

Fachbereich Rechtswissenschaft

Arbeitspapier Nr. 6/2015

Die Ökonomisierung der Gesellschaft und der Anwendungsbereich des Wirtschaftsrechts

Alexander Peukert^{*}

Erschienen in: Fachbereich Rechtswissenschaft der Goethe-Universität Frankfurt/M. (Hrsg.), 100 Jahre Rechtswissenschaft in Frankfurt, 2014, S. 591-604

Zitiervorschlag: Peukert, Die Ökonomisierung der Gesellschaft und der Anwendungsbereich des Wirtschaftsrechts, Arbeitspapier des Fachbereich Rechtswissenschaft der Goethe-Universität Frankfurt/M. Nr. 6/2015, Rn.

Zusammenfassung: Die These des Beitrags lautet, dass die Ausweitung des Anwendungsbereichs zentraler Materien des Wirtschaftsrechts Ausdruck und weiterer Treiber einer generellen Ökonomisierung der Gesellschaft ist. Hierbei handelt es sich um die Generalisierung ökonomischer, effizienzorientierter Denk- und Handlungsmuster zu einem Analyse- und Bewertungsprinzip für sämtliche sozialen Beziehungen. Zur Überprüfung dieser These sollen die Grenzen des Anwendungsbereichs des Marktverhaltens- und Unternehmensrechts abgeschritten werden. Die kritisch-normative Pointe geht dahin, vom Wirtschaftsrecht mehr Reflexivität zu verlangen: Es muss die nicht genuin ökonomischen Gründe für die Begrenztheit seines Regulierungsanspruchs in seine Tatbestandsvoraussetzungen integrieren.

^{*} Prof. Dr. iur., Goethe-Universität Frankfurt am Main, Exzellenzcluster „Die Herausbildung normativer Ordnungen“, a.peukert@jur.uni-frankfurt.de.

I. Spendenwerbung: Ein Fall für das UWG?

- 1 2007 standen sich vor dem Landgericht Köln zwei gemeinnützige Organisationen gegenüber, die Spenden zur Behandlung von Kindern mit einer angeborenen Lippen-Kiefer-Gaumenspalte sammelten.¹ Die Klägerin machte geltend, die Beklagte führe potentielle Spender unter anderem dadurch in die Irre, dass sie in Rundbriefen und auf ihrer Internetseite wahrheitswidrig angebe, das Finanzamt habe ihr einen sehr sparsamen Umgang mit Spendengeldern bestätigt. Als Mitbewerberin sei die Klägerin befugt, die Unterlassung solch unlauteren Wettbewerbs zu verlangen.
- 2 Nachdem die Klägerin im Verfügungsverfahren erfolgreich gewesen war, wies das Landgericht Köln die anschließende Hauptsacheklage ab. Die Beklagte verstoße schon deshalb nicht gegen das UWG, weil sie nicht im wirtschaftlichen Wettbewerb auf einem Produktmarkt gehandelt habe. Die Spendenaufrufe und das Versprechen an die Spender, mit dem Geld konkrete Projekte gemeinnütziger Art durchzuführen, stellten sich nicht als entgeltliche Dienstleistung eines Unternehmers dar, sondern seien Leistungen zu Gunsten eines Dritten, die dem Spendenwerber schenkweise überlassen würden.²
- 3 In der Literatur wird diese herkömmliche Auffassung zunehmend kritisiert. Das UWG sei jedenfalls auf Spendenaufrufe solcher Organisationen anzuwenden, deren Mitarbeiter nicht rein ehrenamtlich tätig werden, sondern aus dem Spendenaufkommen vergütet werden. Aus wirtschaftlicher Sicht werde in dieser Konstellation eine Dienstleistung gegen Entgelt erbracht. Die Spende sei nämlich das Entgelt für die Vermittlung eines guten Gefühls. Auf dem hart umkämpften Spendenmarkt herrsche zudem ein Sanktionsdefizit. Folglich seien Spendenorganisationen und klagebefugte Verbände berechtigt, gegen unlauter aggressive und irreführende Spendenwerbung vorzugehen.³
- 4 Die an diesem Streitfall exemplifizierte These des folgenden Beitrags lautet, dass die Ausweitung des Anwendungsbereichs zentraler Materien des Wirt-

¹ Vgl. LG Köln, GRUR-RR 2008, 198 f.

