittels § 4 Nr. 11 UWG sanktioniert werden können⁴⁷⁵.

Zum Teil wird in der Literatur vertreten, dass die Verwendung von AGB eine geschäftliche Handlung darstelle⁴⁷⁶ und die §§ 307 ff. BGB als Marktverhaltensregeln anzusehen seien⁴⁷⁷, weil die Vorschriften der §§ 307 ff. BGB dem Schutz der Marktteilnehmer dienen⁴⁷⁸. Zu Recht wird jedoch von der Rechtsprechung abgelehnt, dass allein vom Schutzzweck einer Vorschrift zugunsten eines Marktbeteiligten auf deren Charakter als Marktverhaltensregel im Sinne von § 4 Nr. 11 UWG geschlossen werden

473 Vgl. 3. Kapitel III.

474 Palandt/*Grüneberg*, § 306, Rz. 12.

475 von *Walter*, S. 93; a. A. *Köhler*, NJW 2008, 177 (179 ff.); *Nordermann*, S. 272 (Rz. 1763); *Woitkewitsch*, GRUR-RR 2007, 257 (259); KG NJW 2007, 2266 (2267).

476 *Köhler*, NJW 2008, 177 (178 f.); *Mann*, WRP 2007, 1035 (1041) bejaht Wettbewerbshandlung.

477 *Köhler*, NJW 2008, 177 (181); *Mann*, WRP 2007, 1035 (1042); *Nordemann*, S. 272 (Rz. 1763), betrachtet die §§ 308 f, nicht aber § 307 BGB als Marktverhaltensregeln.

478 *Köhler*, NJW 2008, 177 (181); ebenso KG NJW 2007, 2266 (2267).

kann⁴⁷⁹. Es wird dazu klargestellt, dass nicht jede Art von Verbraucherschützenden Normen mit Marktverhaltensregeln gleichzusetzen sind, auch wenn sie im Interesse der Marktteilnehmer sind⁴⁸⁰. Vielmehr müssen die Vorschriften auch das Marktverhalten regeln. Die § 305 ff regeln aber nicht das Verhalten von Unternehmern gegenüber Verbrauchern, sondern im Gegensatz dazu deren Verhältnis bei der Ausgestaltung rechtsgeschäftlicher Schuldverhältnisse.

b) Zwischenergebnis

Durch die Neukonzeption unterscheidet sich der § 4 Nr. 11 UWG von der alten Fallgruppe des § 1 UWG a. F. dadurch, dass nach der alten Rechtslage bei dem Vorsprung durch Rechtsbruch dem Schutzzweck Norm eine entscheidende Rolle zukam. Diese Herangehensweise entstammte der von Gerhard **Schricker** entwickelten „Normzwecktheorie“⁴⁸¹. Dieser hatte den Rechtsbruchtatbestand dogmatisch nach dem Beispiel des § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. einem Schutzgesetz begründet. Danach musste der Schutzzweck einer Norm ermittelt werden und eine Verletzung derselben vorliegen.

In der neuen Fassung des § 4 Nr. 11 UWG geht es nicht mehr um die Ermittlung des Schutzzwecks einer Vorschrift, sondern um ihren Regelungscharakter als Marktverhaltensgebot oder -verbot im Interesse der Marktteilnehmer.

4. Absicht des Gesetzgebers

Aus der Formulierung des § 4 Nr. 11 UWG geht hervor, dass die gesetzliche Vorschrift zur Regelung des Marktverhaltens durch den Gesetzgeber bestimmt sein muss. Das bedeutet, dass er das Verhalten in einem bestimmten Bereich des Marktes regeln will⁴⁸². Lediglich als Indiz dafür wird angesehen, wie sich die Einhaltung oder Nichteinhaltung der Norm auf das Marktgeschehen auswirkt⁴⁸³.

479 OLG Köln NJW 2007, 3647; OLG Köln GRUR-RR 2007, 285 (287); OLG HH NJW 2007, 2264; a. A. KG NJW 2007, 2266.

480 OLG HH NJW 2007, 2264.

481 Vgl. 2. Kapitel IV. 2.; *Schricker*, Gesetzesverletzung und Sittenverstoß.

482 Gloy/Loschelder/Erdmann/*Hasselblatt*, § 58, Rz. 32.

483 MüKo-UWG/*Schaffert*, §4 Nr. 11, Rz. 55.

a) Ermittlung des gesetzgeberischen Regelungszwecks

Diejenigen Gesetze die ausdrücklich mit dem Zweck erlassen wurden, Regeln aufzustellen, welche Rechte und Pflichten den Marktteilnehmern zukommen, sind leicht zu erkennen. So hat nach § 1 Abs. 1 Preisangabenverordnung (PAngV) jeder, der an Letztverbraucher gewerbs- oder geschäftsmäßig oder regelmäßig in sonstiger Weise Waren oder Leistungen anbietet, oder mit Angaben von Preisen bewirbt, die Endpreise anzugeben. Endpreise beinhalten sämtliche Preisbestandteile, wie auch die Umsatzsteuer, die letztlich vom Verbraucher zu zahlen sind.

Sofern Vorschriften nicht ausdrücklich die Regelung des Marktverhaltens bezwecken, müssen sie ausgelegt werden. Dabei ist immer im Sinne der subjektiven Auslegungstheorie nach dem Willen des Gesetzgebers zu fragen, also danach, was ihn bewogen hat, die jeweilige Vorschrift zu erlassen⁴⁸⁴. Dazu wird man in erster Linie auf die Gesetzesbegründungen zurückgreifen⁴⁸⁵. Bringt diese Methode keinen Aufschluss über den Zweck der Vorschrift, ist nach der objektiven Auslegungslehre nach dem normativen Sinngehalt der Vorschrift zu fragen⁴⁸⁶.

b) Verfolgung mehrerer Regelungszwecke durch den Gesetzgeber

Aus der Vorschrift § 4 Nr. 11 UWG ergibt sich, dass die gesetzliche Vorschrift „auch“ das Marktverhalten regeln muss, aber nicht „nur“. Der Gesetzgeber zählt also auch Vorschriften mit Doppel- oder Mehrfachfunktionen zu den Marktverhaltensregeln⁴⁸⁷. Wenn auch die Regelung des Verhaltens nicht der einzige Inhalt der gesetzlichen Vorschrift sein muss, sie vielmehr daneben auch andere Regelungszwecke erfüllen kann⁴⁸⁸, reicht jedoch eine bloße Ausstrahlung auf das Marktverhalten nicht aus. Zur Beurteilung des § 4 Nr. 11 UWG muss ermittelt werden, ob eine Vorschrift zumindest sekundär den Zweck hat, also dazu bestimmt ist, das Marktverhalten auch im Interesse der Marktteilnehmer zu regeln⁴⁸⁹.

484 Schwacke, S. 69 f.

485 Fezer/Götting, UWG, § 4-11, R. 31 f..

486 Schwacke, S. 70 f.

487 BT-Drucks. 15/1487, S. 19.

488 Harte/Henning/von Jagow, UWG, § 4 Nr. 11, Rz. 41; Ullmann, GRUR 2003, 817 (821).

489 Fezer/Götting, UWG, § 4-11, Rz. 30.

Bei der Ermittlung, welche gesetzlichen Vorschriften unter § 4 Nr. 11 UWG zu subsumieren sind, stellt sich insbesondere bei Vorschriften, die wichtige Gemeinschaftsgüter schützen und deren Verstöße Auswirkungen auf den Markt mit sich bringen, immer wieder die Frage, ob diese Vorschriften tatsächlich auch das Marktverhalten regeln sollen. Bei der Neukonzeption des Rechtsbruchtatbestandes hat der Gesetzgeber besonders darauf geachtet, Allgemeininteressen ohne Bezug zum laueren Wettbewerb aus dem UWG herauszuhalten⁴⁹⁰. Deswegen ist bei Vorschriften mit mehreren Gesetzeszwecken genau zu untersuchen, ob der Gesetzgeber bei ihrem Erlass jeweils auch die Regelung des Wettbewerbsverhaltens bezweckt hat oder nicht.

5. Ermittlung des Zwecks einer Vorschrift

a) Beispiele typischer Marktverhaltensregeln

Aus dem Begriffsverständnis der Marktverhaltensregelung ergeben sich mehrere Ansatzpunkte, an die gesetzliche Vorschriften zur Regelung des Marktverhaltens anknüpfen können. Insbesondere kommen dazu Vorschriften in Betracht, die sich an Anbieter oder Abnehmer richten, indem sie ihnen Informationspflichten auferlegen. Die Informationspflichten können sich an Hersteller von Produkten die zum Absatz vorgesehen sind direkt richten, wie beispielsweise die Pflicht, Inhaltsstoffe bei Lebensmitteln zu deklarieren⁴⁹¹. Sie können sich aber auch auf den Absatz von Produkten beziehen, wie etwa die Regelung der Geschäftszeiten⁴⁹², der Preisfestlegung⁴⁹³ oder Preisauszeichnung⁴⁹⁴. Auch Vorschriften, die bestimmte Preise etwa für Dienstleistungen festlegen, wie zum Beispiel in § 4 der Honorarordnung für Architekten und Ingenieure (HOAI), regeln das Marktverhalten nach § 4 Nr. 11 UWG. Ein großer Teil der kommerziellen Kommunikation auf dem Markt erfolgt durch Werbung. Diesbezüglich regeln Werbebeschränkungen das Marktverhalten der Marktteilnehmer, wie zum Beispiel das Heilmittelwerbeengesetz (HWG).

490 BT-Drucks. 15/1487, S. 19.

491 § 3 Abs. 1 Nr. 3 und § 6 Lebensmittel-Kennzeichnungsverordnung (LMKV).

492 Ladenschlussgesetze von Bund und Ländern.

493 § 4 der Honorarordnung für Architekten und Ingenieure (HOAI).

494 § 1 Abs. 1 Preisangabenverordnung (PAngV).

b) Konkrete Beispiele für Marktverhaltensregeln

Datenschutzrechtliche Regelungen sind primär zum Schutz der informellen Selbstbestimmung erlassen und nicht zur Regelung des Marktverhaltens. Im Bundesdatenschutzgesetz hat der Gesetzgeber jedoch auch Vorschriften erlassen, die die Datenerhebung, -speicherung oder -verwendung zu geschäftlichen Zwecken⁴⁹⁵ regeln. Bei einem Zuwiderhandeln ist somit der Anwendungsbereich des § 4 Nr. 11 UWG eröffnet⁴⁹⁶. Neben dem lauterkeitsrechtlich unbeachtlichen Zweck, dem Schutz der informationellen Selbstbestimmung, haben solche Vorschriften einen lauterkeitsrechtlich relevanten zweiten Zweck, nämlich die Regelung des Marktverhaltens, bei der Verwendung personenbezogener Daten. Ebenfalls als Marktverhaltensregeln gelten ausgewählte Vorschriften zum Schutz der Jugend, die das Verhalten der Unternehmer gegenüber jugendlichen Verbrauchern beispielsweise durch Absatzverbote⁴⁹⁷ oder Werbeverbote⁴⁹⁸ regeln⁴⁹⁹. Dadurch soll in erster Linie die Entscheidungsfreiheit der Jugendlichen eingeschränkt werden, mit dem Ziel, für sie schädliche Entscheidungen zu verhindern. Gleichzeitig wird im Gegenzug der Absatz von bestimmten Produkten oder die Werbung einschränkend geregelt.

c) Vorschriften mit Doppelfunktion

Als Vorschriften mit Doppelfunktion werden Marktzutrittsregelungen bezeichnet, die inzident auch Regelungen über das Marktverhalten enthalten⁵⁰⁰. Obwohl diese Vorschriften ausdrücklich nur den Marktzutritt regeln, werden sie als Vorschriften mit Doppelfunktion angesehen, die auch dazu bestimmt ist, das Marktverhalten im Interesse der Marktteilnehmer zu regeln⁵⁰¹. Begründet wird diese Annahme damit, dass die Zulassung von bestimmten Produkten und Dienstleistungen mit deren Absatz und Bezug untrennbar verbunden ist.

495 § 28 Abs. 1 Bundesdatenschutzgesetz (BDSG).

496 Köhler/Bornkamm, UWG, § 4, Rz. 11.42.

497 § 9 Abs. 1 Jugendschutzgesetz (JuschG).

498 §§ 9 f. Jugendmedienschutzstaatsvertrag (JMStV).

499 Köhler/Bornkamm, UWG, § 4, Rz. 11.180, m. w. N.; a. A. Scherer, WRP 2006, 401 (495 f); Piper/Ohly/Sosnitza, UWG, § 4.11, Rz. 11/81.

500 Köhler/Bornkamm, UWG, § 4, Rz. 11.49; Fezer/Götting, UWG, § 4-11, Rz. 59.

501 Köhler/Bornkamm, UWG, § 4, Rz. 11.49; kritisch dazu Fezer/Götting, UWG, § 4-11, Rz. 60.

aa) Vorschriften über reglementierte Berufe

Zu den Vorschriften mit Doppelfunktion gehören anerkanntermaßen die berufsregelnden Zulassungsvorschriften. Sobald ein Beruf ein besonderes Wissen und damit eine besondere Verantwortung bei seiner Ausübung voraussetzt, müssen die Berufsträger diese Fähigkeiten besonders nachweisen. So ist die Ausübung vieler Berufe an eine gesetzlich vorgeschriebene Zulassung geknüpft⁵⁰². Berufsregelnde Zulassungsvorschriften werden erlassen, wenn es wichtige Gemeinwohlbelange erfordern. Zum Schutz der Gesundheit der Bevölkerung ist es beispielsweise außerordentlich wichtig, dass nur approbierte Ärzte Patienten behandeln dürfen⁵⁰³.

bb) Marktzutrittsregelung zur Qualitätssicherung bei Produkten oder Dienstleistungen

Als Vorschriften mit Doppelfunktion gelten insbesondere Marktzutrittsregeln, die bei Produkten bestimmte Sicherheitsbestimmungen oder Qualitätserfordernisse vorschreiben. Denn der Zweck der Qualitätssicherung liegt darin, die Bevölkerung vor Gefahren etwa für ihre Sicherheit und Gesundheit zu bewahren. Zum Schutz der Gesundheit der Bevölkerung müssen Arzneimittel erst zugelassen werden, bevor sie auf den Markt gebracht werden dürfen⁵⁰⁴. Denn die Gesundheitsrisiken eines unsachgemäßen Medikamentenkonsums sind erheblich und können eintreten, sobald das Medikament auf dem Markt verfügbar ist. Deshalb gelten gesetzliche Vorschriften zur Zulassung von Medikamenten ebenfalls als Marktzutritts- und Marktverhaltensregeln⁵⁰⁵. Der Marktzutritt ist untrennbar mit den Risiken verbunden, die durch die Zutrittsbeschränkungen verhindert werden sollen. Eine Trennung zwischen der Zulassung und dem Absatz ist im Hinblick auf die erstrebte Qualitätssicherung nicht möglich. Sie gelten deshalb trotz ihrer

502 Z. B. § 10 Patentanwaltsordnung; § 1 Zahnheilkundegesetz; § 1 Abs. 1 Heilpraktikergesetz.

503 § 2 Abs. 1 i V. m. § 3 Bundesärzteordnung.

504 § 21 Gesetz über den Verkehr mit Arzneimitteln.

505 Harte/Henning/von Jagow, UWG, § 4 Nr. 11, Rz. 61.

Formulierung als Marktzutrittsregelungen zumindest auch als Marktverhaltensregeln im Interesse der Marktteilnehmer⁵⁰⁶.

cc) Vereinbarkeit mit der UGP-Richtlinie

Fraglich ist, ob Verstöße gegen gesetzliche Vorschriften über den Zugang und die Ausübung bestimmter Berufe, die eine bestimmte Qualifikation erfordern, sowie die qualitätssichernden Zulassungsvorschriften bestimmter Waren auch nach der Umsetzung der UGP-Richtlinie wettbewerbsrechtlich über § 4 Nr. 11 UWG sanktioniert werden können. Die Entscheidungsfreiheit des mündigen Verbrauchers wäre jedenfalls dann nicht beeinträchtigt, wenn er darüber informiert würde, dass ein Medikament nicht zugelassen ist oder ihm eine medizinische Behandlung von einem nicht approbierten „Heiler“ angeboten wird. Durch die qualitätssichernden Vorschriften werden dem Verbraucher freie Entscheidungen, die seine Gesundheit betreffen, nicht zugetraut oder nicht zugemutet.

Der BGH geht in seiner Rechtsprechung im Einklang mit der Literatur davon aus, dass der Anwendung des § 4 Nr. 11 UWG nicht entgegen steht, dass die UGP-Richtlinie, die die vollständige Harmonisierung der verbraucherschützenden Vorschriften der Mitgliedstaaten über unlautere Geschäftspraktiken bezweckt, keinen vergleichbaren Unlauterkeitstatbestand kennt. Denn sie lässt nach Art. 3 Abs. 8 UGP-Richtlinie alle spezifischen Regeln für reglementierte Berufe unberührt⁵⁰⁷. Dementsprechend ist die Anwendung des § 4 Nr. 11 UWG auf berufsrechtliche Bestimmungen auch nach der UGP-Richtlinie zulässig⁵⁰⁸. Auch die Zulassungsvorschriften für Arzneimittel⁵⁰⁹ fallen in den von der UGP-Richtlinie nicht geregelten Bereich des Gesundheitsschutzes, so dass sich das Gebot der Vollharmonisierung auf diesen Bereich nicht auswirkt. Die Vollharmonisierung der UGP-Richtlinie bezieht sich nämlich nur auf

506 BT-Drucks. 15/1487, S. 19; Harte/Henning/von Jagow, UWG, § 4 Nr. 11, Rz. 62; Köhler/Bornkamm, UWG, § 4, Rz. 11.49; MüKo-UWG/Schaffert, § 4 Nr. 11, Rz. 71.

507 Vgl. dazu 3. Kapitel IV. 3. b).

508 BGH GRUR 2009, 977 (978); BGH GRUR 2009, 881 (883); Köhler/Bornkamm, UWG, § 4, Rz. 11.6c.

509 §§ 21 ff. Gesetz über den Verkehr mit Arzneimitteln (AMG); Harte/Henning/von Jagow, UWG, § 4 Nr. 11, Rz. 61.

den Schutz der freien Nachfrageentscheidung der Verbraucher. Bei Marktverhaltensregeln, die nicht an die kommerzielle Kommunikation zwischen Unternehmern und Verbrauchern anknüpfen, sondern den Verbraucherschutz mit anderen Mitteln wie beispielsweise mit dem Ziel der Qualitätssicherung bei der Berufsausübung verfolgen, stellt die Vollharmonisierung der unlauteren Geschäftspraktiken gegenüber Verbrauchern keine Einschränkung der Anwendbarkeit von § 4 Nr. 11 UWG dar. Das Verhältnis von Unternehmern untereinander ist von dieser Fragestellung gänzlich unberührt.

d) Vorschriften ohne Bezug zum Marktverhalten

Keine Marktverhaltensregelungen sind Vorschriften, bei denen der Gesetzgeber keinen Bezug zum Marktverhalten hergestellt hat⁵¹⁰. Dazu gehören Vorschriften, die lediglich den Marktzutritt regeln. Denn grundsätzlich ist es nicht die Aufgabe des UWG, Märkte vor dem Zutritt weiterer Konkurrenten zu schützen⁵¹¹. Deshalb fallen diese Vorschriften nicht unter die Kontrolle des UWG.