² Ebenso BVerfGE 24, 236, 237 – Aktion Rumpelkammer; LG Berlin WRP 2012, 237, 238 f. – Gemeinnütziges Festival.

³ Voigt, Spendenwerbung - ein Fall für das Lauterkeitsrecht?, GRUR 2006, 466 ff.; Köhler, Spendenwerbung und Wettbewerbsrecht, GRUR 2008, 281 ff.; Sosnitzer, in: Piper/Ohly/Sosnitzer, UWG, 5. A. 2010, § 2 Rn. 39; Emmerich, Unlauterer Wettbewerb, 8. A. 2009, § 3 Rn. 17.

schaftsrechts Ausdruck und weiterer Treiber einer generellen Ökonomisierung der Gesellschaft ist. Hierbei handelt es sich um die Generalisierung ökonomischer, effizienzorientierter Denk- und Handlungsmuster zu einem Analyse- und Bewertungsprinzip für sämtliche sozialen Beziehungen.⁴ Zur Überprüfung dieser These sollen die Grenzen des Anwendungsbereichs des Marktverhaltens- und Unternehmensrechts abgeschritten werden. Die kritisch-normative Pointe geht dahin, vom Wirtschaftsrecht mehr Reflexivität zu verlangen: Es muss die nicht genuin ökonomischen Gründe für die Begrenztheit seines Regulierungsanspruchs in seine Tatbestandsvoraussetzungen integrieren.⁵

II. Der Anwendungsbereich des Wirtschaftsrechts

- 5 Mit der Frage nach dem Anwendungsbereich des Wirtschaftsrechts soll nicht an frucht- und aussichtslose Versuche angeknüpft werden, „Wirtschaft“ und „Wirtschaftsrecht“ abstrakt-theoretisch zu definieren.⁶ Vielmehr gilt es, die herrschende Rechtspraxis zu den Anwendungsvoraussetzungen wirtschaftsrechtlicher Regelungen nachzuzeichnen. Die Grenzziehung kann an den Objekten, den Subjekten und schließlich den einzelnen Handlungen, die dem Wirtschaftsrecht unterliegen, anknüpfen.

1. Objektbezogene Grenzen

- 6 Die Rechtsbegriffe zur Bezeichnung der Objekte, die im „Wirtschaftsleben“⁷ auf dem Markt gehandelt werden, heißen „Waren“ und „Dienstleistungen“. Auf die-

⁴ Zum Phänomen der Ökonomisierung aus unterschiedlichen Theorieperspektiven vgl. *Schmank/Volkman*, Ökonomisierung der Gesellschaft, in: Maurer (Hrsg.), Handbuch der Wirtschaftssoziologie, 2008, 382 ff.; *Lemke/Krasmann/Bröckling* (Hrsg.), Gouvernementalität der Gegenwart, 2000; *Kettner/Koslowski* (Hrsg.), Ökonomisierung und Kommerzialisierung der Gesellschaft. Wirtschaftsphilosophische Untersuchungen, 2011.

⁵ Allgemein *Teubner*, Reflexives Recht: Entwicklungsmodelle des Rechts in vergleichender Perspektive, ARSP 68 (1982), 13, 39 ff.

⁶ Zu diesem, für die Frankfurter Fakultät bzw. den Fachbereich im 20. Jahrhundert zentralen, inzwischen aber nur noch dogmenhistorisch interessanten Begriff vgl. *Wiethölter*, Artikel Wirtschaftsrecht, in: Görlitz (Hrsg.), Handlexikon zur Rechtswissenschaft, 1972, 531; *Kübler*, Wirtschaftsrecht in der Bundesrepublik Deutschland, Versuch einer wissenschaftshistorischen Bestandsaufnahme, in: Simon (Hrsg.), Rechtswissenschaft in der Bonner Republik, 1994, 364, 386 („Die Versuche, Wirtschaftsrecht systematisch als ein eigenständiges und abgrenzbares Rechtsgebiet neben oder zwischen privatem und öffentlichem Recht zu etablieren, sind offensichtlich überholt.“); monografisch ferner die Frankfurter Dissertation von *Zacher*, Die Entstehung des Wirtschaftsrechts in Deutschland, 2002.