Ebenfalls keine Marktverhaltensregeln sind Vorschriften, die nur innerbetriebliches Verhalten regeln, das dem Marktverhalten vorgelagert ist und etwa bei der Herstellung von Waren beachtet werden muss, den Absatz oder Bezug der Waren jedoch nicht betrifft⁵¹².

aa) Reiner Marktzutritt

Reine Marktzutrittsregelungen sind solche Normen, die Personen den Marktzutritt aus Gründen verwehren, die nichts mit deren späterem Marktverhalten, also mit der Art und Weise zu tun haben, in der diese am Markt agieren⁵¹³. Beispiele dafür sind Normen, die Wettbewerbsverbote enthalten, um einem drohenden Interessenkonflikt der direkt Beteiligten entgegenzuwirken, wie beispielsweise §§ 60, 112 Handelsgesetzbuch oder §§ 88, 284 Aktiengesetz⁵¹⁴.

510 Harte/Henning/von Jagow, UWG, § 4 Nr. 11, Rz. 43 ff.

511 Köhler/Bornkamm, UWG, § 4, Rz. 11.44.

512 Vgl. dazu 4. Kapitel III. 2.

513 MüKo-UWG/Schaffert, §4 Nr. 11, Rz. 70; Fezer/Götting, UWG, § 4-11, Rz. 82.

514 Nordemann, S. 256, Rz. 1716.

Die Ausgrenzung der reinen Marktzutrittsregeln aus dem Anwendungsbereich des § 4 Nr. 11 UWG wird teilweise kritisiert. Rolf **Sack** steht der gesetzgeberischen Entscheidung, dass reine Marktzutrittsregelungen für § 4 Nr. 11 UWG unbeachtlich sind, skeptisch gegenüber⁵¹⁵. Er ist nichtsdestotrotz der Ansicht, dass sie auch unter § 4 Nr. 11 UWG zu subsumieren seien⁵¹⁶. Denn wenn sich ein Unternehmer den Zutritt auf den Markt erschlichen hat und seine Konkurrenten erfolgreich in ihren Geschäften beeinträchtigt, sei das ein unlauteres Wettbewerbsverhalten. Der gleichen Ansicht ist Ulf **Doepner**. Die Verletzung einer reinen Marktzutrittsregelung verdiene keine Freistellung von den Unlauterkeitsregeln. Vielmehr handle es sich bei ihr um eine besonders gravierende Form unlauteren Wettbewerbs⁵¹⁷. Doepner kritisiert, dass der BGH lieber auf die Theorie der Doppelfunktion zurückgreife⁵¹⁸, statt Marktzutritts- und Marktverhaltensregeln genau zu definieren und abzugrenzen. Die unscharfe Trennung zwischen Marktzutritt und Marktverhalten erfolge auf Kosten einer Gesamtbetrachtung des beanstandeten Wettbewerbsverhaltens nach konkretem Anlass, Zweck, Mitteln, Begleitumständen und Auswirkungen⁵¹⁹.

Die Trennung von Marktzutritts- und Marktverhaltensregeln ist jedoch spätestens nach der Neukonzeption des Rechtsbruchtatbestandes durch § 4 Nr. 11 UWG gesetzlich geregelt⁵²⁰. Auch die Theorie der Doppelfunktion einer Vorschrift findet ihre Grundlage in § 4 Nr. 11 UWG, der festlegt, dass Marktzutrittsregeln nur in den Anwendungsbereich des UWG fallen, wenn sie, neben anderen Regelungsinhalten, auch dazu bestimmt sind, im Interesse der Marktteilnehmer das Marktverhalten zu regeln. In der Gesetzesbegründung ist eindeutig bestimmt, dass Verstöße gegen Marktzutrittsregeln nur den Rechtsbruchtatbestand erfüllen, wenn sie gleichzeitig das Marktverhalten regeln sollen⁵²¹. Eine Gleichbehandlung von Marktzutritts- und Marktverhaltensregeln ist damit ausgeschlossen. Der Antrag des Bundesrates, den Anwendungsbereich des § 4 Nr. 11 UWG auf

515 Ebenso Gloy/Loschelder/Erdmann/Hasselblatt, § 58, Rz. 18 f; Fezer/Fezer, UWG, § 4-11, Rz. 83.

516 Sack, WRP 2004, 1307 (1309).

517 Bezirksgruppe Südwest (*Sambuc*), GRUR 2007, 307.

518 Vgl. dazu 4. Kapitel III. 5. c).

519 Bezirksgruppe Südwest (*Sambuc*), GRUR 2007, 307.

520 BT-Drucks. 15/1487, S. 19, 31.

521 BT-Drucks. 15/1487, S. 19.

reine Marktzutrittsregeln zu erweitern, wurde abgelehnt⁵²². Damit hat der Gesetzgeber seinen Regelungswillen unmissverständlich geäußert. De lege lata ist damit ein ausschließlich auf den Marktzutritt bezogenes Verhalten kein Regelungsgegenstand des UWG.

bb) Marktzutritt von kommunalen Unternehmen zur wirtschaftlichen Betätigung

Aus der Ablehnung des Antrags des Bundesrates folgt, dass nach der neuen Rechtslage kommunalrechtliche Vorschriften über die wirtschaftliche Betätigung kommunaler Unternehmen⁵²³ – unabhängig davon, ob sie eine kommunalrechtliche Subsidiaritätsklausel enthalten – lauterkeitsrechtlich irrelevant sind⁵²⁴. Die Diskussion⁵²⁵ über die Zuständigkeit der Wettbewerbsgerichte bei Verstößen gegen Vorschriften über die wirtschaftliche Betätigung kommunaler Unternehmen hat der Gesetzgeber durch die Ablehnung des Änderungsvorschlags des Bundesrates für die Neukonzeption beendet⁵²⁶. Der Gesetzgeber hat mit seiner Entscheidung die Position der Verwaltungsgerichtsbarkeit gestärkt. Eine Einmischung der Wettbewerbsgerichte bei kommunalrechtlichen Fragen kommt nun nicht mehr in Betracht. Es wird sich in Zukunft zeigen, ob das von der Gegenansicht befürchtete drohende Rechtsschutzdefizit, das daraus erwachse, dass der Schutz der Verwaltungsgerichtsbarkeit für konkurrierende Unternehmer aus der Privatwirtschaft nicht ausreichend gewährleistet sei⁵²⁷, auch eintritt.

cc) Vorschriften zum Schutz der Arbeitnehmer

Der Zweck sozialrechtlicher Arbeitnehmerschutzgesetze besteht darin, die Gesundheit der Arbeitnehmer zu schützen. Das Marktverhalten soll mit Hilfe dieser Vorschriften nicht geregelt werden. Es ist somit nach § 4 Nr. 11 UWG lauterkeitsrechtlich irrelevant, wenn ein Unternehmer Kosten der gesetzlich vorgeschriebenen Gefahrenprävention für seine Arbeitnehmer

522 BT-Drucks. 15/1487, S. 31; *Berlit*, III., Rz. 156 (S. 114).

523 § 107 GO NW, § 102 GO BW, Art. 87 BayGO; § 85 GO RhPf; § 71 ThürKO.

524 *Köhler/Bornkamm*, UWG, § 4, Rz. 11.47; ablehnend *Fezer/Götting*, UWG, §4-11, Rz.45; *Poppen*, S. 295, 319 f.

525 Vgl. dazu 2. Kapitel IV. 4.

526 BT-Drucks. 15/1487, S. 31.

527 Vgl. dazu 2. Kapitel IV. 4. b).

einspart oder keine gesetzlich geschuldeten Sozialbeiträge abführt, selbst wenn er dadurch billiger als seine Konkurrenten produzieren und anbieten kann⁵²⁸. Ebenso verhält es sich mit dem Tarifvertragsrecht. Abgesehen davon, dass Tarifverträge – solange sie nicht für allgemeinverbindlich erklärt wurden – keine gesetzlichen Vorschriften im Sinne von § 4 Nr. 11 UWG sind, fehlt es ihnen am Marktbezug und somit an der Außenwirkung. Es handelt sich um Festlegungen, die auf einer freien Vereinbarung autonomer Vertragsparteien beruhen. Dabei kommen in erster Linie die Interessen von Arbeitnehmern und Arbeitgebern zum Ausgleich. Weder sittlich fundierte Wertvorstellungen, noch außerhalb der Parteiinteressen liegende Allgemeininteressen werden geregelt⁵²⁹.

Im Unterschied dazu ist ein Verstoß gegen einen gesetzlichen Mindestlohn anders zu bewerten. Hier liegt eine gesetzliche Regelung vor, die neben dem sozialpolitischen Zweck der angemessenen Bezahlung von Arbeitnehmern auch die Regelung des Beschaffungsmarktes für Arbeitsleistungen bezweckt⁵³⁰.

e) Zwischenergebnis

Ob eine Vorschrift eine Marktverhaltensregel im Sinne von § 4 Nr. 11 UWG darstellt hängt davon ab, ob sich ausdrücklich oder konkludent aus der Vorschrift die Absicht des Gesetzgebers herleiten lässt, das Marktverhalten in einem bestimmten Bereich zu regeln.

Die Freiheit des Gesetzgebers in seiner Gestaltung ist jedoch begrenzt durch das Grundgesetz und das Recht der Europäischen Union.

5. Begrenzung der Marktverhaltensregeln durch die Vollharmonisierung

Die UGP-Richtlinie erhebt den Anspruch, ausschließlich zu bestimmen, wann eine unlautere Geschäftspraktik zwischen einem anbietenden Unternehmer und einem abnehmenden Verbraucher gegeben ist⁵³¹. Das bedeutet, dass ein Zuwiderhandeln gegen eine Marktverhaltensregel nach § 4 Nr. 11 UWG im Verhältnis zwischen Unternehmern und Verbrauchern

528 Ullmann, GRUR 2003, 817 (822); Köhler, GRUR 2004, 381 (384); Fezer/Götting, UWG 2005, § 4-11, Rz. 56; MüKo-UWG/Schaffert, §4 Nr. 11, Rz. 60; Köhler/Bornkamm, UWG, § 4, Rz. 11.38; Harte/Henning/von Jagow, UWG, § 4 Nr. 11, Rz. 44; Böhler, S. 203.

529 BGH GRUR 1993, 980 (982).

530 Köhler/Bornkamm, UWG, § 4, Rz. 11.38.

531 Fezer/Fezer, UWG, § 1, Rz. 21.

nur dann lauterkeitsrechtlich relevant sein kann, wenn durch die Zuwiderhandlung gleichzeitig auch ein aus der UGP-Richtlinie umgesetzter Tatbestand einer unlauteren Handlung vorliegt. Wenn allerdings ein Unternehmer einen Verbraucher mit einem Verhalten beeinflusst, das nach der UGP-Richtlinie nicht für unlauter gehalten wird, eine Marktverhaltensregelung aber dem Unternehmer dieses Verhalten vorschreibt, wäre jedenfalls ein Verstoß gegen solche Vorschriften nicht unlauter. Das bedeutet, dass Verstöße gegen solche Marktverhaltensregeln, die Unternehmer zu mehr Schutz gegenüber den Verbrauchern verpflichten, als es aus dem Schutzniveau der UGP-Richtlinie durch die Aufzählung der unlauteren Geschäftspraktiken hervorgeht, nicht mittels § 4 Nr. 11 UWG in Verbindung mit diesen Vorschriften durchgesetzt werden können.

Es muss somit untersucht werden, in welchen Fällen ein Verstoß gegen eine Marktverhaltensregelungen wegen der Anordnung der Vollharmonisierung nach der UGP-Richtlinie⁵³² keine unlautere geschäftliche Handlung nach § 4 Nr. 11 UWG darstellt.

a) Überschießende nationale Informationspflichten

In diesem Kontext hat Helmut **Köhler** vor einiger Zeit die Frage aufgeworfen, ob beispielsweise Verstöße gegen so genannte überschießende Informationspflichten nach der UGP-Richtlinie wettbewerbsrechtlich relevant sein können⁵³³.

Nach den Art. 6 und 7 der UGP-Richtlinie liegen unlautere geschäftliche Handlungen durch Irreführung der Verbraucher vor, wenn Unternehmer den Verbrauchern falsche oder undeutliche Angaben machen oder ihnen wesentliche Informationen vorenthalten, die der durchschnittliche Verbraucher je nach den Umständen für seine Entscheidung benötigt. Was wesentliche Informationen sind ist demnach eine Frage der jeweiligen Umstände. Im Fall der Aufforderung zum Kauf ist in Art. 7 Abs. 4 lit a)-e) der UGP-Richtlinie festgelegt, welche Informationen wesentlich sind. Die Vorschrift wurde in § 5a Abs. 2 UWG umgesetzt. Für alle anderen Fälle

⁵³² Harte/Henning/Glückner, UWG, Vorb, Rz. 12.

⁵³³ Köhler, NJW 2008, 3032 (3035).

wird in Art. 7 Abs. 5 UGP-Richtlinie ausgeführt, dass die im Unionsrecht festgelegten Informationsanforderungen in Bezug auf kommerzielle Kommunikation einschließlich Werbung und Marketing als wesentlich gelten, auf die in der nicht erschöpfenden Liste des Anhangs II der UGP-Richtlinie verwiesen wird. In den §§ 4-5a UWG wurden die Vorschriften über die Irreführung von Verbrauchern ins UWG umgesetzt.

Helmut **Köhler** ist der Ansicht, dass die UGP-Richtlinie in Art. 7 Abs. 4 und 5 trotz der nicht erschöpfenden Liste in Anhang II abschließend festlegt, welche Informationen überhaupt als wesentlich anzusehen sind⁵³⁴. Ziel der UGP-Richtlinie ist es, die Informationsvorschriften für Verbraucher dadurch in sämtlichen Mitgliedstaaten zu vereinheitlichen.

Als Beispiel einer möglichen nationalen überschießenden Informationspflicht greift Köhler § 4 Abs. 1 der Preisangabenverordnung (PAngV) heraus. Die Regelung entstammt aus der Umsetzung der in Anlage II der UGP-Richtlinie genannten Richtlinie über den Schutz der Verbraucher bei der Angabe der Preise der ihnen angebotenen Erzeugnisse⁵³⁵, geht aber zum Teil darüber hinaus. Danach sind Waren, die etwa in Schaufenstern sichtbar ausgestellt werden, durch Preisschilder oder Beschriftung der Ware auszuzeichnen. Die schuldhaftige Verletzung dieser Informationspflicht kann gemäß § 10 Abs. 2 Nr. 1 PAngV als Ordnungswidrigkeit geahndet werden. Köhler geht davon aus, dass eine zusätzliche Ahndung nach den §§ 3, 4 Nr. 11 UWG nicht mit der UGP-Richtlinie vereinbar ist⁵³⁶.

b) Erwägungsgrund 15 der UGP-Richtlinie

Diese Folge ist auch dem Erwägungsgrund 15 der UGP-Richtlinie zu entnehmen. Danach können die Mitgliedstaaten weiterhin, sofern dies nach den gemeinschaftsrechtlichen Mindestklauseln zulässig ist, im Einklang mit dem Gemeinschaftsrecht strengere Bestimmungen aufrecht erhalten oder

534 Köhler, NJW 2008, 3032 (3034).

535 Richtlinie 98/6/EG des Europäischen Parlamentes und des Rates vom 16. Februar 1998 über den Schutz der Verbraucher bei der Angabe der Preise der ihnen angebotenen Erzeugnisse, ABl. L 80 vom 18.3.1998, S. 27, 31.

536 Köhler, NJW 2008, 3032 (3035); ebenso Götting/Nordemann/Weidenfeller, UWG, § 4 Nr. 11, Rz. 11.13 ff.

einführen, um ein höheres Schutzniveau für die individuellen vertraglichen Rechte der Verbraucher zu gewährleisten. Wenn sie auf der Grundlage von Mindestklauseln Informationsanforderungen einführen, die über das hinausgehen, was im Unionsrecht geregelt ist, so kommt das Vorenthalten dieser Informationen einem irreführenden Unterlassen nach der UGP-Richtlinie jedoch nicht gleich.

Daraus folgt, dass die nationalen überschießenden Vorschriften gemeinschaftsrechtskonform bleiben, aber ihre Nichtbeachtung keine unlautere Geschäftspraktik bzw. geschäftliche Handlung ist. Ein Verstoß gegen §§ 5,6 UWG ist dann jedenfalls nicht gegeben. Eine Umgehung der Regelung durch § 4 Nr. 11 UWG wäre ein Verstoß gegen das Unionsrecht.

c) Folgen für den Rechtsbruchtatbestand

Der Rechtsbruchtatbestand ist deswegen bei gesetzlichen Vorschriften, die das Ziel haben, Verbraucher mit unwesentlichen Informationen im Hinblick auf eine am Markt befindliche Ware oder Dienstleistung zu versorgen, nicht anwendbar. Dies ist der Fall, wenn es sich um eine falsche Angabe oder fehlende Information handelt, die nicht wesentlich nach Art. 7 Abs. IV und V in Verbindung mit Anhang II der UGP-Richtlinie ist.

Diese Einschränkung erfolgt aufgrund der gebotenen richtlinienkonformen Auslegung des Tatbestandes. Der Gesetzesanwender wird nicht umhin kommen, bei der Prüfung der Erfolgsaussichten einer Klage nach § 4 Nr. 11 UWG wegen eines Verstoßes gegen gesetzliche Informationspflichten die Vorschriften anhand der ihnen zugrunde liegenden Richtlinien rechtlich zu überprüfen. Mehr durchsetzen zu wollen als den festgelegten Mindeststandard, verspricht jedenfalls lauterkeitsrechtlich keinen Erfolg. Dass die Liste der Richtlinien in Anhang II der UGP-Richtlinie nicht abschließend ist, bedeutet, dass auch Informationsvorschriften zugunsten von Verbrauchern aus anderen, einschließlich der in Zukunft erlassenen Richtlinien, als wesentlich zu beachten sind.

Zu beachten ist hier wiederum eine Ausnahme im Zusammenhang mit Finanzdienstleistungen im Sinne der Richtlinie 2002/65/EG und mit Immobilien. Nach Art. 3 Abs. 9 UGP-Richtlinie können die Mitgliedstaaten in diesen Bereichen sehr wohl Anforderungen stellen, die im Vergleich zu dem durch diese Richtlinie angeglichenen Bereich restriktiver und strenger

sind. Bei einem Verstoß gegen solche Markterhaltensregeln wäre dann auch § 4 Nr. 11 UWG anwendbar.

6. Zusammenfassung

Als Marktverhaltensregelungen kommen insbesondere Regelungen der Art und Weise der Erbringung einer Dienstleistung, die Kennzeichnung von Produkten und Vorschriften, die den Absatz von Waren, also Zulassungs-, Verkaufs-, Vertriebs-, oder Lieferungsmodalitäten regeln, in Betracht.

Eine Regelung des Marktverhaltens ist gegeben, wenn den Marktteilnehmern oder einer Gruppe von Marktteilnehmern ein bestimmtes Verhalten angeordnet oder verboten wird, und der Gesetzgeber die Regelung auch bezweckt hat. Andere Schutz- oder Regelungszwecke können neben der Verhaltensregelung in den Vorschriften mit enthalten sein.