⁷ Vgl. Art. 32 lit. d, 107 Abs. 3 lit. b AEUV; früher prominenter Art. 2 EG und dazu EuGH Rs. C-275/92, Slg. 1994 I, 1039 Rn. 19 – Schindler (Einfuhr von Waren und entgeltlichen Dienstleistungen).

se „Produkte“ bezieht sich das allgemeine Marktordnungsrecht in Gestalt der Grundfreiheiten und des Wettbewerbsrechts.⁸

7 Produkt in diesem Sinne ist, was unter Berücksichtigung wandelbarer Verkehrsauffassungen in der Regel gegen Entgelt angeboten und nachgefragt wird.⁹ Mit anderen Worten wird zur Ware bzw. Dienstleistung, was faktisch auf dem Markt gehandelt wird. Die normative Grundlage für diesen Verweis auf Praktiken der Kommodifizierung bildet die prinzipiell unbegrenzte wirtschaftliche Handlungsfreiheit der Marktteilnehmer, die grundsätzlich jedes Gut für eine wirtschaftliche Gegenleistung bereitstellen und so im Rechtssinne zum „Produkt“ küren dürfen.¹⁰ Sobald sie beispielsweise ihre weltanschaulichen Aktivitäten marktmäßig organisieren, unterliegen sie dem Marktverhaltensrecht.¹¹ Eine solche Kommodifizierung wird auch dann verwirtschaftsrechtlich, wenn es sich um ein neues, minoritäres Phänomen handelt. Denn die Waren- und Dienstleistungsfreiheit schützt den grenzüberschreitenden Binnenmarktzutritt bereits, wenn das betreffende Angebot in zumindest einem Mitgliedstaat legal ist. Dessen „liberale“ Verkehrsgewohnheiten und Gesetze setzen andernorts herrschende, restriktive Normvorstellungen unter permanenten Rechtfertigungsdruck. Dieser lässt sich nicht durch einen Verweis auf eine allgemeine „Sittenwidrigkeit“ oder „ethische Bedenklichkeit“ ehemals auch hierzulande verbotener kommerzieller Angebote etwa von Schwangerschaftsabbrüchen, Lotterien, Prostitution und von Laserdomen, in denen Tötungshandlungen simuliert werden, beantworten.¹² Vielmehr setzt eine Einschränkung der Grundfreiheiten und damit des Marktes unter dem Gesichtspunkt der öffentlichen Ordnung (Art. 36 AEUV) eine tatsächliche und hinreichend schwere Gefährdung eines

⁸ Siehe Art. 26 ff. AEUV, Art. 2 lit. c Richtlinie 2005/29 über unlautere Geschäftspraktiken (U-PRL), § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG; zum Begriff der wirtschaftlichen Tätigkeit im Kartellrecht nur etwa EuGH Rs. C-1/12, Slg. 2013, 0000 Rn. 36 – OTOC.

⁹ Zu den Grundfreiheiten *Leible/Streinzi*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, 51. Lieferung 2013, Art. 34 AEUV Rn. 28 ff. m.w.N. Zum UWG *Peukert*, in: Teplitzky/Peifer/Leistner (Hrsg.), Großkommentar UWG, 2. A. 2014, § 2 Rn. 111 ff. m.w.N.

¹⁰ Art. 2 Abs. 1, 12 Abs. 1 GG; Art. 16, 52 Abs. 1 GRC; Art. 26 Abs. 2 AEUV.

¹¹ Zu den Grundfreiheiten EuGH Rs. C-196/87, Slg. 1988, 6159 Rn. 9 – Udo Steymann; *Kluth*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, 4. A. 2011, Art. 57 AEUV Rn. 11 ff.