IV. Interessen der Marktteilnehmer

Die Interessen der Marktteilnehmer werden in § 4 Nr. 11 UWG vom Gesetzgeber als Indikatoren dafür angegeben, welche Marktverhaltensregeln in den Anwendungsbereich des Rechtsbruchtatbestandes fallen. Sie dienen als wichtiger Bezugspunkt dafür, ob eine Regelung auch das Marktverhalten betreffen soll und Marktbezug aufweist⁵³⁷. Im Folgenden wird das Merkmal Interessen der Marktteilnehmer und dessen Bedeutung für die Subsumtion des § 4 Nr. 11 UWG untersucht.

1. Bestimmung der Interessen der Marktteilnehmer

Die Interessen der Marktteilnehmer sind als Indikatoren für eine Marktverhaltensregel geeignet, wenn sie konkret bestimmt werden können⁵³⁸.

Da grundsätzlich die Entscheidungen der Marktteilnehmer von deren Interessen bestimmt werden, sind Interessen, die nicht mit einer Entscheidung auf dem Markt unmittelbar zusammenhängen, unbeachtlich. Hierbei handelt es sich nämlich nicht um Interessen der Marktteilnehmer,

⁵³⁷ von Walter, S. 93.

⁵³⁸ Harte/Henning/Schünemann, UWG, § 1, Rz. 62.

sondern um Interessen von Menschen oder Bürgern, die nicht im Schutzbereich des UWG stehen und damit auch nicht durchsetzbar sind⁵³⁹. Bei der Bestimmung der Interessen aller Marktteilnehmer und dem Interesse der Allgemeinheit an einem unverfälschten Wettbewerb muss immer ein objektives Verständnis zugrunde gelegt werden. Es wird jeweils abstrakt generell das Gruppeninteresse ermittelt und nicht etwa ein individuelles Interesse Einzelner⁵⁴⁰.

a) Interesse der Unternehmer und Mitbewerber

Eine Norm dient grundsätzlich dem Interesse der Mitbewerber oder Unternehmer, wenn sie die Freiheit ihrer wettbewerblichen Entfaltung schützt oder ermöglicht⁵⁴¹. Dazu gehören eine frei wählbare Unternehmensstrategie, die Sortiments-, Kalkulations- und marktbezogene Kommunikationsfreiheit, der freie Zugang zu Absatz- und Beschaffungsmärkten sowie die freie Personalrekrutierung⁵⁴².

Die unternehmerische Freiheit ist das Hauptinteresse des Unternehmers und ermöglicht ihm, hohe Gewinne zu erwirtschaften. Dabei möchte er an möglichst wenige Vorschriften gebunden sein, die seine Handlungsfreiheit einschränken, wie etwa, dass der Staat seinen Produkten Zertifizierungspflichten oder gar Verkaufsverbote auferlegt, oder den Unternehmer verpflichtet, besondere Rücksicht auf die schwächere Rechtsposition des Verbrauchers zu nehmen. Andererseits möchte der Unternehmer vom Staat davor geschützt werden, dass seine Mitbewerber ungestraft Regeln brechen können, dass zum Beispiel seine Produktentwicklung von einem Konkurrenten imitiert und verkauft wird oder dass er etwa von marktbeherrschenden Konkurrenten ganz aus dem Wettbewerb verdrängt wird.

b) Interessen der Verbraucher

Die Verbraucher sind daran interessiert, ihre Entscheidungen für oder gegen einen konkreten Geschäftsabschluss möglichst frei zu treffen. Sie haben grundsätzlich ein Interesse an einem vielfältigen Angebot von

539 Scherer, WRP 2006, 401 (404).

540 von Walter, S. 95 f.

541 Köhler/Bornkamm, UWG, § 4, Rz. 11.35c.

542 Harte/Henning/ Schünemann, UWG, § 1, Rz. 63.

Produkten und Dienstleistungen, an günstigen Preisen und an der Qualität. Um die große Auswahl an Angeboten auf dem Markt zu überschauen und zu bewältigen sind die Verbraucher auf Informationen der Hersteller angewiesen. Es besteht somit ein Interesse an einer verbraucherfreundlichen kommerziellen Kommunikation. Es ist demnach im Interesse der Nachfragenden, sich schnell und verlässlich ein Bild über die Beschaffenheit und Qualität eines Produkts oder einer Dienstleistung zu machen. Ein weiteres Interesse der Verbraucher ist ein möglichst umfassender Schutz gegenüber den Unternehmern im Rechtsverkehr.

c) Interesse der Allgemeinheit an einem unverfälschten Wettbewerb

Dem Interesse der Allgemeinheit an einem lauterem Wettbewerb wird überwiegend neben den Interessen der Marktteilnehmer keine davon abgrenzbare Eigenständigkeit zugemessen, wohl aber betont, dass dem Wettbewerb ein überindividueller institutioneller Charakter zukommt⁵⁴³. Mit dem Schutz der Marktteilnehmer vor unlauterem Wettbewerb wird demnach immer auch zugleich die Institution des Wettbewerbs im Interesse der Allgemeinheit geschützt⁵⁴⁴. Indem der Rechtsbruchtatbestand die Befolgung von Gesetzen überwacht, die das Marktgeschehen regeln, trägt er untrennbar in jedem konkreten Einzelfall zur Wahrung der Rechtssicherheit und Chancengleichheit im Interesse der Allgemeinheit an einem lautern Wettbewerb bei. Es kann damit dahinstehen, dass in § 4 Nr. 11 UWG das Interesse der Allgemeinheit an einem unverfälschten Wettbewerb neben den Interessen der Marktteilnehmer nicht explizit erwähnt wird.

2. Interessen der Marktteilnehmer als Dreh- und Angelpunkt für § 4 Nr. 11 UWG

Inge **Scherer** misst der Frage nach den Interessen der Marktteilnehmer eine ganz entscheidende Rolle bei der Einteilung zu, welche Gesetze nach der Neukonzeption unter § 4 Nr. 11 zu subsumieren sind⁵⁴⁵. Dabei geht sie davon aus, dass sich das Interesse des jeweiligen Marktteilnehmers aus

543 Haase, S. 134; Otto, S. 217; Köhler/Bornkamm, UWG, § 1, Rz. 42; Harte/Henning/von Jagow, UWG, § 4 Nr. 11, Rz. 36; Fezer/Fezer, UWG § 1, Rz. 60; a. A. Glöckner, GRUR 2008, 960.

544 BT-Drucks. 15/1487, S. 16.

545 Ebenso von Walter, S. 93.

seiner Funktion im Marktgeschehen ergibt, und unterstreicht damit die funktionsorientierte Herangehensweise an die Tatbestände des UWG⁵⁴⁶. Besonders die Abgrenzung der Verbraucherinteressen im Gegensatz zu den Interessen eines jeden Staatsbürgers oder privaten Individuums müssen klar herausgearbeitet werden⁵⁴⁷. So betont Scherer, dass jeder Mensch unabhängig von einer Nachfrageentscheidung generell an der Pflege seiner Gesundheit interessiert ist. Dieses pauschale Interesse ist aber nach dem Schutzbereich des neuen UWG und des Tatbestands des § 4 Nr. 11 UWG irrelevant. Erst in dem Moment, in dem eine Entscheidung über den Kauf eines Lebensmittels, eines Medikaments oder die Wahl einer ärztlichen Dienstleistung in Frage steht, agiert der Bürger im Hinblick auf seine Gesundheit als Verbraucher⁵⁴⁸. Dann erst ist der Schutzbereich des UWG eröffnet.

3. Entwicklungsgeschichtlicher Aspekt

Die einführende Darstellung über die Entwicklung des Rechtsbruchtatbestandes macht deutlich, dass die Ausrichtung des Schutzbereiches des UWG im Hinblick auf die Interessen der Marktteilnehmer nicht zuletzt auch als Reaktion auf die Erfahrung mit der früheren Rechtspraxis zu verstehen ist⁵⁴⁹. Vom heute herrschenden europäischen Verbraucherbegriff war man damals noch weit entfernt. So wurde dem Verbraucher eine selbstbewusste Teilnahme am Wettbewerbsgeschehen noch nicht zugetraut. Das deutsche Leitbild stellte ihn als flüchtig, unkritisch, uninformiert, hilflos und äußerst schutzwürdig dar⁵⁵⁰. Auf dieser Grundlage nahm das Wettbewerbsrecht seine Einflussmöglichkeit wahr und rechtfertigte die Ausweitung der Regelungsbereiche über den Rechtsbruchtatbestand mit dem Schutz des Verbrauchers oder der Allgemeinheit. In der Zwischenzeit wird zwischen dem Bürger und dem Verbraucher unterschieden, der zum Marktteilnehmer

546 Scherer, WRP 2006, 401 (404).

547 Ebenso Emmerich, § 20. Rz. 23.

548 Scherer, WRP 2006, 401 (404).

549 Vgl. dazu 2. Kapitel.

550 Reichardt, S. 157 f.

„aufgestiegen“ ist und gegenüber den konkurrierenden Unternehmern jedenfalls im UWG eine gleichrangige Stellung einnimmt⁵⁵¹.

Aus der entwicklungshistorischen Betrachtung wird besonders gut am Beispiel des Verbrauchers deutlich, dass jedem Marktteilnehmer im Kontext seiner Zeit und der jeweiligen Rechtsmaterie eine normative Stellung oder Rolle zugewiesen wird. Denn man kann nicht behaupten, dass es nicht auch früher sehr kritische und informierte Verbraucher gegeben hätte, ebenso wie man heute nicht behaupten kann, dass sich tatsächlich alle Verbraucher vor einer Nachfrageentscheidung ausreichend informieren würden. Der europäische Durchschnittsverbraucher wird nicht nach seinem empirisch festgestellten Verhalten definiert, er ist vielmehr die normative Erfindung einer Idealvorstellung und insoweit Maßstab für die Schutzwürdigkeit. Der Gesetzgeber orientiert sich nur ansatzweise an der Marktwirklichkeit⁵⁵² und ansonsten an einem konstruierten Idealbild. Die daraus hervorgegangen abgrenzbare Definition des Verbraucherbegriffs hebt die marktrelevante Seite der Allgemeinheit hervor. Der Begriff der Allgemeinheit ohne Anknüpfungspunkte an das Marktgeschehen hat damit keinen Bezug zum Schutzbereich des UWG.

4. Aussagekraft der Interessen nach der funktionsorientierten Auffassung

Dass Inge **Scherer** in § 4 Nr. 11 UWG das Merkmal der Interessen der Marktteilnehmer besonders betont, kann zu Missverständnissen führen. Denn wie sie es selbst deutlich ausführt, ist im Grunde vor der Frage nach dem Interesse eines Marktteilnehmers immer erst nach seiner Funktion auf dem Markt zu fragen⁵⁵³. Das bedeutet, dass die Frage nach den Interessen der Marktteilnehmer nicht isoliert gestellt und beantwortet werden kann. Im Folgenden soll untersucht werden, ob der Bestimmung der Interessen der Marktteilnehmer eine zusätzliche, erläuternde Rolle bei der Ermittlung, ob eine Marktverhaltensregel gegeben ist, zukommt.

551 Fezer, WRP 2009, 1163 (1164 f.); Fezer/Fezer, UWG, § 1, Rz. 47; Gloy/Loschelder/Erdmann/Hasselblatt, § 58, Rz. 49.

552 Beater, FS Tilmann, S. 87 (88 ff.).

553 Scherer, WRP 2006, 401 (404).

a) Übereinstimmende Interessen der Marktteilnehmer

Ein Grund dafür, die Interessen der Marktteilnehmer bei der Anwendung des § 4 Nr. 11 UWG nicht näher zu unterscheiden, ergibt sich daraus, dass sie überwiegend übereinstimmen. Das große gemeinsame Interesse von Verbrauchern wie Unternehmern ist nämlich das lautere Verhalten auf dem Markt, das auf einer weitgehenden Handlungs- und Entscheidungsfreiheit beruht⁵⁵⁴. Da alle Marktteilnehmer an ihrer jeweiligen Freiheit interessiert sind, beschränken sie sich dabei zwangsläufig gegenseitig. Die UGP-Richtlinie und das UWG haben gesetzlich festgelegt, dass das Mittel zum Zweck eines hohen Verbraucherschutzniveaus sowie des lautereren Marktverhaltens insgesamt die Entscheidungsfreiheit der Verbraucher bzw. der Marktteilnehmer ist. Die Entscheidungsfreiheit soll deshalb vor solchen geschäftlichen Handlungen geschützt werden, die sie spürbar beeinträchtigen. Die freie geschäftliche Entscheidung setzt als Grundlage voraus, dass die Marktteilnehmer ohne Täuschung und Zwang auf Informationen zurückgreifen und sich daraus eine Meinung bilden können, ob und wie sie auf dem Markt agieren wollen.

b) Marktverhalten umfasst Interesse der Marktteilnehmer

Gegen eine besondere Unterscheidungskraft des Merkmals der Interessen der Marktteilnehmer spricht auch, dass man auf den ersten Blick davon ausgehen kann, dass jede Marktverhaltensregel zumindest einem Interesse irgendeines Marktteilnehmers entspricht. Ansonsten wäre ihr Zweck verfehlt. Der Gesetzgeber wird in der Regel keine Marktverhaltensregel erlassen, die keinem Marktteilnehmer zu Gute kommt oder zum Schutze gereicht. Denn das Marktverhalten setzt sich aus der Interaktion der Marktteilnehmer zusammen, die grundsätzlich ihre Interessen verfolgen. Wenn der Gesetzgeber aber eine Marktverhaltensregelung erlassen sollte, die tatsächlich im Interesse keines Marktteilnehmers ist, sind die Marktteilnehmer trotzdem an diese Vorschrift gebunden, sofern sie nicht wegen einer fehlenden Rechtfertigung für verfassungswidrig erklärt wird. Streng genommen dürfte der Verstoß gegen diese Vorschrift dann nicht unlauter nach § 4 Nr. 11 UWG sein.

554 Harte/Henning/Schünemann, UWG, § 1, Rz. 66.

c) Durch das UWG nicht geschützte Interessen der Marktteilnehmer

Andererseits gibt es viele Interessen von Marktteilnehmern, die nicht in den Schutzbereich des UWG fallen, jedoch nicht, weil sie beispielsweise nichts mit der Nachfrageentscheidung des Verbrauchers zu tun hätten, sondern weil der Gesetzgeber sie gar nicht oder nicht intensiv genug gesetzlich normiert hat. Letztlich bestimmt er, welche Interessen schützenswert sind. Es sind nicht die Interessen der Marktteilnehmer, die er in erster Linie in Gesetze fasst, sondern seine konsensfähigen politischen Programme.

Das Merkmal der Interessen der Marktteilnehmer müsste demnach jeweils auf die Interessen beschränkt werden, die der Gesetzgeber den Marktteilnehmern zuschreibt.

Nicht erheblich ist das Interesse eines Verbrauchers, der zum Beispiel einen Geschäftsabschluss mit einem Unternehmer davon abhängig machen will, ob der Unternehmer garantiert, dass er sich für die Herstellung seiner Produkte keine Kinderarbeit zu Nutze gemacht hat. Diese Information wird der Verbraucher nicht erzwingen können, auch wenn er sie seiner freien Entscheidung zugrunde legen möchte. Sie wird vom Gesetzgeber nicht als für eine freie Entscheidung relevant gehalten, deswegen hat er keine Vorschrift erlassen, die den Verkauf solcher Produkte verbieten oder zumindest zur Kennzeichnung solcher Produkte verpflichten würde. An diesem Beispiel wird deutlich, dass die Verbraucherinteressen auch im Hinblick auf konkrete Nachfrageentscheidungen zum Teil über den Schutzbereich des UWG hinausgehen.

Ebenfalls nicht erheblich ist das Interesse bestimmter Verbrauchergruppen an der genauen Angabe aller Inhaltsstoffe in Industrieliefermitteln. Eine die Hersteller verpflichtende Marktverhaltensregel existiert nicht. Bei Lebensmitteln müssen nicht alle Inhalte deklariert werden. Ein Verbraucher, der zum Beispiel wegen einer Allergie ein Interesse auch an der Angabe von geringen Mengen bestimmter Zutaten hat, kann das Produkt eventuell nicht kaufen, weil er damit ein gesundheitliches Risiko eingehen würde. Ihm bleibt nur der sichere Weg, auf eine kleine Auswahl

von Allergikerprodukten zurückzugreifen, die eventuell teurer und nur in bestimmten Geschäften erhältlich sind. Auch hier wird deutlich, dass es Nachfrageentscheidungen gibt, bei denen das Interesse der Verbraucher nicht berücksichtigt wird, obwohl sogar die Gesundheit des Verbrauchers gefährdet ist. Weil es aber keine gesetzliche Vorschrift gibt, die eine solche Kennzeichnung vorschreibt, ist § 4 Nr. 11 UWG nicht anwendbar.

d) Zusammenfassung

Um zu ermitteln, wann eine Marktverhaltensregelung gegeben ist, ist eine vorangehende Bestimmung der konkreten Interessen der jeweiligen Marktteilnehmer nicht aufschlussreich. Die Interessen, die sich auch in Marktverhaltensregeln manifestieren, sind diejenigen, die der Gesetzgeber und die Rechtsprechung den Marktteilnehmern zusprechen, um die ihnen zugedachte Funktion auf dem Markt erfüllen zu können. Es handelt sich um eine normative Betrachtungsweise. Die Beschränkung der Interessen der Marktteilnehmer auf jene, die mit dem Schutzbereich des UWG übereinstimmen, führt dazu, dass die normativ festgelegte Funktion der Marktteilnehmer in den Vordergrund und die „wahren Interessen“ der Verbraucher in den Hintergrund treten. In seiner im UWG zugedachten Funktion ist zum Beispiel der Verbraucher vor allem als Adressat der kommerziellen Kommunikation beziehungsweise als informierter Nachfrager von Konsumgütern und Dienstleistungen angesprochen. Der Unternehmer ist Absender der kommerziellen Kommunikation und hat die Funktion, Waren und Dienstleistungen abzusetzen. Andere als rationale Entscheidungsprozesse sollen im lauterem Wettbewerb keine Rolle spielen. Das bedeutet jedoch nicht, dass sie die Entscheidungen der Wettbewerbsteilnehmer nicht beeinflussen würden⁵⁵⁵.

5. Stellungnahme

Wenn allerdings aus dem Passus „Interessen der Marktteilnehmer“ keine besondere Unterscheidungsqualität hervorgeht, ist er im Zusammenhang mit dem Begriff „Marktverhalten“ zu lesen. Aus diesem folgt, wie oben gesehen, dass eine Vorschrift im Sinne des so genannten Schutzzweckerfordernisses auch auf die Regelung des Marktverhaltens

⁵⁵⁵ Beater, FS Tilmann, S. 87 (89).

abzielt und sich nicht etwa nur reflexartig darauf auswirkt⁵⁵⁶. Im Ergebnis wird man durch die funktionsorientierte Auslegung, alternativ aus den Begriffen Marktverhalten oder Interessen der Marktteilnehmer schöpfen können, welche Normen unter § 4 Nr. 11 UWG fallen.

V. Zuwiderhandlung gegen eine gesetzliche Vorschrift

Der Rechtsbruchtatbestand setzt voraus, dass jemand einer gesetzlichen Vorschrift zuwiderhandelt. Das Verhalten, also die Zuwiderhandlung, muss jedenfalls wie oben gesehen durch eine geschäftliche Handlung erfolgen⁵⁵⁷. Dabei ist zu beachten, dass eine Handlung in rechtlicher Hinsicht doppelt relevant wird: Einerseits wird einem Gesetz zuwidergehandelt (Zuwiderhandlung). Eventuell ergeben sich daraus spezialgesetzliche Sanktionen oder Rechtsfolgen. Andererseits wird damit unlauter im Wettbewerb gehandelt (Wettbewerbsverstoß).