¹² Siehe *Frenz*, Handbuch Europarecht, Band 1, 2. Aufl. 2012, Rn. 2211 ff. m.w.N. sowie EuGH Rs. C-159/90, Slg. 1991, I-4685 Rn. 19-21 – The Society for the Protection of Unborn Children Ireland. Anders für Prostitution noch BVerwGE 60, 284, 289 (1980) („Eine solche mit der Menschenwürde nicht zu vereinbarende Art der Erzielung von Einkünften ... ist, wie sich von selbst versteht, nicht Gegenstand der Wirtschaftspolitik und Teil des Wirtschaftslebens, zu dessen harmonischer Entwicklung und Ausweitung die Europäische Wirtschaftsgemeinschaft gegründet worden ist.“).

Rechtsguts voraus, welche zugleich ein Grundinteresse der Gesellschaft berührt.¹³

- 8 Die Grenzen des wirtschaftsrechtlich garantierten Binnenmarktes sind erst dort erreicht, wo die Rechtsordnungen *aller* Mitgliedstaaten die Kommerzialisierung eines Gutes untersagen. Demgemäß fallen derzeit etwa Cannabis und andere Betäubungsmittel „bereits ihrem Wesen nach unter ein Einfuhr- und Verkehrsverbot“ und damit nicht unter den Begriff der „Ware“ im Sinne der Grundfreiheiten.¹⁴ Somit stellt alles, aber auch nur das, was in rechtlich zulässiger Weise im Wege wirksamer Verpflichtungsgeschäfte in zumindest einem Mitgliedstaat der Union gegen Entgelt abgesetzt und nachgefragt werden kann, ein „Produkt“ dar, das unter den Bedingungen des Wirtschaftsrechts produziert und vertrieben werden darf. Verhalten im Hinblick auf Güter, die in der Union aus Rechtsgründen ausnahmslos nicht Gegenstand von Handelsgeschäften sein dürfen, unterfällt weder den Grundfreiheiten noch dem Wettbewerbsrecht. Ein solch generelles Verkehrsverbot gilt spezialgesetzlich etwa für Organe oder Gewebe, die einer Heilbehandlung zu dienen bestimmt sind.¹⁵ Im deutschen Recht zählt zu den anerkannten Fallgruppen des § 138 Abs. 1 BGB ferner die sog. sittenwidrige Kommerzialisierung eines Lebensbereichs, für den sich nach Maßgabe der Rechtsordnung kein Markt entwickeln soll, auch wenn – wie etwa im Hinblick auf Radarwarngeräte, Sterbehilfe, akademische Titel oder Sklaven – durchaus eine Nachfrage bestehen mag.¹⁶ Hier stellt sich die Rechtsordnung in Anerkennung einer marktbegrenzenden Sittlichkeit gegen das Entstehen eines Marktes.¹⁷ Dieser Grundentscheidung würde es widersprechen, wenn das ausnahmslos rechtswidrig ablaufende Marktverhalten am Wirtschaftsrecht gemessen würde. Denn im Hinblick auf solch rechtswidrige Güter soll ein wirtschaftlicher Wettbewerb nicht vor Einschränkungen und Verfälschungen bewahrt und somit gefördert werden, sondern gar nicht ablaufen.

¹³ EuGH Rs. C-36/02, Slg. 2004, I-9609 Rn. 28 ff. – Omega m.w.N.

¹⁴ EUGH Rs. C-137/09, Slg. 2010, I-170 Rn. 41 – Josemans m.w.N.; a.A. *Kingreen*, in: Calliess/Ruffert (Fn. 11), Art. 34 AEUV Rn. 121.

¹⁵ Siehe § 17 Abs. 1 S. 1 TPG („Es ist verboten, mit Organen oder Geweben, die einer Heilbehandlung eines anderen zu dienen bestimmt sind, Handel zu treiben.“) sowie Art. 3 Abs. 2, 5 GRC und Art. 13 OrgantransplantationsRL 2010/45/EU.

¹⁶ Vgl. *Ellenberger*, in: Palandt, 73. A. 2014, § 138 Rn. 56 m.w.N.; *Peukert* (Fn. 9), § 2 Rn. 111 ff. m.w.N.; a.A. *Beater*, Unlauterer Wettbewerb, 2011, Rn. 900 (inhaltsleeres Kriterium).