1. Fragestellung

Fraglich ist, weshalb der Gesetzgeber den Begriff des Zuwiderhandelns gewählt hat und ob dieser Begriff mit einem Verstoß gegen eine gesetzliche Vorschrift gleichzusetzen ist. Wenn er mit einem Verstoß gleichzusetzen wäre, würde das bedeuten, dass inzident in § 4 Nr. 11 UWG alle Tatbestandsmerkmale des jeweiligen Gesetzes erfüllt sein müssten. Dann wäre der Gesetzesverstoß als eine Art Grundtatbestand überhaupt erst die Voraussetzung, dass § 4 Nr. 11 UWG geprüft werden kann. Dann muss zwangsläufig die Person bei ihrer geschäftlichen Handlung den subjektiven Tatbestand, sowie die Schuld hinsichtlich der verstoßenen Norm erfüllen.

Dadurch, dass der Gesetzgeber jedoch einen anderen Begriff als den des Gesetzesverstoßes gewählt hat, könnte auch aus der funktionsorientierten Auslegung unter Berücksichtigung der objektiven Betrachtungsweise folgen, dass nur der objektive Tatbestand einer Norm erfüllt sein muss. Wenn man die Ansicht vertritt, dass § 4 Nr. 11 UWG lediglich eine Art Rechtsfolgenverweis beinhaltet, wäre es konsequent, bei der Zuwiderhandlung gegen die gesetzliche Vorschrift nur den objektiven

⁵⁵⁶ Köhler/Bornkamm, UWG, § 4, Rz. 11.35.

⁵⁵⁷ Vgl. dazu 4. Kapitel III. 1.

Tatbestand zu beachten. Es käme also auch nicht darauf an, ob hinsichtlich der Norm Vorsatz oder Schuld gegeben wäre. Folglich müsste der Tatbestand der Norm – sofern sie überhaupt subjektive Merkmale voraussetzt – nicht vollständig erfüllt sein.

Die Frage, ob auf die Prüfung von Vorsatz oder Schuld in einem Gesetzestatbestand verzichtet werden kann, stellt sich deswegen, weil der auf §§ 3, 4 Nr. 11 UWG gestützte Unterlassungs- und Beseitigungsanspruch nach § 8 UWG jedenfalls keinen bewusst oder schuldhaft begangenen Wettbewerbsverstoß voraussetzt⁵⁵⁸. Im Gegensatz hierzu ist bei einem Schadensersatzanspruch nach § 9 UWG die Prüfung von Vorsatz oder Fahrlässigkeit unbedingt erforderlich.

2. Wettbewerbsverstoß

Hinsichtlich des Wettbewerbsverstoßes muss die Frage untersucht werden, ob der Handelnde Kenntnis darüber haben muss, dass sich sein Zuwiderhandeln auch in unlauterer Weise auf den Wettbewerb auswirkt. Wenn er diese Kenntnis nicht hat, oder im Gegenteil er sogar guten Glaubens ist, weil er etwa auf einen Verwaltungsakt vertraut, der sein Verhalten erlaubt oder sogar anordnet, stellt sich die Frage, ob er diesbezüglich Vertrauensschutz genießt.

a) Frühere Rechtslage

Nach der früheren Rechtslage war ein bewusster planmäßiger Gesetzesverstoß erforderlich⁵⁵⁹. Dem Handelnden musste bei einem Verstoß gegen eine wertneutrale Norm die Kenntnis der Tatumstände bezüglich des Wettbewerbsverstoßes und des Gesetzesverstoßes nachgewiesen werden⁵⁶⁰. Ein entschuldbarer Rechtsirrtum hatte zur Folge, dass der Vorwurf des unlauteren Verhaltens ins Leere ging⁵⁶¹. Ebenso schied ein Wettbewerbsverstoß mangels subjektiver Tatbestandsmerkmale aus, wenn er versehentlich erfolgte oder auf bloßer Unachtsamkeit

558 Köhler/Bornkamm, UWG, § 4, Rz. 11.52.

559 Harte/Henning/von Jagow, UWG, § 4 Nr. 11, Rz. 48.

560 Köhler/Bornkamm, UWG, § 4, Rz. 11.51; vgl. oben 2. Kapitel III. 3.

561 Köhler/Bornkamm, UWG, § 4, Rz. 11.53.

beruhte⁵⁶². Allerdings war die praktische Relevanz hinsichtlich des Merkmals der Kenntnis der Tatumstände in der Vergangenheit gering. Denn für den Unterlassungsanspruch genügte es, wenn die Kenntnis im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung vorlag. Eine zuvor erfolgte Abmahnung begründete spätestens die erforderliche Kenntnis und machte sie auch nachweisbar⁵⁶³.

b) Haltung des Gesetzgebers

Die Klärung der Frage, ob ein subjektiver Tatbestand bei einem Verstoß gegen das UWG relevant ist, hat der Gesetzgeber bewusst der Rechtsprechung und Literatur überlassen⁵⁶⁴. Dem Antrag des Bundesrates nach einer ausdrücklichen Regelung, inwiefern subjektive Elemente bei der Begehung eines Wettbewerbsverstoßes eine Rolle spielen, kam er bewusst nicht nach. So wurde nicht in die Gesetzesbegründung aufgenommen, dass etwa bereits die objektive Eignung zur Wettbewerbsverfälschung eine Wettbewerbshandlung unzulässig mache und die Kenntnis des Wettbewerbers von den diese Geeignetheit begründenden Tatumständen nicht erforderlich sei⁵⁶⁵. Auch in der UGP-Richtlinie, sowie der Begründung zu deren Umsetzung, wird auf die Frage nach subjektiven Voraussetzungen einer geschäftlichen Handlung nicht eingegangen⁵⁶⁶. Der Rechtsbruchtatbestand ist der UGP-Richtlinie ohnehin nicht bekannt, so dass sie in der hier aufgezeigten Problematik keinen Aufschluss geben kann.

c) Aktuelle Rechtslage

Der BGH entschied in seiner Atemtest-Entscheidung, dass eine unlautere Zuwiderhandlung gegen eine gesetzliche Vorschrift nach § 4 Nr. 11 UWG allein ein objektiv rechtswidriges Verhalten voraussetze⁵⁶⁷. Wettbewerbsschädliche Handlungen sollen ohne Rücksicht auf den Wissensstand des Handelnden bekämpft werden⁵⁶⁸. In der Literatur wird

562 *Steinbeck*, WRP 2005, 1351 (1353).

563 *Steinbeck*, WRP 2005, 1351 (1353).

564 *Steinbeck*, WRP 2005, 1351 (1354).

565 BT-Drucks. 15/1486, S. 30.

566 BR-Drucks. 345/08.

567 BGH GRUR 2005, 778 - Atemtest.

568 *Steinbeck*, WRP 2005, 1351 (1353).

ganz überwiegend die objektive Betrachtungsweise vertreten, wonach bei einer geschäftlichen Handlung grundsätzlich auf subjektive Merkmale zu verzichten ist⁵⁶⁹. **Von Jagow** sieht zu Recht nach dem Wegfall der Unterscheidung von werthaltigen und wertneutralen Vorschriften keinen Bedarf mehr für die Prüfung von subjektiven Voraussetzungen bei dem Wettbewerbsverstoß⁵⁷⁰. Denn dieses Merkmal sei nur zur Abgrenzung gebraucht worden, um bei einem Verstoß gegen wertneutrale Vorschriften zu ermitteln, ob er im konkreten Fall dazu genutzt oder geeignet war, einen Wettbewerbsvorsprung vor anderen Marktteilnehmern zu ermöglichen⁵⁷¹.

Die Formulierung der Legaldefinition spricht in ihrer objektiven Art ebenfalls für diese Herangehensweise, indem auf einen objektiven Zusammenhang abgestellt wird⁵⁷². Ebenfalls spricht das Abstellen auf die Geeignetheit eines Verhaltens und nicht die Absicht in § 3 Abs. 1 UWG für den Verzicht auf subjektive Merkmale bei der Bestimmung von unlauterem Wettbewerbsverhalten.

3. Zuwiderhandlung

a) Rechtsprechung

Demgegenüber hat der BGH in Bezug auf die Zuwiderhandlung unlängst entschieden, dass alle Tatbestandsmerkmale der Norm vollständig erfüllt sein müssten⁵⁷³. In dem Urteil ging es um eine versuchte Anstiftung zum Betrug. Der BGH lehnte den Rechtsbruchtatbestand mit der Begründung ab, dass dieses Vergehen im Strafrecht nicht strafbar wäre und deshalb der Rechtsbruchtatbestand nicht einschlägig sei. Allerdings sah der BGH in dem Verhalten des Wettbewerbers gegenüber den Verbrauchern eine unangemessene Beeinflussung nach § 4 Nr. 1 UWG verwirklicht⁵⁷⁴. In einer weiteren Entscheidung aus dem Jahr 2008 hat der BGH unter Berufung auf

569 Köhler/Bornkamm, UWG, § 4, Rz. 11.50; Harte/Henning/von Jagow, UWG, § 4 Nr. 11, Rz. 48; MüKo-UWG/ Schaffert, § 4 Nr.11, Rz. 82; Fezer/Fezer, UWG, 2005, § 3, Rz.86; Köhler, NJW 2002, 2761 (2763); Henning-Bodewig, GRUR 2004, 713 (718); Ullmann, GRUR 2003, 827 (822); Steinbeck, WRP 2005, 1351 (1352); Elskamp, S. 245; Dettmar, S. 179; von Walter, S. 128; Keck, S. 15, 102.

570 Ebenso Steinbeck, WRP 2005, 1351 (1353).

571 Harte/Henning/von Jagow, UWG § 4 Nr. 11, Rz. 48.

572 Vgl. dazu 3. Kapitel III. 6.

573 BGH GRUR 2008, 530 - Nachlass bei der Selbstbeteiligung; BGH WRP 2008, 780 (782) - Hagelschaden.

574 BGH WRP 2008, 780 (781) - Hagelschaden.

Kommentarstellen⁵⁷⁵ ebenfalls entschieden, dass der Rechtsbruchtatbestand die Erfüllung aller Merkmale des Tatbestandes der das Marktverhalten regelnden gesetzlichen Vorschrift voraussetze⁵⁷⁶.

b) Literatur

Hinsichtlich der Zuwiderhandlung wird im Einklang mit der Rechtsprechung überwiegend vertreten, dass alle Tatbestandsmerkmale erfüllt sein müssen⁵⁷⁷. Diese Ansicht wird hier kritisch beleuchtet.

aa) Prüfung aller Tatbestandsmerkmale

Eine Vielzahl von Autoren vertreten, dass grundsätzlich alle Tatbestandsvoraussetzungen der mutmaßlich verletzten Norm erfüllt sein müssten⁵⁷⁸. Wolfgang **Schaffert** ist der Ansicht, dass der subjektive Tatbestand der jeweiligen Norm, sofern er darin gefordert werde, im Rahmen des § 4 Nr. 11 UWG berücksichtigt werden müsse⁵⁷⁹. Ebenso wie Lutz **Lehmler** geht Volker **Emmerich** davon aus, dass sobald eine Norm Verschulden oder Vorsatz voraussetze, diese Merkmale auch inzident vorliegen müssten, unabhängig davon, ob der verschuldensunabhängige Unterlassungs- und Beseitigungsanspruch nach § 8 UWG oder der verschuldensabhängige Schadensersatzanspruch nach § 9 UWG geltend gemacht werde⁵⁸⁰. **Von Jagow** vertritt hinsichtlich des Gesetzesverstößes die Ansicht, dass ein objektiver Verstoß gegen eine Norm in der Regel nur in den Fällen ausreiche, wenn der Tatbestand der Norm nicht wie etwa bei Strafnormen zusätzlich an subjektive Merkmale geknüpft sei⁵⁸¹.

bb) Objektive Theorie

Von einigen Stimmen wird dagegen in jüngster Zeit vertreten, dass bei dem Zuwiderhandeln gegen eine gesetzliche Vorschrift nach § 4 Nr. 11 UWG lediglich die objektiven Tatbestandsmerkmale der gesetzlichen Vorschrift

575 Hefermehl/Köhler/Bornkamm, UWG 2007, § 4, Rz. 11.50; MüKo-UWG/Schaffert, § 4 Nr. 11, Rz. 81.

576 BGH WRP 2008, 780 (781) - Hagelschaden.

577 Ullmann jurisPK-UWG/Link, § 4 Nr. 11, Rz. 92; MüKo-UWG/Schaffert, § 4 Nr. 11, Rz. 81; Gloy/Loschelder/Erdmann/Hasselblatt, § 58, Rz. 53.

578 Lehmler, UWG, § 4, Rz. 22; Elskamp, S. 80; Dettmar, S. 160; ebenso Rittner/Kulka, § 3, Rz. 230; Piper/Ohly/Sosnitza, UWG, § 4.11, Rz. 11/27.

579 MüKo-UWG/Schaffert, § 4 Nr. 11, Rz. 86.

580 Emmerich, Rz. 24, S. 312.

581 Harte/Henning/von Jagow, UWG, 4 Nr. 11, Rz. 48.

erfüllt sein müssen. Helmut **Köhler** vertritt die Ansicht, dass der verschuldensunabhängige Unterlassungs- und Beseitigungsanspruch nach § 8 UWG auch begründet ist, wenn durch ein rein objektiv rechtswidriges Verhalten eine Norm missachtet wurde, obwohl deren Tatbestand ein Verschulden des Handelnden voraussetzt⁵⁸². Weder die Unkenntnis des Gesetzesverstoßes noch der eventuell fehlende Vorsatz, gegen ein Gesetz zu verstoßen, kann einen Unterlassungs- und Beseitigungsanspruch nach § 8 UWG scheitern lassen. Denn der Vorwurf der Unlauterkeit ist kein Schuldvorwurf, sondern knüpft nur an das objektive Marktverhalten an⁵⁸³.

Auch wenn sich ein Unternehmer bei einer Zuwiderhandlung gegen eine gesetzliche Vorschrift in einem entschuldbaren Rechtsirrtum befunden hat, bewahrt ihn das nicht vor dem verschuldensunabhängigen Beseitigungs- oder Unterlassungsanspruch nach § 8 Abs. 1 UWG⁵⁸⁴.

Zu beachten ist, dass sich der Verzicht der Prüfung des subjektiven Tatbestands bei einer Zuwiderhandlung durch eine geschäftlichen Handlung im Rahmen des § 4 Nr. 11 UWG nach der objektiven Theorie nur auf Unterlassungs- und Beseitigungsansprüche aus dem UWG bezieht. Für einen Schadensersatzanspruch nach § 9 UWG muss weiterhin ein Verschulden nachgewiesen werden.

cc) Stellungnahme

Der überwiegende Teil der Autoren halten die Erfüllung sämtlicher Tatbestandsmerkmale, also auch die Kenntnis oder den Vorsatz bei Vorschriften, die diese subjektiven Merkmale voraussetzen, für erforderlich. Diese Auffassung wird aber weder in Frage gestellt, noch wird sie begründet. Eine Erklärung der Auffassung könnte in der langen Tradition des Rechtsbruchtatbestandes liegen. Denn in den Zeiten der Unterscheidung zwischen werthaltigen und wertneutralen Vorschriften wurde von einem „vollwertigen Gesetzesverstoß“ ausgegangen⁵⁸⁵. Gegen die Fortführung der noch weit verbreiteten Praxis spricht, dass der

582 Köhler/Bornkamm, UWG, § 4, Rz. 11.50; 23. A. 2004; a. A. ders. bis einschließlich zur 26. A. 2008, jeweils Rz. § 4 Rz. 11.50, wonach Verschulden auch dann vorliegen müsse, wenn lediglich der Unterlassungs- und Beseitigungsanspruch nach § 8 Abs. 1 gestützt auf § 3 i. V. m. § 4 Nr. 11 UWG geltend gemacht werde.

583 Köhler/Bornkamm, UWG, § 4, Rz. 11.54.

584 MüKo-UWG/Schaffert, § 4 Nr. 11, Rz. 84.

585 Harte/Henning/von Jagow, UWG, § 4 Nr. 11, Rz. 48.

Gesetzgeber eine Weiterentwicklung des Rechtsbruchtatbestandes ausdrücklich wünscht⁵⁸⁶. Wenn man sich den Wortlaut des § 4 Nr. 11 UWG betrachtet, hat der Gesetzgeber keinen Gesetzesverstoß verlangt, sondern eine Zuwiderhandlung gegen eine Norm. Der Gesetzgeber hat damit einen neuen Begriff gewählt, anstatt die gängigen Begriffe Rechtsbruch oder Verstoß aus der Vergangenheit zu kodifizieren. Der Begriff des Zuwiderhandelns betont, dass die Handlung des Marktteilnehmers im Mittelpunkt der Aufmerksamkeit steht. Diese ist objektiv wahrnehmbar, unabhängig von den inneren Beweggründen der handelnden Person.

Gegen die Ansicht, dass alle Tatbestandsvoraussetzungen der Norm erfüllt sein müssen, spricht darüber hinaus, dass bei einem drohenden Rechtsbruch ein vorbeugender Unterlassungsanspruch nach § 8 Abs. 1 S. 2 UWG besteht. Auch wenn eine Zuwiderhandlung gegen eine Norm noch nicht vorliegt, aber unmittelbar droht, muss der Anspruchsteller die Zuwiderhandlung nicht abwarten, sondern kann dagegen vorgehen⁵⁸⁷. Wenn ein Gesetzesverstoß erst im Versuchsstadium vorliegt oder Anzeichen für seine Vorbereitung vorliegen, kann ein Betroffener vorbeugend dagegen vorgehen. In diesem Fall wird also darauf verzichtet, dass alle Tatbestandsmerkmale erfüllt sind. Daraus folgt grundsätzlich, dass auch im Rahmen des § 4 Nr. 11 UWG auf Tatbestandsmerkmale, nämlich auf die subjektiven Tatbestandsmerkmale, verzichtet werden kann, weil auch ohne diese Tatbestandsmerkmale das lauterkeitsrechtliche „Unrecht“ schon konstatiert werden kann. Diese Schlussfolgerung wird insbesondere dadurch bestätigt, dass der Gesetzgeber bei § 8 Abs. 1 S. 2 UWG ebenfalls nicht auf subjektive Merkmale abstellt. Auf die Voraussetzung einer Art „unmittelbarer Tatentschluss“ wie bei der Versuchsprüfung im Strafrecht kommt es nach dem Wortlaut nicht an. Weder die Kenntnis noch das Wollen der drohenden Zuwiderhandlung ist für einen Beseitigungsanspruch gefordert⁵⁸⁸. Wenn jedoch sogar ein drohender Wettbewerbsverstoß so unterbunden werden kann, kann nach der neuen Rechtslage die Ansicht nicht mehr aufrechterhalten werden, die bei dem Gesetzesverstoß an subjektive Komponenten anknüpfen will.