¹⁷ Dazu *Peukert*, Die Rechtsrelevanz der Sittlichkeit der Wirtschaft, Arbeitspapiere des Fachbereichs Rechtswissenschaft der Goethe-Universität Frankfurt am Main Nr. 1/2014, 18 ff.

- 9 Indes handelt es sich hierbei lediglich um äußerste, immer weiter zurückweichende Grenzen des Marktes. Sie sind den einschlägigen Rechtsbegriffen „Ware und Dienstleistung“ bzw. „Produkt“ zudem nicht inhärent, sondern werden von externen Regelungen an das expandierende „Wirtschaftsleben“ und Wirtschaftsrecht herangetragen. Auf gegenständlicher Ebene verfügt das Wirtschaftsrecht mithin über kein Selbstbegrenzungspotential.

2. Subjektbezogene Grenzen

- 10 Fraglich ist, ob Selbiges für den subjektiven Anwendungsbereich des Wirtschaftsrechts gilt, der im Begriff des „Unternehmers“ kulminiert.¹⁸ Auch insoweit wird eine faktische Ökonomisierung der Gesellschaft diagnostiziert, da immer mehr Akteure in immer mehr Bereichen – etwa dem professionellen Sport und der Daseinsvorsorge – als Kapital- oder Personenhandelsgesellschaften verfasst sind.¹⁹
- 11 Diese organisationsrechtlichen Veränderungen werden vom Unternehmensrecht zunächst ohne Weiteres nachvollzogen. Zahnärzte, Rechtsanwälte und Krankenhausbetreiber können ihre freiberuflichen bzw. karitativen Tätigkeiten in Form einer Kapitalgesellschaft verfolgen, da und soweit dieser Ausübung der Berufsfreiheit keine gesetzlichen Regelungen entgegenstehen.²⁰ Wiederum ist es die grundsätzlich unbegrenzte wirtschaftliche Handlungsfreiheit, die das Wirtschaftsrecht dynamisiert.
- 12 Darüber hinaus wurde der Anwendungsbereich des Unternehmensrechts auch durch den Gesetzgeber erweitert. In Reaktion auf ein verändertes, mehr und mehr dienstleistungsgeprägtes „Wirtschaftsleben“ ersetzte das Handelsrechtsreformgesetz v. 1.7.1998 die enumerative Liste bestimmter, vertriebsgeprägter Grundhandelsgewerbe durch einen allgemeinen Begriff des Ist-Kaufmanns. Die handelsrechtlichen Vorschriften sind seither automatisch auf jeden anwendbar, der einen Gewerbebetrieb betreibt, es sei denn, dass das Unternehmen nach Art oder Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb nicht erfordert. Unternehmerisch ist jede selbstständige, auf Dauer ange-

¹⁸ Zum Unternehmensrecht als Teil des Wirtschaftsrechts vgl. *Kübler* (Fn. 6), 377 f.

¹⁹ *Schimank/Volkman* (Fn. 4), 387 f.

²⁰ Siehe BGH NJW 1994, 786 (Zahnbehandlungs-GmbH); BGH NJW 2005, 1568, 1569 f. (Rechtsanwalts-AG); OLG Düsseldorf NJW-RR 2003, 1120 ff. (Krankenhaus-GmbH). Zur Land- und Forstwirtschaft vgl. § 3 HGB. Zum PartGG *Römermann*, Die PartG mbB – eine neue attraktive Rechtsform für Freiberufler, NJW 2013, 2305 ff.

legte und nach außen erkennbare Tätigkeit nicht freiberuflicher, künstlerischer, wissenschaftlicher, land- oder forstwirtschaftlicher Art, wobei diese ständischen Residuen wie erläutert einer unternehmensrechtlichen Organisation nicht prinzipiell im Wege stehen.²¹