586 BT-Drucks. 15/1487, S. 16.

587 Köhler/Bornkamm, UWG, § 4, Rz. 11.50.

588 Köhler/Bornkamm, UWG, § 8, Rz. 1.17.

Für die objektive Theorie sprechen weitere Gründe. Die Schwierigkeiten beim Nachweis, ob der Marktteilnehmer von seinem Gesetzesverstoß Kenntnis hatte oder einem Rechts- oder Verbotsirrtum unterlag, bliebe den Gerichten erspart. Außerdem wären die Richter der Wettbewerbsgerichte nicht dem Vorwurf ausgesetzt, dass sie über Normen aus fremden Rechtsmaterien entscheiden würden. Sie würden lediglich in ihrer lauterkeitsrechtlichen Prüfung den objektiven Tatbestand dieser Normen heranziehen. Das bedeutet, dass der Wettbewerbsrichter nur den für ihn relevanten Teil einer Vorschrift dahingehend überprüfen würde, ob dadurch der Wettbewerb unlauter beeinträchtigt wurde oder nicht. Andere Schutz- oder Regelungszwecke der Norm werden nicht überprüft.

Zur Begründung der objektiven Betrachtungsweise der Zuwiderhandlung kann man diesbezüglich auf die Ergebnisse der Untersuchungen von Gerhard **Schricker** zurückgreifen. Er gab zu bedenken, dass „jede Rechtsmaterie durch die eigene Zielsetzung charakterisiert wird, von der die Normen getragen werden. Die Zielsetzung des einen Rechtsgebietes mag es verlangen, dass an einen bestimmten Tatbestand Sanktionen geknüpft werden; hieraus braucht aber nicht zu folgen, dass auch die Sanktion des anderen Rechtsgebietes eingreifen müssen. Es kann vielmehr mit den Zielen des letzteren vereinbar sein, den Tatbestand unsanktioniert hingehen zu lassen. Hinzu kommt, dass die gesetzlichen Tatbestände der verschiedenen Normen sich häufig nicht entsprechen, so dass schon aus diesem Grund das Urteil über die Rechtswidrigkeit nicht einfach übertragen werden kann.[...] Wir müssen vielmehr versuchen, den speziell wettbewerbsrechtlichen Unrechtsgehalt der Verletzung außerwettbewerbsrechtlicher Normen in einer am Einzelfall orientierten Betrachtung vorsichtig herauszupräparieren.“⁵⁸⁹ Mit diesen Ausführungen begründete Schricker, dass nicht jeder Gesetzesverstoß zugleich ein Wettbewerbsverstoß sein müsse. Daraus ist aber anders herum auch zu folgern, dass durchaus auch wettbewerbsrechtliche Sanktionen nach dem Schutzbereich des UWG erforderlich sein können, wenn die Sanktion aus dem Spezialgesetz etwa mangels subjektiver Voraussetzungen nicht

589 Schricker, Gesetzesverletzung und Sittenverstoß, S. 14.

eintritt. Wenn nämlich schon bei Erfüllung des objektiven Tatbestandes dieser Vorschrift ein objektiv unlauteres Verhalten gegeben ist, muss konsequenterweise mit den Sanktionsmöglichkeiten des UWG darauf reagiert werden können.

Die objektivierte Betrachtungsweise wird auch der Marktwirklichkeit am ehesten gerecht. Es gibt unzählige Gesetze, die ein Unternehmer beachten muss. Ob sich die Menge an Rechtsvorschriften noch im Rahmen hält und überschaubar ist, kann dahin gestellt bleiben. Gegen die Möglichkeit, dass sich Unternehmer bei fehlender Kenntnis auf einen Verbotsirrtum berufen können, spricht aber ein hohes Missbrauchsrisiko. Der Staat bzw. die Rechtspflege können nicht einerseits eine hohe Regelungsdichte erzeugen und andererseits dafür Verständnis haben, dass diese wegen Unkenntnis oder aus Versehen nicht beachtet würden. Insbesondere durch den europäischen Binnenmarkt, allgemein aber durch die Möglichkeiten einer globalisierten Wirtschaft hat sich die Konkurrenz für die einzelnen Marktteilnehmer verändert. Um den Absatz zu fördern, werden ausländische Märkte erobert, durch Zusammenschlüsse und Abspaltungen werden Rechtsformen aus allen Ländern auf ihre Vorteile hin überprüft. Die Steuer- und Abgabenbelastung und die Kosten für Arbeitnehmer werden verglichen. Es leuchtet nicht ein, dass ein Unternehmer es auf sich nimmt, die rechtlichen Gegebenheiten für den Bau einer Fertigungsstelle im Ausland zu ermitteln und zu vergleichen, die Regelungen im Inland, die ihn tangieren, jedoch nicht überblicken kann. Dabei muss gelten, dass die Unwissenheit nicht vor wettbewerbsrechtlichen Konsequenzen schützt.

Die Entwicklung des deutschen zum europäischen Verbraucherbegriffs weist in dieselbe Richtung. Jedem Marktteilnehmer wird zugemutet, sich über die für ihn geltende Rechtslage zu informieren oder sich mit zumutbaren Anstrengungen Rechtsrat einzuholen⁵⁹⁰. Dieser Ansatz ist insofern konsequent, wenn man bedenkt, was dem verständigen und mündigen Verbraucher zugemutet wird. Der Verbraucher muss sich informieren und die verschiedenen Informationen adäquat bewerten, um

590 BGH GRUR 2002, 268 (270) - Sportwettengenehmigung.

überhaupt am Markt durch freie Entscheidungen teilnehmen zu können und um in den Genuss von Verbraucherschutzrechten zu kommen⁵⁹¹. So wird nach der objektiven Theorie ebenfalls den sonstigen Marktteilnehmern abverlangt, sich branchenspezifisch zu informieren. Dadurch wird man auch dem Zweck der Reform des UWG gerecht, nämlich der Liberalisierung des Wettbewerbs⁵⁹². Der Rechtsbruchtatbestand wird zum schärferen Schwert als manche spezialgesetzlichen Regelwerke.

Ein anderer wichtiger Gesichtspunkt, der für die objektive Theorie spricht, ist die Europäisierung des deutschen Lauterkeitsrechts. Der Gesetzgeber hat sich schon bei der Reform des UWG im Jahr 2004 das Ziel gesetzt, das UWG im Sinne einer europarechtskonformen Modernisierung fortzuentwickeln⁵⁹³. Der Verzicht auf subjektive Merkmale macht die Überprüfung einer Zuwiderhandlung transparenter und die rechtliche Beurteilung voraussehbarer. Dies ist insbesondere auch dann von Bedeutung, wenn man zukünftig erwartet, dass die Harmonisierung des Lauterkeitsrechts der Union im Bereich B2B ansteht und der Rechtsbruchtatbestand für eine Übernahme in eine entsprechende Richtlinie in Frage kommen soll⁵⁹⁴. Der Rechtsbruchtatbestand ist nämlich bislang in seiner Komplexität und Ausgestaltung eine deutsche Besonderheit⁵⁹⁵. Eine einheitliche europäische Rechtsanwendung wäre durch die konsequente objektive Betrachtungsweise besser gewährleistet.

dd) Zusammenfassung

Die objektive Theorie erleichtert im Wettbewerbsprozess die Beweisführung für den Anspruchsberechtigten und erschwert gleichzeitig dem Anspruchsgegner eine Entlastung vom Vorwurf der unlauteren geschäftlichen Handlung. Dadurch wird es in Zukunft einfacher sein, einen Beseitigungs- oder Unterlassungsanspruch durchzusetzen. Durch den Verzicht auf subjektive Tatbestandsvoraussetzungen bei Gebots- oder Verbotsnormen im Sinne von § 4 Nr. 11 UWG erweitert sich die

591 *Oppermann/Müller*, GRUR 2005, 280 (286); *Lettl*, GRUR 2004, 449 (454).

592 BT-Drucks. 15/1487 S. 1.

593 BT-Drucks. 15/1487 S. 12.

594 *Fezer/Götting*, UWG, § 4-11, Rz. 14.

595 *Fezer/Götting*, UWG, § 4-11, Rz. 12.

Anwendung des Rechtsbruchtatbestandes über das Merkmal des Zuwiderhandelns gegen eine gesetzliche Vorschrift. Wettbewerbsrechtliche Sanktionen kommen in einer Phase in Betracht, wo spezialgesetzliche Sanktionen gegebenenfalls wegen fehlender Voraussetzungen außen vor bleiben⁵⁹⁶. Die Frage nach der Sanktionenkonkurrenz stellt sich in diesen Fällen nicht⁵⁹⁷.

Die objektive Theorie stellt in den Vordergrund, dass jeder Marktbeteiligte für sein Verhalten selbst verantwortlich ist. Eine Tätigkeit am Markt setzt voraus, dass sie mit Sorgfalt und ausreichenden Branchenkenntnissen ausgeübt wird. Ansonsten kann die Unlauterkeit der geschäftlichen Handlung die Folge sein. Darin widerspiegelt sich, dass die Liberalisierung des Wettbewerbsrechts für die Beteiligten nicht nur mehr Freiheiten mit sich bringt, sondern gleichzeitig auch mehr Pflichten. Nicht zuletzt ist das Abstellen auf objektive Kriterien grundsätzlich besser für eine einheitliche europäische Rechtsanwendung geeignet. Denn ihre Überprüfbarkeit ist einfacher und es kommt weniger auf verschiedene Interpretationen subjektiver Merkmale an.

4. Vertrauensschutz in behördliche Genehmigungen

Fraglich ist, wie sich die objektive Betrachtungsweise mit dem schon vor der Neukonzeption des § 4 Nr. 11 UWG bekannten Problemkreis des Vertrauensschutzes in behördliches Verhalten präsentiert. Durch die Anwendung der objektiven Theorie erscheint der Vertrauensschutz in behördliches Verhalten in neuem Licht. Nach der neueren Rechtslage hat die redliche Überzeugung des Wettbewerbers dahingehend, dass er nicht rechtswidrig handelt, keinen Einfluss mehr auf die wettbewerbsrechtliche Beurteilung im Rahmen des § 4 Nr. 11 UWG⁵⁹⁸. Seine persönliche Überzeugung bewahrt ihn nicht vor wettbewerbsrechtlichen Konsequenzen zu seinen Lasten. Fraglich ist jedoch, ob vertrauensbegründende

596 Ullmann jurisPK-UWG/Ullmann, Einl, 149.

597 Vgl. dazu unten 4. Kapitel VII.

598 Steinbeck, WRP 2005, 1351 (1354).

Umstände zugunsten des Handelnden berücksichtigt werden können oder sollen⁵⁹⁹.

a) Frühere Rechtslage

Ganz überwiegend wurde vor der UWG-Reform vertreten, dass ein von der Behörde ausdrücklich gebilligtes oder bewusst geduldetes Verhalten nicht wettbewerbsrechtlich geahndet werden sollte⁶⁰⁰. Der Vertrauensschutz blieb bestehen, bis etwa ein Verwaltungsakt in dem dafür vorgesehenen verwaltungsrechtlichen Verfahren aufgehoben wurde oder ein Fehler zur Nichtigkeit des Verwaltungsakts führte⁶⁰¹. So konnte sich z.B. ein Unternehmer unter Umständen auf das Verhalten einer Behörde berufen und gegen eine Klage eines Konkurrenten erfolgreich einwenden, dass ihm das Verhalten erlaubt sei⁶⁰². Es wurde als Überspannung der Pflichten der Wettbewerbsteilnehmer angesehen, sich vorsichtshalber auch dann nach der strengsten Gesetzesauslegung und Einzelfallbeurteilung zu richten, wenn die zuständigen Behörden und Gerichte ein Verhalten ausdrücklich als rechtlich zulässig bewerteten⁶⁰³.

Fraglich ist, ob diese Herangehensweise auch nach der Neukonzeption zutreffend ist und aufrechterhalten werden kann.

b) Rechtsprechung

Nach der UWG-Reform hat sich der BGH mit der Frage des Vertrauensschutzes in behördliche Entscheidungen auseinander gesetzt. Im Einklang mit der früheren Rechtsprechung hat er in seiner Atemtest-Entscheidung festgestellt, dass der Tatbestand des § 4 Nr. 11 UWG nicht erfüllt ist, wenn ein Marktverhalten durch einen Verwaltungsakt ausdrücklich geregelt wird und der Verwaltungsakt nicht nichtig ist⁶⁰⁴. In der Betonstahl-Entscheidung betont der BGH jedoch, dass lediglich die Rechtsauffassung der zuständigen Behörde für die Beurteilung, ob ein

599 *Steinbeck*, WRP 2005, 1351 (1353); *Köhler*, GRUR 2004, 381 (388).

600 *Stolterfoth*, FS Rittner, S.695 (708); *Doepner*, FS Helm, S. 47 (61); BGH GRUR 1988, 382 (383) - Schelmenmarkt; BGH GRUR 1994, 222 (224) - Flaschenpfand; BGH GRUR 1998, 407; (412) - TIAPRIDAL; BGH GRUR 2002, 269 (270) - Sportwetten-Genehmigung; a. A. *Köhler*, GRUR 2004, 381 (388).

601 *Köhler*, GRUR 2004, 381 (386); *Steinbeck*, WRP 2005, 1351 (1353).

602 BGH GRUR 1998, 407 (411) - TIAPRIDAL.

603 BGH GRUR 2002, 269 (270) - Sportwettengenehmigung; BGH, GRUR 2003, 162 (162) - Progon.

604 BGH GRUR 2005, 778 (779) - Atemtest.

Verhalten objektiv rechtswidrig und deshalb unlauter ist, nicht maßgeblich ist⁶⁰⁵. Außerdem kann sich ein Marktteilnehmer nicht auf eine ihm vorliegende behördliche Genehmigung berufen, wenn er diese inhaltlich nicht befolgt. In dem Fall lag eine behördliche Zulassung für das Inverkehrbringen eines Bauprodukts vor. Der beklagte Hersteller hielt sich aber nicht an die darin festgelegten Mindestqualitätsvorschriften. Ein solches Verhalten genießt ungeachtet der vorliegenden behördlichen Zulassung keinen Vertrauensschutz und ist geeignet, den Tatbestand des § 4 Nr. 11 UWG zu erfüllen⁶⁰⁶.

c) Literatur

Weitgehend wird auch in der Literatur der Schutz des Vertrauens in behördliche Entscheidungen mit unterschiedlichen Begründungen befürwortet. Es gibt aber auch Stimmen, die die neue Gesetzeslage als damit unvereinbar einschätzen.

aa) Für Vertrauensschutz

Eine Vielzahl von Autoren ist der Ansicht, dass die Marktteilnehmer weiterhin in ihrem Vertrauen zu schützen sind, wenn ihr Verhalten auf einem zwar rechtswidrigen, aber wirksamen Verwaltungsakt beruht. Deshalb wird vertreten, dass jedenfalls förmliche Verwaltungsakte die Wettbewerbsgerichte binden⁶⁰⁷. Andere sprechen nicht von einer Bindung der Gerichte, gehen jedoch davon aus, dass ein Verhalten, das durch einen nicht nichtigen Verwaltungsakt ausdrücklich erlaubt ist, den Tatbestand des § 4 Nr. 11 UWG nicht erfüllt⁶⁰⁸. Dabei wird teilweise vertreten, dass die Unlauterkeit eines nach § 4 Nr. 11 UWG wettbewerbswidrigen Verhaltens entfällt, wenn eine behördliche Genehmigung oder ein das fragliche Verhalten für rechtmäßig erklärende Gerichtsentscheidung vorliegt, auf die sich der Anspruchsgegner im Rahmen eines wettbewerbsrechtlichen Verfahrens berufen kann. Denn ein Marktteilnehmer muss nicht von der aus seiner Sicht strengsten Interpretation ausgehen⁶⁰⁹. Andere gehen

605 BGH GRUR 2006, 82 (84) -Betonstahl.

606 BGH GRUR 2006, 82 (84) -Betonstahl.

607 Weber, FS Doepner, S.69 (74 f.); Ullmann jurisPK-UWG/Link, § 4 Nr. 11, Rz. 42.

608 Weber, FS Doepner, S.69 (75.). Lehmler, UWG, § 4, Rz. 38 f. .

609 Weber, FS Doepner, S.69 (75.); HK-UWG/Kotthoff, § 4, Rz. 555.

davon aus, dass der Tatbestand mangels Zuwiderhandlung nicht gegeben ist, wenn eine behördliche Genehmigung vorliegt, auch wenn diese wegen eines entgegenstehenden Gesetzes nicht hätte erteilt werden dürfen⁶¹⁰. Schließlich wird vertreten, dass, nur weil das neue Lauterkeitsrecht keinen subjektiven Verhaltensvorwurf mehr erhebe, das nicht bedeute, dass subjektive Kriterien gar keine Rolle spielen würden⁶¹¹. Ausgehend davon wird vorgeschlagen, dass der Vertrauensschutz bei der Subsumtion des § 4 Nr.11 UWG spätestens dann zum Zug kommen sollte, wenn das Wettbewerbsgericht eine Zuwiderhandlung gegen eine gesetzliche Vorschrift bejaht und die anschließende Prüfung des § 3 UWG ergeben hat, dass die konkreten Umstände des Einzelfalls zu einer nicht unerheblichen Wettbewerbsverfälschung führen würden. Daran sei die Prüfung eines entschuldbaren Verbotsirrtums anzuschließen⁶¹², der gegeben sei, wenn der Mitbewerber sich auf die Rechtsauffassung der Behörde berufen kann.

bb) Gegen Vertrauensschutz

Ulf **Doepner** und Helmut **Köhler** sehen demgegenüber nach der Neukonzeption in § 4 Nr. 11 UWG keinen Ansatzpunkt für den Vertrauensschutz mehr⁶¹³. Nach der neuen Gesetzeslage sei allein maßgeblich, ob das Wettbewerbsgericht einen objektiven Gesetzesverstoß feststelle⁶¹⁴. Auf die Kenntnis der Marktteilnehmer komme es für das unlautere Verhalten dabei nicht an. Es gehe allein darum, den Wettbewerbsprozess im Interesse aller Marktteilnehmer wieder in die richtigen Bahnen zu lenken. Ein Unterlassungsgebot sei demnach auch möglich, wenn der Verletzer auf die Rechtmäßigkeit seines Verhaltens in nicht vorwerfbarer Weise vertraut hat. Im Gegensatz dazu könne ein Schadensersatzanspruch nach § 9 UWG dadurch abgewendet werden,

610 Harte/Henning/von Jagow, UWG, § 4, Rz. 48; Weber, FS Doepner, S. 68 (79).

611 Frenzel, WRP 2004, 1137 (1141); Weber, FS Doepner, S.69 (75), m. w. N.; MüKo-UWG/Sosnitzka, § 3, Rz. 97.

612 Weber, FS Doepner; S.69 (77 f.).

613 Köhler, GRUR 2004, 381 (388); Köhler/Bornkamm, UWG, § 4, Rz. 11.18; Bezirksgruppe Südwest (*Sambuc*), GRUR 2007, 307.