- 13 Im Hinblick auf den handelsrechtlichen Gewerbebegriff wie auch für die Unterscheidung zwischen wirtschaftlichen und nicht wirtschaftlichen Vereinen (§§ 21 f. BGB) ist streitig, ob der Akteur mit Gewinnerzielungsabsicht gehandelt haben muss. Wer wie die herkömmliche und wohl noch herrschende Meinung ein solch zweckgerichtetes²² Erfordernis bejaht, kann selbständige, dauerhafte Tätigkeiten auch dann aus dem Unternehmensrecht verweisen, wenn sie gegen Entgelt vorgenommen werden. Wenn demnach ein Produktabsatz der Verwirklichung eines übergeordneten ideellen, etwa weltanschaulichen Zwecks dient, liegt insgesamt keine unternehmerische Tätigkeit vor. Der Akteur bewegt sich dann mithilfe akzessorischer wirtschaftlicher Aktivitäten im religiösen oder sonst nicht wirtschaftlichen Bereich, nicht aber auf einem Produktmarkt.²³ Wer hingegen die objektive Entgeltlichkeit selbständiger Tätigkeit genügen lässt, fasst auch karitativ oder weltanschaulich motivierte Akteure unter das Unternehmensrecht, weil und soweit sie sich tatsächlich unternehmerisch betätigen.²⁴ Einen Vorbehalt zugunsten nicht wirtschaftlicher Zwecke kennt dieses Unternehmensrecht nicht. Sein Unternehmerbegriff ist ebenso wenig reflexiv wie der Begriff des Produkts. Beide vollziehen die Ökonomisierung der Gesellschaft unmittelbar nach.
- 14 Im Wettbewerbsrecht entspricht letztgenannter Befund der allgemeinen Auffassung. Demnach kommt es für den kartell- und lauterkeitsrechtlichen Unternehmens- bzw. Unternehmerbegriff nicht auf Erwerbzweck und Gewinnerzielungsabsicht, sondern allein darauf an, ob die organisatorische Einheit selbständig, planmäßig und dauerhaft handelbare Produkte auf einem Markt gegen

²¹ Begr. RegE HRefG, BT-Drucks. 13/8444, 20 ff. Kritisch insbesondere *K. Schmidt*, in: *K. Schmidt* (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum HGB*, 3. A. 2010, § 1 Rn. 4, 33.

²² Vgl. §§ 21 f. BGB (Zweck des Vereins), 105 Abs. 1 HGB (Zweck einer Gesellschaft).

²³ Vgl. BVerwGE 105, 313, juris Rn. 28 – Scientology („Der im Vereinsrecht verwendete Begriff des Marktes bezieht sich auf den Austausch von Waren und Dienstleistungen und nicht auf die Konkurrenz missionierender Religionen und Weltanschauungen als solche.“). Für das Handelsrecht *Hopt*, in: *Baumbach/Hopt, Handelsgesetzbuch*, 36. A. 2014, § 1 Rn. 17. Eher unentschieden Begr. RegE HRefG, BT-Drucks. 13/8444, 24 re. Sp.

²⁴ Zum Handelsrecht *K. Schmidt* (Fn. 21), § 1 Rn. 31 m.w.N.; zur sog. Typenlehre im Vereinsrecht vgl. *Schöpflin*, in: *Bamberger/Roth* (Hrsg.), *Beck'scher Online-Kommentar BGB*, Edition 30, Stand 1.2.2014, § 21 Rn. 91 ff.

Entgelt anbietet.²⁵ Begründen lässt sich diese rein objektive Betrachtungsweise mit dem vom Unternehmensrecht abweichenden Regelungszweck des Wettbewerbsrechts. Während das Unternehmensrecht einer Person im Interesse des Verkehrs- und Gläubigerschutzes einen festen Status zuweist, regeln das Kartell- und Lauterkeitsrecht das tatsächliche Marktverhalten im Allgemeininteresse am unverfälschten Wettbewerb.²⁶ In diesem wirtschaftlichen Wettbewerb bewegen sich Anbieter marktmäßig organisierter Bereiche der Daseinsvorsorge ebenso wie karitative Organisationen, die zur Verwirklichung ihrer ideellen Ziele Grußpostkarten verkaufen.²⁷