614 MüKo-UWG/Sosnitzka, § 3, Rz. 95.

dass sich der Marktteilnehmer auf eine behördliche oder eine fachgerichtliche Entscheidung berufen kann⁶¹⁵.

d) Stellungnahme

Die konsequente funktionale Auslegung des Rechtsbruchtatbestandes lässt es nicht zu, die Kenntnis des Marktteilnehmers zu berücksichtigen. Für das Ziel des UWG, den Wettbewerb umfassend vor unlauteren Verhaltensweisen zu schützen, ist die von Köhler und Doepner vertretene Herangehensweise von großem Vorteil. So kann sich ein Marktteilnehmer nicht der Verantwortung entziehen, wenn die objektiven Merkmale gegeben sind. Dass er den wettbewerbsrechtlichen Sanktionen für sein Verhalten auch ausgeliefert ist, wenn er dabei eine behördliche Entscheidung befolgt, wird zum Teil für gerechtfertigt gehalten, da der Marktteilnehmer ja „nur“ die Abmahnkosten nach § 12 Abs. 1 S. 2 UWG zu tragen hätte und nach § 8 UWG unterlassen und beseitigen müsste⁶¹⁶. Nichts desto trotz sprechen gewichtige Gründe gegen die Aufgabe des Vertrauensschutzes im Rahmen des § 4 Nr. 11 UWG.

aa) Rechtspolitische Konsequenzen

Zu Unrecht wird bei der strikten Auffassung gegen den Vertrauensschutz deren rechtspolitische Folge vernachlässigt. Durch die völlige Abschaffung des Vertrauensschutzes in behördliche Entscheidungen würde ein alter Konflikt wieder genährt, den der Gesetzgeber durch die Neukonzeption zumindest zum Teil beilegen konnte⁶¹⁷. Dabei ging es um die widersprüchlichen Entscheidungen von Verwaltungs- und Zivilgerichten über die Betätigung kommunaler Unternehmen im Wirtschaftsverkehr. Dies war der vorläufige Gipfel der Auseinandersetzung zwischen Wettbewerbsgerichten und der Verwaltung über die Zuständigkeit und Auslegungskompetenz in Bezug auf – wohl gemerkt – öffentlich-rechtliche Vorschriften⁶¹⁸. Durch die Abschaffung des Vertrauensschutzes würde das UWG seine Vorherrschaft postulieren über die Entscheidung, welche Handlung rechtswidrig ist. Mit dem begrenzten Blick auf den Schutzbereich

615 MüKo-UWG/Schaffert, § 4 Nr. 11, Rz. 84.

616 Köhler/Bornkamm, UWG, § 4, Rz. 11.18.

617 BT-Drucks. 15/1487, S. 31, 41.

618 Vgl. 2. Kapitel IV. 4.

des UWG erfüllt es damit vollumfänglich seine Aufgabe. Bei der Anwendung des UWG ist der Wettbewerbsrichter jedoch nur in der Lage, zu beurteilen, welche Gesetzeszuwiderhandlung nach den Vorschriften des UWG unlauter ist. Das Gericht hat grundsätzlich nicht die universale Kompetenz, über eine Vorschrift aus einem anderen Rechtsgebiet zu entscheiden, schon gar wenn die Prozessmaxime der Rechtsgebiete sich grundlegend unterscheiden. Der Schutzbereich des UWG sagt jedoch nichts über die Konkurrenz zu anderen Rechtsgebieten aus, die hier nicht zu leugnen ist. Bei der Beurteilung einer Schnittstelle zwischen zwei verschiedenen Rechtsgebieten, deren Ineinandergreifen für den Marktteilnehmer relevant ist, ist ein begrenzter Blick auf den Schutzbereich nur einer Materie somit verfehlt. Vielmehr müsste man jeweils die Schutzbereiche oder Anwendungsgebiete beider Rechtsmaterien vergleichen und miteinander ins Verhältnis setzen. Weder Verwaltungs- noch Wettbewerbsrichter haben diesbezüglich die notwendigen Kompetenzen.

bb) Notwendigkeit des Vertrauensschutzes

Dass der Vertrauensschutz auch nach der Neukonzeption weiterhin zu beachten ist, ergibt sich daraus, dass nach wie vor der Fall eintreten kann, dass ein und dasselbe Verhalten eines Marktteilnehmers zugleich als rechtmäßig und als rechtswidrig beurteilt wird. Ohne dass er diesen Konflikt verursacht hat, und unabhängig davon, wie intensiv die Folgen seines Verhaltens sind, wäre es dem betroffenen Marktteilnehmer unzumutbar, wenn er dieser Situation ausgeliefert bliebe, ohne die rechtlichen Konsequenzen vorhersehen zu können⁶¹⁹.

cc) Ausnahmeerscheinung Vertrauensschutz

Ein Argument für den Vertrauensschutz ergibt sich aus der amtlichen Begründung des UWG. Danach hätten die Lehre und Rechtsprechung durchaus die Freiheit, an die positive Kenntnis eines Marktteilnehmers den Vertrauensschutz als Konsequenz anzuknüpfen. Denn die „Verobjektivierung“⁶²⁰ des Begriffs der Unlauterkeit ist nicht im Gesetz

619 Doepner, FS Helm, S. 47 (61).

620 MüKo-UWG/Sosnitzka, § 3, Rz. 97.

festgeschrieben. Der Gesetzgeber hat die Frage, ob der Begriff der Unlauterkeit eine Kenntnis des Wettbewerbers von den die Unlauterkeit begründenden Tatumständen erfordert, ausdrücklich als dogmatisch bewertet und ihre Klärung der Rechtsprechung und Literatur überlassen⁶²¹. Dass überwiegend auf subjektive Elemente in der Rechtsprechung und Literatur verzichtet wird, heißt nicht, dass aufgrund der besonderen Umstände des Vertrauensschutzes nicht ausnahmsweise auf eine positive Kenntnis abgestellt werden dürfte. Dies erklärt auch, dass die Rechtsprechung und der überwiegende Teil der Literatur auch nach der Reform des UWG am Vertrauensschutz festhalten⁶²².

dd) Vertrauensschutz wegen der Rechtsauffassung der Verwaltung

Ohne ausnahmsweise auf subjektive Elemente zurück greifen zu müssen kann der Vertrauensschutz auch nach der objektiven Betrachtungsweise beibehalten werden. Denn streng genommen ist der Vertrauensschutz nicht zu gewähren, weil einem Marktteilnehmer aus Sicht des Wettbewerbsrechts „systemwidrig“ die unzutreffende Kenntnis über die Unlauterkeit seines Verhaltens zu Gute kommen soll, nur weil er sozusagen den Trumpf eines Verwaltungsakts vorweisen kann. Es kommt vielmehr auch hier nicht darauf an, wie der Marktteilnehmer das Verhalten einschätzt, also seine Kenntnis. Es kommt nur auf die Entscheidung der Verwaltung an, die der Marktteilnehmer unabhängig von seiner eigenen Auffassung zu respektieren hat, auch wenn er die Einschätzung der Behörde nicht teilt. Die Kenntnis der handelnden Person, dass ein Verhalten unlauter ist oder nicht, spielt also auch bei der Anerkennung des Vertrauensschutzes keine Rolle, sondern lediglich das objektive Vorliegen einer behördlichen Entscheidung.

e) Dogmatische Lösungsvorschläge

Fraglich ist, wie der Vertrauensschutz nun dogmatisch in § 4 Nr. 11 UWG einfließen könnte. Zunächst ist der Begriff des Vertrauensschutzes richtig zu verstehen. Er führt in die Irre, wenn damit assoziiert wird, dass der Marktteilnehmer auf seine eigene Rechtsauffassung vertrauen darf.

621 BT-Drucks. 15/1387, S.40.

622 BGH GRUR 2005, 778 (779) - Atemtest.

Richtigerweise darf er nur darauf vertrauen, dass die behördliche Entscheidung, die sein Verhalten vorschreibt oder erlaubt, bei der wettbewerbsrechtlichen Beurteilung seines Verhaltens beachtet wird. Es kommt demnach gar nicht auf subjektive Merkmale in der Person des Wettbewerbsteilnehmers an, sondern nur auf das objektive Vorliegen einer behördlichen Entscheidung.

Wie es aus den oben dargestellten Literaturstimmen hervorgeht⁶²³, sind verschiedene Möglichkeiten im Rahmen des § 4 Nr. 11 UWG denkbar, um diese Fälle zu berücksichtigen. Dabei ist die Rechtsauffassung einer Behörde oder eines Verwaltungsgerichts nur in Form von Verwaltungsakten und Allgemeinverfügungen, sowie gerichtlichen Entscheidungen zu berücksichtigen. Aus bloßen Rechtsauffassungen der Behörden⁶²⁴ ebenso wie aus stillschweigendem Dulden erwächst kein Vertrauen⁶²⁵.

aa) Ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal

Man könnte ein zusätzliches ungeschriebenes tatbestandsausschließendes Merkmal einführen. Danach ist ein Zuwiderhandeln dann ausgeschlossen, wenn sich der Marktteilnehmer bei seinem Verhalten auf eine behördliche Entscheidung oder Gerichtsentscheidung zu seinen Gunsten berufen kann und sein Verhalten diesen Entscheidungen auch entspricht. Bei dieser Variante müsste man nicht auf eine subjektive Komponente, wie die Kenntnis oder das Vertrauen des Marktteilnehmers, abstellen. Das objektive Vorliegen eines Verwaltungsaktes würde genügen. Ebenfalls am Tatbestand anknüpfend ließe sich auch die Unlauterkeit verneinen. Dagegen spricht jedoch, dass die Unlauterkeit innerhalb des § 4 Nr. 11 UWG grundsätzlich nicht mehr geprüft werden muss⁶²⁶. Beide Möglichkeiten laufen darauf hinaus, dass das Wettbewerbsgericht an die Rechtsauffassung der Behörde gebunden wäre. Dies liefe dem Grundsatz entgegen, dass jedes Gericht nach seiner eigenen Überzeugung zu

623 Vgl. dazu 4. Kapitel V. 3. c) aa).

624 BGH GRUR 2006, 82 (84) -Betonstahl.

625 Piper/Ohly/Sosnitza, UWG, § 4.11, Rz. 11/11.

626 Vgl. oben 3. Kapitel II. 3. a) dd).

entscheiden hat und nicht an Rechtsansichten anderer Gerichte gebunden ist⁶²⁷.

bb) Entschuldigbarer Verbotsirrtum

Thomas **Weber** lehnt eine Bindung der Wettbewerbsgerichte schon aus dem Grund ab, dass es zu einer Norm auch widersprüchliche Auslegung durch Verwaltungsgerichtsentscheidungen geben kann⁶²⁸. Zur Vermeidung des Dilemmas von unterschiedlichen rechtlichen Beurteilungen des Tatbestandsmerkmals der Zuwiderhandlung schlägt er vor, dass sich der betroffene Marktteilnehmer auf einen entschuldbaren Verbotsirrtum berufen könne. Denn ansonsten müsse man zwangsläufig wie auch bei der Variante eines tatbestandsausschließenden Merkmals davon ausgehen, dass die Behörde oder das Verwaltungsgericht in ihren rechtlichen Beurteilungen unrecht haben, obwohl es sich bei Fällen, bei denen dieser Widerspruch auftaucht, um originäre Verwaltungsrechtsnormen handelt, deren rechtliche Auslegung grundsätzlich der Verwaltung und den Verwaltungsgerichten zugewiesen ist⁶²⁹.

cc) Rechtfertigungstatbestand

Meiner Ansicht nach wird man der Situation am besten dadurch gerecht, wenn das Wettbewerbsgericht nach seiner eigenen Rechtsauffassung die Zuwiderhandlung und Unlauterkeit bestimmen darf. Als ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal ist jedoch zugunsten des Marktteilnehmers ein Rechtfertigungsgrund einzufügen, inspiriert von dem strafrechtlich anerkannten Rechtfertigungsgrund bei Unterlassungsdelikten, der so genannten rechtfertigenden Pflichtenkollision. Diese rechtfertigt das Verhalten oder Unterlassen eines Täters, den gleichzeitig zwei Handlungspflichten treffen, von denen er jedoch nur eine erfüllen kann⁶³⁰. Der Marktteilnehmer ist in der Regel nicht verpflichtet, eine genehmigungspflichtige Tätigkeit auszuüben und ist auch nicht verpflichtet, von einer erteilten Genehmigung einer Behörde Gebrauch zu machen. Im

627 Ullmann jurisPK-UWG/Link, § 4 Nr. 11, Rz. 40.

628 Weber, FS Doepner, S. 69 (77).

629 Weber, FS Doepner, S. 69 (76).

630 Kühl, § 18, Rz. 134.

Hinblick auf seine Handlungsfreiheit befindet er sich jedoch in einer vergleichbaren Situation. Er kann durch ein Verhalten entweder das Wettbewerbsrecht oder das Verwaltungsrecht respektieren und missachtet dabei zwangsläufig den jeweils anderen Bereich. Bei der Übertragung dieses Rechtfertigungsgrundes in das Wettbewerbsrecht kommt es in erster Linie darauf an, dass sich der Marktteilnehmer in einer Zwangslage befindet, die er durch sein Verhalten nicht zumutbar verhindern kann. Nicht zumutbar ist es nämlich einem Marktteilnehmer, dass er vorsorglich auf den Gebrauch einer erteilten Genehmigung verzichten sollte, um lauterkeitsrechtliche Konsequenzen zu verhindern. Auf etwaige subjektive Rechtfertigungselemente kommt es dabei nicht an. Dogmatisch ist diese Lösung über einen Rechtfertigungstatbestand geeignet, die Rechtsauffassungen der Verwaltung und des Wettbewerbsgerichts als gleichwertig nebeneinander zu respektieren.

f) Zwischenergebnis

Im Ergebnis ist am Vertrauensschutz behördlicher Entscheidungen nach der Neukonzeption des § 4 Nr. 11 UWG unter Anwendung der objektiven Betrachtungsweise festzuhalten.

5. Missachtung von Verkehrspflichten – Wettbewerbsrechtliche Störerhaftung?

Fraglich ist, ob eine Zuwiderhandlung auch gegeben ist, wenn jemand lediglich durch sein Handeln im geschäftlichen Verkehr die Gefahr schafft, dass Dritte durch das Wettbewerbsrecht geschützte Interessen von Marktteilnehmern verletzen. Vorwegzunehmen ist dafür, dass der BGH in der Entscheidung „Jugendgefährdende Medien bei eBay“⁶³¹ aus dem Jahr 2007 die wettbewerbsrechtliche Verantwortung für Rechtsverletzungen Dritter auf eine neue dogmatische Grundlage gestellt hat. Die Verantwortlichkeit setzt die Verletzung wettbewerbsrechtlicher

631 BGH GRUR 2007, 890 - Jugendgefährdende Medien bei eBay.

Verkehrspflichten voraus⁶³². Dabei handelt es sich zum Beispiel um Prüfungspflichten.

a) Haftung des Betreibers von eBay wegen jugendgefährdender Medien

Der Entscheidung des BGH lag folgender Sachverhalt zugrunde: Über die Internetplattform eBay wurden jugendgefährdende Medien in Form von Computerspielen oder Tonträgern zum Verkauf angeboten. Angesichts der Schwierigkeit, gegen die Anbieter solcher Produkte einzuschreiten, beantragte der Kläger, den Betreiber der Internet-Plattform zu verurteilen, die Plattform von verbotenen Angeboten freizuhalten. Der BGH hatte zu entscheiden, ob und unter welchen Voraussetzungen der Betreiber dazu verpflichtet werden kann. Der BGH kam zu dem Ergebnis, dass jemand, der durch sein Handeln im geschäftlichen Verkehr die ernsthafte Gefahr begründet, dass Dritte durch das Wettbewerbsrecht geschützte Interessen von Marktteilnehmern verletzen, auf Grund einer wettbewerbsrechtlichen Verkehrspflicht dazu verpflichtet ist, diese Gefahr im Rahmen des Möglichen und Zumutbaren zu begrenzen. Wer in dieser Weise gegen eine wettbewerbsrechtliche Verkehrspflicht verstößt, ist Täter einer unlauteren Wettbewerbshandlung nach § 3 UWG⁶³³.

b) Bedeutung der Entscheidung für den Rechtsbruchtatbestand

Die Bedeutung der Entscheidung bei der Anwendung des Rechtsbruchtatbestandes ist relativ gering. Denn der BGH hat die Anwendung des § 4 Nr. 11 UWG verneint⁶³⁴, weil der Internetbetreiber selbst keiner gesetzlichen Vorschrift zuwidergehandelt hat. Er eröffnet lediglich einer anderen Person die Möglichkeit, eine Zuwiderhandlung gegen eine gesetzliche Vorschrift zu begehen, indem die Person die Internetplattform verwendet. Deshalb wendet der BGH zu Recht § 3 UWG als Rechtsgrundlage für eine wettbewerbsrechtliche Haftung an⁶³⁵. Bei dem

⁶³² Köhler, GRUR 2008, 1.

⁶³³ BGH GRUR 2007, 890 - Jugendgefährdende Medien bei eBay.

⁶³⁴ BGH GRUR 2007, 890 (891) - Jugendgefährdende Medien bei eBay.

⁶³⁵ BGH GRUR 2007, 890 (892) - Jugendgefährdende Medien bei eBay; BGH WRP 2004, 899, 901 - Schöner Wetten; a. A. Döring, WRP 2007, 1131 (1136).

Betreiber einer Internetplattform ist laut BGH das Bereitstellen der Internetplattform als geschäftliche Handlung zu beurteilen⁶³⁶.

c) Stellungnahme

Im Hinblick auf § 4 Nr. 11 UWG kann festgehalten werden, dass die Störerhaftung im Rahmen des Zuwiderhandelns gegen eine gesetzliche Vorschrift nicht beachtet werden muss. Denn die bloße Verletzung einer Verkehrspflicht, die in der Regel nicht in einer gesetzlichen Vorschrift formuliert ist, fällt nicht in den Anwendungsbereich des § 4 Nr. 11 UWG. Vielmehr ist dies ein Fall der Anwendung der Generalklausel § 3 UWG.

6. Zusammenfassung

Die Zuwiderhandlung setzt nach der objektiven Theorie voraus, dass der objektive Tatbestand einer gesetzlichen Vorschrift erfüllt ist. Auf subjektive Merkmale kommt es nicht an. In der Praxis ist davon auszugehen, dass die meisten Marktverhaltensregeln ein Gebot oder Verbot für ein bestimmtes Verhalten vorschreiben, ohne auf subjektive Elemente abzustellen. Auf die Kenntnis oder die Bewertung eines gegebenenfalls wettbewerbswidrigen Verhaltens kommt es auch nicht an, wenn sich ein Marktteilnehmer auf eine behördliche Erlaubnis beruft. Allein aus dem Vorliegen der Erlaubnis ergibt sich, dass der Rechtsbruch gerechtfertigt ist. Im Gegensatz dazu ist die so genannte wettbewerbsrechtliche Störerhaftung im Rahmen des Zuwiderhandelns nach § 4 Nr. 11 UWG unbeachtlich.

VI. Spürbare Beeinträchtigung

Das Kriterium der spürbaren Beeinträchtigung wurde im Wege der Umsetzung des Art. 5 Abs. 2 b) UGP-Richtlinie in § 3 Abs. 1 und 2 UWG aufgenommen. Die Richtlinie fordert eine spürbare Beeinträchtigung der Fähigkeit des Verbrauchers, eine informierte Entscheidung zu treffen⁶³⁷. Das Merkmal war aber auch im alten UWG als so genannte Bagatellklausel bekannt und in § 13 Abs. 2 Nrn. 1 und 2 UWG a. F. geregelt. Zum Teil wird

636 BGH GRUR 2007, 890 (893) - Jugendgefährdende Medien bei eBay.

637 Henning-Bodewig, WRP 2006, 621 (625).

das Merkmal in der Literatur als geschäftliche Relevanz⁶³⁸ oder Marktrelevanz⁶³⁹ bezeichnet.