- 15 Hieran wird deutlich, dass der Anwendungsbereich des Lauterkeitsrechts letztlich überhaupt nicht personen-, sondern nur handlungsbezogen bestimmt werden kann. Selbst wer als Verbraucher, Arbeitnehmer, Idealverein oder Hoheitsträger nicht „im Rahmen“ einer dauerhaften unternehmerischen Tätigkeit handelt, kann jederzeit in diese Rolle schlüpfen. Hierzu bedarf es nicht einmal einer Organisationseinheit, die den Begriff eines (Klein-)Unternehmens verdient. Denn das UWG erfasst „jedes Verhalten einer Person zugunsten eines fremden Unternehmens“, sei es in dessen Namen oder Auftrag, sei es auf eigene Initiative.²⁸ Hierzu zählen beispielsweise werbliche Aussagen eines Arbeitnehmers zugunsten seines Arbeitgebers, mit denen der Sprecher einer privaten Wirtshausunterhaltung eine geschäftliche Wendung gibt.²⁹

3. Handlungsbezogene Grenzen

- 16 Zu prüfen bleibt somit, ob das Wirtschaftsrecht zumindest in handlungsbezogener Hinsicht über selbstlimitierende Tatbestandsvoraussetzungen verfügt. Anknüpfungspunkt hierfür ist der Begriff der geschäftlichen Handlung gem. § 2

²⁵ Für das Kartellrecht nur etwa EUGH Rs. C-1/12, Slg. 2013, 0000 Rn. 57 f. – OTOC. Für das UWG § 2 Abs. 1 Nr. 6 1. Hs. UWG und *Peukert* (Fn. 9), § 2 Rn. 618 ff. m.w.N.

²⁶ Dazu *Poelzig*, Normdurchsetzung durch Privatrecht, 2012.

²⁷ Vgl. BGH NJW 1976, 753 f. – UNICEF-Grußkarten; BGH GRUR 2009, 881 Rn. 10 – Überregionaler Krankentransport; EUGH Rs. C-59/12 Slg. 2013, 0000 Rn. 37 ff. – BKK Mobil Oil (eine Körperschaft des öffentlichen Rechts, die mit einer im Allgemeininteresse liegenden Aufgabe wie der Verwaltung eines gesetzlichen Krankenversicherungssystems betraut ist, fällt in den Anwendungsbereich der UGPRL 2005/29).

²⁸ Vgl. § 2 Abs. 1 Nr. 1 und 6 UWG und *Peukert* (Fn. 9), § 2 Rn. 73 ff., 122 f.

²⁹ BGH GRUR 1953, 293, 294 – Fleischbezug; BGH GRUR 1960, 384, 386 – Mampe Halb und Halb. Zu Verbraucherbewertungen im Internet *Peukert* (Fn. 9), § 2 Rn. 93 ff.

Abs. 1 Nr. 1 UWG, der den Anwendungsbereich des Lauterkeitsrechts im Verhältnis zum allgemeinen Deliktsrecht markiert.³⁰