1. Prüfung der Bagatellklausel innerhalb von § 4 Nr. 11 UWG

Da in § 4 UWG Regelbeispiele für unlautere geschäftliche Handlungen nach § 3 UWG benannt sind, muss die zusätzliche Voraussetzung des Grundtatbestandes, nämlich die spürbare Beeinträchtigung, auch erfüllt sei⁶⁴⁰. Zu beachten ist jedoch, dass Bagatellverstöße nicht legalisiert, sondern lediglich nicht verfolgt werden⁶⁴¹. Die Unlauterkeit muss unabhängig davon bestimmt werden⁶⁴². Unzulässig und verfolgbar ist eine unlautere geschäftliche Handlung nämlich erst, wenn sie von einem gewissen Gewicht für das Wettbewerbsgeschehen und die Interessen der Marktteilnehmer ist⁶⁴³. Die Schwelle soll jedoch nicht hoch angesetzt werden⁶⁴⁴.

Für die Feststellung, ob eine unlautere geschäftliche Handlung durch einen Rechtsbruch vorliegt, ist es also nicht entscheidend, ob es tatsächlich zu einer Beeinträchtigung gekommen ist. Diese Frage wird allerdings entscheidend, wenn nach der Prüfung der Voraussetzungen des § 4 Nr. 11 UWG die Voraussetzungen des § 3 UWG geprüft werden müssen.

So hat der Gesetzgeber in der Begründung zu § 3 UWG ausgeführt, dass die Feststellung, ob ein Wettbewerbsverstoß geeignet ist, den Wettbewerb nicht unerheblich zu verfälschen, eine nach objektiven und subjektiven Momenten unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls zu treffende Wertung voraussetzt⁶⁴⁵. In diese Wertung sind neben der Art und Schwere des Verstoßes die zu erwartenden Auswirkungen auf den Wettbewerb sowie der Schutzzweck des Wettbewerbsrechts einzubeziehen⁶⁴⁶. Eine nicht unerhebliche Verfälschung kann demnach auch bei Verstößen mit nur geringen Auswirkungen für den einzelnen

638 Köhler/Bornkamm, UWG, § 3, Rz. 10 f.

639 Fezer/Fezer, UWG, § 3, Rz. 73; Fezer, WRP 2010, 577 (582).

640 Harte/Henning/von Jagow, UWG, § 4, Rz. 49; Köhler, WRP 2009, 109 (113); Emmerich, § 20, Rz. 25; KG Berlin WRP 2007, 553; Dettmar, S. 292; Lettl, § 4, Rz. 320.

641 BT-Drucks. 15/1487, S. 17; a. A. Haase, 197 ff., 288 f.

642 Ullmann jurisPK-UWG/Ullmann, § 3, Rz. 73; Köhler/Bornkamm, UWG, § 3, Rz. 10; Lettl, § 2, Rz. 12; a. A. Harte/Henning/Schünemann, UWG, § 3, Rz. 365 f.; Fezer/Fezer, UWG, § 3, Rz. 106.

643 BT-Drucks. 15/1487, S. 17; Fezer/Fezer, UWG, § 3, Rz. 73.

644 BT-Drucks. 15/1487, S. 17.

645 BT-Drucks. 15/1487, S. 17.

646 KG GRUR 2007, 515 (516); Heermann, GRUR 2004, 94 (96 ff.).

Marktteilnehmer vorliegen, wenn durch das Verhalten eine Vielzahl von Marktteilnehmern betroffen ist oder eine nicht unerhebliche Nachahmungsgefahr besteht⁶⁴⁷.

2. Ermittlung der spürbaren Beeinträchtigung

Ganz überwiegend wird vertreten, dass, anders als bei den Beispielen nach § 3 Abs. 3 i. V. m. Anhang II UWG, die spürbare Beeinträchtigung nicht automatisch bei jedem Zuwiderhandeln gegen eine gesetzliche Vorschrift gegeben ist, die dazu geeignet ist, das Marktverhalten im Interesse der Marktteilnehmer zu regeln⁶⁴⁸. So hat zum Beispiel der BGH mangels Spürbarkeit einen Unterlassungsanspruch nach § 8 UWG in Folge eines Verstoßes gegen §§ 18 ff RettG NRW i. V. m. § 4 Nr. 11 UWG abgelehnt⁶⁴⁹. Wenn gegen eine das Marktverhalten regelnde Vorschrift nur in einem Einzelfall oder zumindest nur gelegentlich und ohne Nachahmungsgefahr verstoßen wird, kommt die Anwendung der Bagatellklausel in Betracht⁶⁵⁰. Abgesehen davon ist auf die konkreten Auswirkungen des Rechtsbruchs abzustellen⁶⁵¹. Die Spürbarkeitsschwelle ist in der Regel überschritten, wenn Informationspflichten gegenüber dem Verbraucher verletzt werden. Gleiches gilt, wenn die Marktverhaltensregel der Gesundheit oder der medizinischen Versorgung der Verbraucher dient⁶⁵². Der BGH geht regelmäßig davon aus, dass die Bagatellgrenze des § 3 UWG überschritten ist, wenn die durch unrichtige Angaben hervorgerufene Fehlvorstellung des Verkehrs geeignet ist, das Marktverhalten der Gegenseite zu beeinflussen⁶⁵³. Einigkeit besteht auch darüber, dass die Spürbarkeitsgrenze immer überschritten ist, wenn ein Gesetz dem Gesundheitsschutz im Wettbewerb dient, etwa durch lebensmittelrechtliche Vorschriften⁶⁵⁴. Das Inverkehrbringen und Bewerben von Arzneimitteln

647 BT-Drucks. 15/1487, S. 17.

648 *Fezer*, WRP 2010, 577 (582); *Harte/Henning/von Jagow*, UWG, § 4, Rz. 49; *Köhler/Bornkamm*, UWG, § 4, Rz. 11. 58a.

649 BGH GRUR 2008, 881 (883).

650 MüKo-UWG/*Schaffert*, § 4 Nr. 11, Rz. 82.

651 *Gloy/Loschelder/Erdmann/Hasselblatt*, § 58, Rz. 43; *Köhler/Bornkamm*, UWG, § 3, Rz. 149; KG GRUR 2007, 515 (516).

652 *Köhler/Bornkamm*, UWG, § 3, Rz. 149; BGH GRUR 2006, 82 (86) - Betonstahl.

653 BGH GRUR 2008, 186; vgl. dazu auch *Fezer*, WRP 2010, 577 (582); *Fezer/Fezer*, UWG, § 3, Rz. 105 f., der im B2C-Bereich den Begriff der so genannten Verbraucherentscheidungsrelevanz einführt.

654 *von Jagow*, FS Doepner, S. 21 (25, 27).

ohne Zulassung stellt laut BGH ein nach § 4 Nr. 11 UWG unlauteres Marktverhalten dar, das, da insoweit die Gesundheit der Verbraucher auf dem Spiel steht, auch gemäß § 3 UWG immer erheblich ist⁶⁵⁵. Das gleiche gilt bei Verstößen gegen Vorschriften zum Schutz der Sicherheit der Verbraucher⁶⁵⁶. Die Spürbarkeit der Beeinträchtigung kann formelhaft begründet werden. Nähere Erwägungen sind nur nötig, wenn Zweifel an der Erheblichkeit angezeigt sind⁶⁵⁷.

3. Zusammenfassung

Der Begriff der Spürbarkeit sollte weit ausgelegt werden. Ihr Vorliegen kann in den meisten Fällen vermutet werden, es sei denn, es treten besondere Umstände zu Tage, aus denen sich zum Beispiel ergibt, dass sich der Verbraucher auch ohne die geschäftliche Handlung genauso entschieden hätte. Insgesamt soll die Spürbarkeitserfordernis die Verfolgung von Bagatellverstößen im Sinne der Prozessökonomie verhindern.

VII. Konkurrenzen

Wie an mehreren Stellen schon beschrieben ermöglicht es der Rechtsbruchtatbestand, dass ein Zuwiderhandeln gegen eine gesetzliche Vorschrift doppelt sanktioniert wird⁶⁵⁸. Die meisten Normen, die für § 4 Nr. 11 UWG in Frage kommen, sehen eine spezialgesetzliche Sanktion vor. Diese richtet sich gegen den Normverstoß. Die zusätzliche Sanktion nach §§ 8, 9 i. V. m. §§ 3, 4 Nr. 11 UWG sanktioniert, dass die Missachtung der gesetzlichen Vorschrift auch negative Auswirkungen auf den lautereren Wettbewerb mit sich bringt⁶⁵⁹.

1. Mehrere Ansprüche nebeneinander

Auch wenn Normen in Verbindung mit einer anderen Vorschrift die gleiche Sanktion wie der Verstoß gegen § 4 Nr. 11 UWG vorsehen, wie etwa § 823 Abs. 2 BGB oder § 134 BGB, bestehen die Ansprüche nebeneinander⁶⁶⁰. Dies gilt auch für die Konkurrenz der Anspruchsgrundlagen innerhalb des

655 BGH GRUR 2007, 775 (778) - Atemtest.

656 Köhler/Bornkamm, UWG, § 4, Rz. 11.58a.

657 Ullmann jurisPK-UWG/Ullmann, § 3, Rz. 75.

658 Rittner/Kulka § 3, Rz. 218.

659 Köhler/Bornkamm, UWG, § 4, Rz. 11.8.

660 Ullmann jurisPK-UWG/Link, § 4 Nr. 11, Rz. 51; Köhler/Bornkamm, UWG, § 4, Rz. 11.182, 184.

UWG. Bei einem Verstoß gesetzlicher Informationspflichten ist der Rechtsbuchtatbestand ebenfalls neben dem Tatbestand der Irreführung durch Unterlassen nach § 5a UWG verwirklicht⁶⁶¹. Die Rechtsfolgen ergeben sich gleichermaßen aus den §§ 8 ff. UWG. Ebenso stehen bei einem Verstoß eines Unternehmers gegen die Pflicht der BGB-Informationspflichten-Verordnung (BGB-InfoV) Unterlassungsansprüche aus dem Unterlassungsklagegesetz (UKlaG) und dem UWG nebeneinander⁶⁶². Eine echte Konkurrenzsituation ist dabei nicht gegeben, da durch die verschiedenen Ansprüche jeweils andere Anspruchsberechtigte legitimiert werden.

Die Rechtsfolgen des UWG fallen insbesondere neben den Rechtsfolgen der spezialgesetzlichen Normen ins Gewicht, wenn sie sich von ihnen unterscheiden. So ist eine Zuwiderhandlung gegen die Preisangabenverordnung (PAngV) eine Ordnungswidrigkeit und wird nach § 3 Abs. 1 Nr. 2 i. V. m. Abs. 2 Wirtschaftsstrafgesetz (WiStG) mit Geldbuße geahndet. Nach dem UWG kann zusätzlich dazu ein Anspruch auf Unterlassen, Schadensersatz oder Gewinnabschöpfung geltend gemacht werden.

2. Abschließende Sanktionssysteme

Bei Marktverhaltensregeln, die ein in sich geschlossenes Sanktionssystem aufweisen, tritt § 4 Nr. 11 UWG im Wege der Anspruchskonkurrenz zurück⁶⁶³. Als abschließende Regelung gilt unter anderem das Buchpreisbindungsgesetz⁶⁶⁴, die Bestimmungen des Sozialrechts⁶⁶⁵ und die Kartellrechtsnormen §§ 1-96 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB)⁶⁶⁶, sowie Verstöße gegen das Markengesetz⁶⁶⁷ und § 44 des Telekommunikationsgesetzes⁶⁶⁸.

661 Köhler/Bornkamm, UWG, § 4, Rz. 11.157a ff.

662 Palandt/Grüneberg, Einf BGB-InfoV 1, Rz. 13.

663 Ullmann jurisPK-UWG/Link, § 4 Nr. 11, Rz. 53.

664 Ullmann jurisPK-UWG/Link, § 4 Nr. 11, Rz. 54; Köhler/Bornkamm, UWG, § 4, Rz. 11.13, 11.141; a. A. Nordemann, S. 257 (Rz. 1746).

665 Ullmann jurisPK-UWG/Link, § 4 Nr. 11, Rz. 54; Köhler/Bornkamm, UWG, § 4, Rz. 11.11; Nordemann, S. 256 (Rz. 1718).

666 Ullmann jurisPK-UWG/Link, § 4 Nr. 11, Rz. 55; Köhler/Bornkamm, UWG, § 4, Rz. 11.12.

667 Ullmann jurisPK-UWG/Link, § 4 Nr. 11, Rz. 57; Köhler/Bornkamm, UWG, § 4, Rz. 11.14.

668 Köhler/Bornkamm, UWG, § 4, Rz. 11.14a.

Nicht abschließend sanktioniert sind demgegenüber Vorschriften des Vergaberechts §§ 97 ff. GWB, des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes (AGG) und des Unterlassungsklagegesetzes (UKlaG)⁶⁶⁹.

Dass die wettbewerbsrechtlichen Sanktionen gegebenenfalls auch eintreten können, wenn die Spezialnormen mangels subjektiver Merkmale die Voraussetzungen für eine Sanktion noch nicht erfüllen, hat die Untersuchung des Tatbestandsmerkmals Zuwiderhandeln ergeben. Praktische Anwendungsfälle dieser Art sind jedoch selten, weil die Mehrzahl der gesetzlichen Vorschriften, die das Marktverhalten regeln, keinen Vorsatz oder Kenntnis verlangen. Ein Beispiel für eine Marktverhaltensregel, bei der originär im StGB Vorsatz und Schuld vorausgesetzt werden müssen, ist die Bestechlichkeit nach § 299 StGB⁶⁷⁰. Allein das Vorliegen der objektiven Merkmale wäre dann nach § 4 Nr. 11 UWG schon relevant.

5. Kapitel: Fallbeispiel zur Veranschaulichung der Ergebnisse

Im Folgenden soll veranschaulicht werden, wie sich der Tatbestand des Rechtsbruchs nach der Neukonzeption in § 4 Nr. 11 UWG und der Umsetzung der UGP-Richtlinie im UWG präsentiert.

I. Einführung

Anhand des folgenden Beispielfalles wird deutlich, dass dem § 4 Nr. 11 UWG – jeweils bei einem Zuwiderhandeln gegen verschiedene Marktverhaltensregeln aus dem Lebensmittel- und Futtermittelgesetzbuch (LFGB) – unterschiedliche Bedeutungen zukommen, je nach dem, ob der Anwendungsbereich der UGP-Richtlinie eröffnet ist.

⁶⁶⁹ Köhler/Bornkamm, UWG, § 4, Rz. 11.15-17.

⁶⁷⁰ Köhler/Bornkamm, UWG, § 4, Rz. 11.175; Ullmann jurisPK-UWG/Ullmann, Einl, Rz. 149.

II. Sachverhalt: „Wasserbehandlung“⁶⁷¹

Die Beklagte vertreibt und bewirbt verschiedene als Wasseraufbereitungsgeräte bezeichnete technische Anlagen, die u. a. das Wasser an Magnetfeldern zur Verwirbelung vorbeileiten. In der Werbung für die Geräte wird von der Beklagten behauptet, dass die Verwendung des aufbereiteten Wassers dazu führe, dass gesundheitsfördernde und kosmetische Effekte hervorgerufen werden – konkret würde sich die Hautstruktur bei Hautproblemen wie Neurodermitis und Schuppenflechte nach regelmäßigem Duschen nach kurzer Zeit deutlich verbessern.

Die Beklagte bezieht sich in ihrer Werbung auf nicht näher beschriebene wissenschaftliche Erkenntnisse, sowie auf einen amerikanischen Wissenschaftler und einen japanischen Arzt, die dem aufbereiteten Wasser besondere heilende Effekte zuschreiben würden. („*Wir nutzen u.a. die Erkenntnisse querdenkender Naturforscher, die erfreulicherweise auch bei der etablierten Wissenschaft mehr und mehr zum Selbstverständnis führen.*“) und macht sich Erfahrungsberichte von Verwendern des aufbereiteten Wassers zu eigen.

Tatsächlich waren sämtliche von der Beklagten behaupteten Effekte der verschiedenen Arten der Wasseraufbereitung wissenschaftlich nicht gesichert. Mehrere Sachverständigengutachten, wissenschaftliche Aufsätze und Testberichte haben im Gegenteil belegt, dass sich an den Eigenschaften und den Anwendungswirkungen des Wassers durch die verschiedenen Aufbereitungsarten nichts ändert.

671 Vgl. ähnliche Entscheidung des LG Bielefeld 6. Kammer für Handelssachen vom 18.04.2009, AZ: 15 O 221/08, (Quelle: juris Das Rechtsportal; MD 2010, 338 ff.).

III. Subsumtion

1. § 5 Abs. 1 Nr. 1 UWG⁶⁷²

Zunächst könnte die Beklagte gegen das Irreführungsverbot nach § 5 Abs. 1 Nr. 1 UWG verstoßen haben. Da hier die im Anschluss daran folgende Prüfung des § 4 Nr. 11 UWG im Mittelpunkt der Betrachtung steht, wird die Subsumtion von § 5 UWG in der Kürze dargestellt.

a) Voraussetzungen

Voraussetzung für eine irreführende geschäftliche Handlung nach § 5 Abs. 1 Nr. 1 UWG ist im vorliegenden Fall, dass die Beklagte unwahre oder sonstige zur Täuschung geeignete Angaben über die von der Verwendung zu erwartenden Ergebnisse des aufbereiteten Wassers gemacht hätte.

Die Behauptung der Beklagten, dass die Methoden und Wirkungen ihrer Wasseraufbereitungsanlagen wissenschaftlich anerkannt sind, stellt eine unwahre Angabe dar. Denn die von der Beklagten ignorierten Testergebnisse haben ergeben, dass im Hinblick auf die gesundheitsfördernde Wirkung des aufbereiteten Wassers für die Haut die Beklagte durch den Verweis auf wissenschaftliche Untersuchungen irreführende Angaben gemacht hat. Sind gesundheitsfördernde Wirkungen eines Produkts wissenschaftlich umstritten, verbietet sich die Werbung mit wissenschaftlichen Erkenntnissen ganz⁶⁷³. Selbst eine bedeutende Mindermeinung reicht als Absicherung nicht aus⁶⁷⁴.

b) Ergebnis und Rechtsfolgen

Die Voraussetzungen einer irreführenden geschäftlichen Handlung nach § 5 Abs. 1 Nr. 1 UWG ist gegeben, somit besteht ein Anspruch auf Unterlassen der Werbung nach § 8 Abs. 1 UWG.

672 UWG § 5 Abs. 1 Nr. 1 Irreführende geschäftliche Handlung

(1) Unlauer handelt, wer eine irreführende geschäftliche Handlung vornimmt. Eine geschäftliche Handlung ist irreführend, wenn sie unwahre Angaben enthält oder sonstige zur Täuschung geeignete Angaben über folgende Umstände enthält:

1. die wesentlichen Merkmale der Ware oder Dienstleistung wie Verfügbarkeit, Art, Ausführung, Vorteile, Risiken, Zusammensetzung, Zubehör, Verfahren oder Zeitpunkt der Herstellung, Lieferung oder Erbringung, Zwecktauglichkeit, Verwendungsmöglichkeit, Menge, Beschaffenheit, Kundendienst und Beschwerdeverfahren, geographische oder betriebliche Herkunft, von der Verwendung zu erwartende Ergebnisse oder die Ergebnisse oder wesentlichen Bestandteile von Tests der Waren oder Dienstleistungen.

673 Köhler/Bornkamm, UWG, § 5, Rz. 4.183.

674 Köhler/Bornkamm, UWG, § 5, Rz. 4.183.

2. § 4 Nr. 11 UWG

Folgende spezialgesetzlichen Vorschriften müssen i. V. m. § 4 Nr. 11 UWG überprüft werden. § 11 LFGB⁶⁷⁵ verbietet es, Lebensmittel in täuschender Art und Weise zu bewerben oder in den Verkehr zu bringen. § 12 LFGB⁶⁷⁶ verbiete im Verkehr mit Lebensmitteln krankheitsbezogene Werbung. § 27 LFGB⁶⁷⁷ verbietet es, kosmetische Mittel in täuschender Art und Weise zu bewerben oder in den Verkehr zu bringen. §§ 33 LFGB⁶⁷⁸ verbietet es, für

675 LFGB § 11 Vorschriften zum Schutz vor Täuschung

(1) Es ist verboten, Lebensmittel unter irreführender Bezeichnung, Angabe oder Aufmachung in den Verkehr zu bringen oder für Lebensmittel allgemein oder im Einzelfall mit irreführenden Darstellungen oder sonstigen Aussagen zu werben. Eine Irreführung liegt insbesondere dann vor, wenn

1. bei einem Lebensmittel zur Täuschung geeignete Bezeichnungen, Angaben, Aufmachungen, Darstellungen oder sonstige Aussagen über Eigenschaften, insbesondere über Art, Beschaffenheit, Zusammensetzung, Menge, Haltbarkeit, Ursprung, Herkunft oder Art der Herstellung oder Gewinnung verwendet werden,
2. einem Lebensmittel Wirkungen beigelegt werden, die ihm nach den Erkenntnissen der Wissenschaft nicht zukommen oder die wissenschaftlich nicht hinreichend gesichert sind,
3. zu verstehen gegeben wird, dass ein Lebensmittel besondere Eigenschaften hat, obwohl alle vergleichbaren Lebensmittel dieselben Eigenschaften haben,
4. einem Lebensmittel der Anschein eines Arzneimittels gegeben wird.

676 LFGB § 12 Verbot der krankheitsbezogenen Werbung

(1) Es ist verboten, beim Verkehr mit Lebensmitteln oder in der Werbung für Lebensmittel allgemein oder im Einzelfall

1. Aussagen, die sich auf die Beseitigung, Linderung oder Verhütung von Krankheiten beziehen,
2. Hinweise auf ärztliche Empfehlungen oder ärztliche Gutachten,
3. Krankengeschichten oder Hinweise auf solche,
4. Äußerungen Dritter, insbesondere Dank-, Anerkennungs- oder Empfehlungsschreiben, soweit sie sich auf die Beseitigung oder Linderung von Krankheiten beziehen, sowie Hinweise auf solche Äußerungen,
5. bildliche Darstellungen von Personen in der Berufskleidung oder bei der Ausübung der Tätigkeit von Angehörigen der Heilberufe, des Heilgewerbes oder des Arzneimittelhandels,
6. Aussagen, die geeignet sind, Angstgefühle hervorzurufen oder auszunutzen,
7. Schriften oder schriftliche Angaben, die dazu anleiten, Krankheiten mit Lebensmitteln zu behandeln, zu verwenden.

677 LFGB § 27 Vorschriften zum Schutz vor Täuschung

(1) Es ist verboten, kosmetische Mittel unter irreführender Bezeichnung, Angabe oder Aufmachung in den Verkehr zu bringen oder für kosmetische Mittel allgemein oder im Einzelfall mit irreführenden Darstellungen oder sonstigen Aussagen zu werben. Eine Irreführung liegt insbesondere dann vor, wenn

1. einem kosmetischen Mittel Wirkungen beigelegt werden, die ihm nach den Erkenntnissen der Wissenschaft nicht zukommen oder die wissenschaftlich nicht hinreichend gesichert sind,
2. durch die Bezeichnung, Angabe, Aufmachung, Darstellung oder sonstige Aussage fälschlich der Eindruck erweckt wird, dass ein Erfolg mit Sicherheit erwartet werden kann,
3. zur Täuschung geeignete Bezeichnungen, Angaben, Aufmachungen, Darstellungen oder sonstige Aussagen über
 - a) die Person, Vorbildung, Befähigung oder Erfolge des Herstellers, Erfinders oder der für sie tätigen Personen,
 - b) Eigenschaften, insbesondere über Art, Beschaffenheit, Zusammensetzung, Menge, Haltbarkeit, Herkunft oder Art der Herstellung verwendet werden,
4. ein kosmetisches Mittel für die vorgesehene Verwendung nicht geeignet ist.

678 LFGB § 33 Vorschriften zum Schutz vor Täuschung

(1) Es ist verboten, Materialien oder Gegenstände im Sinne des § 2 Abs. 6 Satz 1 Nr. 1 unter irreführender Bezeichnung, Angabe oder Aufmachung in den Verkehr zu bringen oder beim Verkehr

Bedarfsgegenstände, die dazu bestimmt sind, mit Lebensmitteln in Kontakt zu kommen, mit irreführenden Darstellungen oder Aussagen zu werben.

a) Voraussetzungen

Fraglich ist, ob §§ 11, 12, 27 und 33 LFGB Marktverhaltensregeln darstellen. Voraussetzungen dafür sind, dass es sich um gesetzliche Vorschriften handelt, aus denen hervorgeht, dass der Gesetzgeber mit ihnen ein konkretes Verhalten regeln, also anordnen oder verbieten wollte. Außerdem müssen sich die Regelungen auf ein Marktverhalten beziehen, das nach der oben entwickelten Definition im Sinne des § 4 Nr. 11 UWG jedes Verhalten auf dem Markt ist, das ein Marktteilnehmer mit Außenwirkung gegenüber einem oder mehreren anderen Marktteilnehmern vornimmt, mit dem Ziel oder der Wirkung, den Absatz oder Bezug von Waren oder Dienstleistungen, sowie die Durchführung von Verträgen mittels kommunikativer Mittel zu beeinflussen. Die Beklagte müsste durch eine geschäftliche Handlung nach § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG gegen diese Vorschriften zuwidergehandelt haben, die nach § 3 Abs. 1 UWG dazu geeignet war, die Interessen von Marktteilnehmern spürbar zu beeinträchtigen.

aa) Gesetzliche Vorschrift

Bei den zitierten Vorschriften aus dem LFGB handelt es sich um gesetzliche Vorschriften, die klare Verbote für bestimmte Verhaltensweisen enthalten. Das bedeutet, dass ein Verhalten geregelt wird im engeren Sinne nach § 4 Nr. 11 UWG.

bb) Marktverhaltensregel

Außerdem betreffen sie das Marktverhalten. Denn das Werben und Inverkehrbringen der Wasseraufbereitungsanlagen erfolgt objektiv dazu, um den Absatz der Produkte auf dem Markt zu fördern.

dd) Zuwiderhandeln

Die Beklagte müsste den Vorschriften aus dem LFGB zuwidergehandelt haben. Die Beklagte hat bei der Werbung Effekte und Wirkungen der

mit solchen Bedarfsgegenständen hierfür allgemein oder im Einzelfall mit irreführenden Darstellungen oder sonstigen Aussagen zu werben.

Wasseraufbereitung durch ihre technischen Anlagen angepriesen, die nachgewiesenermaßen nicht eintreten. Somit hat sie irreführende Angaben über die beworbenen Anlagen gemacht, die dazu bestimmt sind mit Wasser in Berührung zu kommen, das danach innerlich oder äußerlich dem Körper zugeführt werden soll. Eine Zuwiderhandlung gegen § 33 Abs. 1 LFGB ist gegeben.

Fraglich ist, ob die Beklagte darüber hinaus auch nach § 11 Abs. 1 Nr. 1 LFGB zuwider gehandelt hat. Auch wenn die Beklagte in erster Linie ihre Anlagen bewerben wollte hat sie darüber hinaus auch das Lebensmittel Wasser in der aufbereiteten Form beworben. Nach § 11 Abs. 1 Nr. 1 LFGB reicht es jedoch aus, dass für ein bestimmtes Lebensmittel geworben wird. Der Tatbestand setzt nicht gleichzeitig voraus, dass dieses Lebensmittel auch von dem Werbenden in den Verkehr gebracht werden muss. Das Werben und das in Verkehr bringen stellen zwei Alternativen des Tatbestands dar. In der Regel werden beide Alternativen oft zusammen vorliegen. Nach dem Wortlaut der Vorschrift ist dies aber nicht geboten. Ein Zuwiderhandeln gegen § 11 Abs. 1 LFGB liegt somit vor, da die Beklagte irreführende Angaben über die Wirkung des aufbereiteten Wassers in ihrer Werbung verwendet hat. Mehrere Untersuchungen haben erwiesen, dass sich weder die Wasserstruktur noch die Wirkung des Lebensmittels durch die Aufbereitung mit den Anlagen der Beklagten verändert.

Durch die nicht erwiesenen Angaben über die heilenden Wirkungen des aufbereiteten Wassers bei Hautkrankheiten hat die Beklagte darüber hinaus gegen das Verbot der krankheitsbezogenen Werbung nach § 12 Abs. 1 LFGB verstoßen. Ebenso ist ein Zuwiderhandeln gegen § 27 Abs. 1 Nr. 1 LFGB darin zu sehen, dass die Beklagte dem Wasser kosmetische Wirkungen zuschreibt, die in Wahrheit nicht nachgewiesen werden können.

ee) Spürbarkeit

Die Angaben der Beklagten sind geeignet, die Marktteilnehmer in die Irre zu führen und sich spürbar auf ihre Entscheidungen auf dem Markt auszuwirken. Insbesondere, weil die Beklagte die Wirkungen nicht einfach behauptet hat, sondern sich auf wissenschaftliche Belege berufen hat, die geeignet sind, die Marktteilnehmer von der Richtigkeit der Angaben in der Werbung zu überzeugen.

b) Ergebnis und Stellungnahme

Ein Verstoß nach §§ 3, 4 Nr. 11 UWG i. V. m. §§ 11 Abs.1, 12 Abs. 1, 27 Abs. 1 Nr. 1. 33 Abs. 1 Nr. 1 LFGB ist gegeben. Ein Anspruch auf Unterlassen der Werbung nach § 8 Abs. 1 UWG hat Aussicht auf Erfolg.

An diesem Fall wird deutlich, dass § 4 Nr. 11 UWG neben § 5 Abs. 1 Nr. 1 UWG anwendbar ist und daraus keine weiteren Rechtsfolgen erwachsen. Im Anwendungsbereich der UGP-Richtlinie ist er somit von nachrangiger Bedeutung.

IV. Abwandlung

In der Abwandlung will die Beklagte das aufbereitete Wasser in Flaschen in den Verkehr bringen und wirbt unter anderem damit, dass sie behauptet, dass das Trinken des aufbereiteten Wassers schon in mehreren Fällen dazu geführt hat, dass Hautkrankheiten gelindert werden. Kunden der Beklagten hätten diese Beobachtungen gemacht und der Beklagten in Erfahrungsberichten mitgeteilt. In der Werbung der Beklagten wird aber hervorgehoben, dass trotz dieser Erfahrungen Vertreter der Schulmedizin diese Effekte weitgehend bestreiten und die naturmedizinischen Erklärungen als unhaltbar bewerten.

1. Keine Irreführung

Eine Irreführung nach § 5 Abs. 1 Nr. 1 UWG scheidet hier aus, da die Beklagte in ihrer Werbung die Wirkung des aufbereiteten Wassers nicht entgegen der Tatsachen als wissenschaftlich erwiesen darstellt. Der mündige Verbraucher erfährt aus der Werbung, dass es ihm überlassen bleibt, den Zusammenhang mit der Anwendung des aufbereiteten Wassers bei der Linderung von Hautkrankheiten zu glauben oder nicht. Er wird er sich nicht auf ein Versprechen der Beklagten verlassen, dass seine Neurodermitis durch regelmäßiges Trinken des aufbereiteten Wasser geheilt wird.

2. Rechtsbruchtatbestand

Wegen der fehlenden Irreführung ist der Tatbestand des § 11 Abs. 1 LFGB nicht erfüllt. Denn in der Werbung der Beklagten wurde nicht behauptet, dass die Wirkungen wissenschaftlich erwiesen seien. Jedoch kommt ein

Verstoß gegen § 12 Abs. 1 Nr. 1 LFGB in Betracht. Dort werden im Verkehr mit Lebensmitteln oder in der Werbung für Lebensmittel allgemein oder auch im Einzelfall Aussagen verboten, die sich auf die Beseitigung, Linderung oder Verhütung von Krankheiten beziehen⁶⁷⁹. Die Beklagte hat sich die Erfahrungsberichte der Kunden über die heilende Wirkung des Wassers zueigen gemacht und damit Aussagen über die heilende Wirkung des von ihr hergestellten Wassers in der Werbung verwendet⁶⁸⁰.

Dadurch hat die Beklagte einer Marktverhaltensregel in einer spürbaren Art und Weise zuwidergehandelt.

Der weiterreichende Schutz des UWG gegen einen Verstoß gegen eine Marktverhaltensregel verstößt nicht gegen das Unionsrecht, das die Vollharmonisierung des Lauterkeitsrechts im Verhältnis zwischen Unternehmern und Verbrauchern vorsieht⁶⁸¹. Denn nach Art. 3 Abs. 3 UGP-Richtlinie gehört der Gesundheitsschutz ausdrücklich nicht in den Anwendungsbereich der UGP-Richtlinie. Es bleibt weiterhin die Aufgabe der Mitgliedsstaaten, den Gesundheitsschutz durch nationale Vorschriften zu regeln. Dementsprechend bezweckt § 1 LFGB die Abwehr von Gefahren für die menschliche Gesundheit, die von Lebensmitteln, Futtermitteln, kosmetischen Mitteln und Bedarfsgegenständen ausgehen können.

V. Zusammenfassung

Der Fall und seine Abwandlung machen verschiedene Dinge deutlich: Hinsichtlich des Verstoßes gegen § 11 LFGB i. V. m. § 4 Nr. 11 UWG ergibt sich, dass die Interessen der Verbraucher und der anderen Marktteilnehmer auch ohne den Rückgriff auf den Rechtsbruchtatbestand vollumfänglich wegen des Verbots der Irreführung nach § 5 UWG einen Anspruch auf Unterlassen der Werbung hätten. Hinsichtlich des § 12 LFGB ist die Situation eine andere. Denn die Vorschrift bestimmt unabhängig davon, ob die behaupteten Äußerungen in der Werbung wahr oder unwahr sind, dass krankheitsbezogene Aussagen verboten sind.

⁶⁷⁹ Vgl. § 12 Abs. 1 Nr. 1 LFGB.

⁶⁸⁰ Vgl. § 12 Abs. 1 Nr. 3, 4 LFGB.

⁶⁸¹ Harte/Henning/Glückner, UWG, Vorb, Rz. 12.

Im Ausgangsfall hat somit der Rechtsbruchtatbestand innerhalb des Anwendungsbereichs der UGP-Richtlinie keine eigene Bedeutung. Eine wichtige Rolle spielt er jedoch im aus der UGP-Richtlinie herausgenommenen Anwendungsbereich des Gesundheitsschutzes. Dies führt in der Abwandlung dazu, dass neben den Strafvorschriften §§ 59-62 LFGB ein Zuwiderhandeln gegen Marktverhaltensregeln aus dem LFGB auch wettbewerbsrechtliche Sanktionen aus dem UWG eintreten lassen.

6. Kapitel: Zusammenfassung

Die dogmatische Untersuchung des § 4 Nr. 11 UWG hat folgende Ergebnisse hervorgebracht:

I. Beschränkter Anwendungsbereich des § 4 Nr. 11 UWG im B2C-Bereich

Es hat sich gezeigt, dass eine unlautere geschäftliche Handlung nach § 4 Nr. 11 UWG im Verhältnis zwischen Unternehmern und Verbrauchern nur noch begründet werden kann, wenn eine Marktverhaltensregelung missachtet wird, die auch den Gesundheitsschutz und die Vorschriften über reglementierte Berufe betrifft. In allen anderen Fällen, kann § 4 Nr. 11 UWG neben der UGP-Richtlinie keine zusätzlichen unlauteren geschäftlichen Handlungen begründen.

Im Verhältnis zwischen Mitbewerbern und Unternehmern ist § 4 Nr. 11 UWG, solange die unionsrechtliche Harmonisierung der unlauteren Geschäftspraktiken zwischen Unternehmern nicht erfolgt, ein wichtiger Tatbestand für den Mitbewerberschutz.

II. Relevante Tatbestandsmerkmale

Die Merkmale der geschäftlichen Handlung und der Spürbarkeit sind in den Tatbestand des § 4 Nr. 11 UWG hinein zu lesen. Die Unlauterkeit muss demgegenüber nicht gesondert neben den anderen Tatbestandsmerkmalen überprüft werden. Zur Vermeidung von

Wertungswidersprüchen ist die richtlinienkonforme Auslegung nach der UGP-Richtlinie dabei immer zu beachten.

III. Objektive Betrachtungsweise

Alle Tatbestandsmerkmale müssen nach der funktionsorientierten Auslegung objektiv betrachtet werden.

IV. Marktverhaltensregelung

Die zentrale Frage des § 4 Nr. 11 UWG ist, ob eine Marktverhaltensregelung gegeben ist. In erster Linie kommt es dabei darauf an, dass aus der Vorschrift die gesetzgeberische Intention hervorgeht, eine Regelung im engeren Sinn, also ein Gebot oder Verbot, für das Verhalten eines oder verschiedener Marktteilnehmer anzuordnen. Das Marktverhalten im Sinne des § 4 Nr. 11 UWG ist jedes Verhalten auf dem Markt, das ein Marktteilnehmer mit Außenwirkung gegenüber einem oder mehreren anderen Marktteilnehmern vornimmt, mit dem Ziel oder der Wirkung, den Absatz oder Bezug von Waren oder Dienstleistungen, sowie die Durchführung von Verträgen mittels kommunikativer Mittel zu beeinflussen. Das Marktverhalten und die Interessen der Marktteilnehmer sind nur relevant, wenn sie in einer gesetzlichen Vorschrift geregelt sind. Andere Interessen und Verhaltensweisen von Marktteilnehmern, die nicht in gesetzlichen Vorschriften geregelt sind, können bei der Prüfung des § 4 Nr. 11 UWG vernachlässigt werden.

V. Ausblick

Die Darstellung der Neukonzeption darf auch im Hinblick auf die Rechtsentwicklung nur als Momentaufnahme oder Zwischenbilanz verstanden werden. Denn die Rechtsentwicklung ist durch die Kodifizierung nicht an einem Schlusspunkt angekommen, sondern an einem neuen Ausgangspunkt. Es bleibt weiterhin die Aufgabe der Literatur und Rechtsprechung, den Rechtsbruchtatbestand weiterzuentwickeln und an das Bedürfnis der Marktteilnehmer nach einem lauterem Wettbewerb anzupassen.

Es bleibt abzuwarten, wann die Harmonisierung des Lauterkeitsrechts im B2B-Bereich unionsrechtlich erfolgen wird und ob der Rechtsbruchtatbestand darin aufgenommen wird.