- 17 Die wortreiche Legaldefinition verlangt erstens, dass sich das betreffende Verhalten auf „Waren oder Dienstleistungen“ und somit wie gezeigt auf verkehrsfähige Produkte bezieht. Der zweitens vorausgesetzte Unternehmensbezug dient der Ausgrenzung rein privater, vereins- oder verbandsbezogener sowie hoheitlicher Verhaltensweisen. Schließlich ist eine geschäftliche Handlung dadurch gekennzeichnet, dass sie vor, bei oder nach einem Geschäftsabschluss mit der Förderung des Absatzes oder des Bezugs von Waren oder Dienstleistungen oder mit dem Abschluss oder der Durchführung eines Vertrags über Produkte *objektiv zusammenhängt*. Damit wird wie im Kartellrecht ein gewisser Bezug zum Marktgeschehen bzw. zum „Wirtschaftsleben“ vorausgesetzt.³¹ Das Erfordernis des objektiven Zusammenhangs trat 2008 an die Stelle der subjektiven Wettbewerbsabsicht, die dazu gedient hatte, das UWG auf Verhalten zu beschränken, mit dem der Handelnde die Förderung des eigenen oder fremden Wettbewerbs bezweckt hatte. Hatte der Akteur hingegen die Öffentlichkeit informieren oder seine Weltanschauung kundtun wollen, war das UWG mangels Wettbewerbsabsicht nicht anwendbar gewesen.³²
- 18 Wie beim Streit um die Gewinnerzielungsabsicht oder die bloße Entgeltlichkeit einer Tätigkeit als Merkmal eines Unternehmers gibt auch diese Objektivierung der Anwendungsvoraussetzungen Anlass zu extensiven Auslegungsvorschlägen. Demnach soll das UWG nunmehr auch verbraucherpolitische Aktionen (z.B. Proteste gegen gentechnisch veränderte Lebensmittel) und redaktionelle Äußerungen wie Erfahrungsberichte und Tests erfassen, da und soweit jene sich objektiv auf das Marktgeschehen auswirken. Statt diese Verhaltensweisen von vornherein aus dem UWG auszugrenzen, sei eine Binnendifferenzierung mit Rücksicht auf die ggf. berührten Kommunikationsgrundrechte erst auf der Ebene des Lauterkeitsmaßstabs vorzunehmen.³³

³⁰ Zum Verhältnis zwischen § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG und dem Begriff der Geschäftspraktik gem. Art. 2 lit. d UGPRL 2005/29 *Peukert* (Fn. 9), § 2 Rn. 32 ff.

³¹ EuGH Rs. C-309/99, Slg. 2002, I-1577 Rn. 57 – *Wouters* u.a.; EUGH Rs. C-1/12, Slg. 2013, 0000 Rn. 40 – *OTOC*.

³² Vgl. BGH GRUR 2003, 800, 801 – *Schachcomputer*.

³³ *Glöckner*, Der gegenständliche Anwendungsbereich des Lauterkeitsrechts nach der UWG-Novelle 2008 - ein Paradigmenwechsel mit Folgen, WRP 2009, 1175, 1183 ff.

- 19 Indes gibt die geltende Fassung des UWG zu erkennen, dass hiermit der vom Gesetzgeber avisierte Anwendungsbereich des Lauterkeitsrechts überschritten würde.³⁴ Die Zwecknorm des § 1 UWG und die Verbotsvorschriften der §§ 3 ff. UWG beziehen sich ausdrücklich nur auf wettbewerbliches Verhalten von Marktteilnehmern auf dem Markt im wirtschaftlichen Sinn, auf dem materielle Bedürfnisse durch den Absatz und den Bezug verkehrsfähiger Produkte gedeckt werden. Primärer Regelungszweck des UWG ist der Schutz des Allgemeininteresses am unverfälschten Wettbewerb (§ 1 S. 2 UWG). Aus diesem wettbewerbsfunktionalen Telos folgt, dass ein unternehmens- und produktbezogenes Verhalten nur dann unter das UWG fällt, wenn das streitgegenständliche Verhalten objektiv geeignet ist, geschäftliche Entscheidungen und hierauf bezogene wirtschaftliche Interessen anderer Marktteilnehmer zu beeinflussen und ggf. zugunsten eines Unternehmens zu verfälschen.
- 20 Vom UWG nicht erfasst ist hingegen Verhalten, das aus der Sicht eines objektiven Erklärungsempfängers Entscheidungen in anderen, nicht wirtschaftlichen Handlungs- und Kommunikationssphären adressiert.³⁵ In diesem Sinne heißt es in der amtlichen Begründung zum UWG 2008, weltanschauliche, wissenschaftliche, redaktionelle oder verbraucherpolitische Äußerungen von Unternehmen und anderen Personen stünden in keinem ausreichenden Zusammenhang zum Marktverhalten und seien daher weiterhin nicht vom UWG erfasst.³⁶ Und in der Tat beeinflussen das redaktionelle Verhalten der Presse und sonstige Meinungsäußerungen zu öffentlichen Angelegenheiten die Haltung der Leser zu allgemeinen gesellschaftlichen und ggf. wirtschaftlichen Fragen, ohne dass ein konkreter Geschäftsabschluss in Rede steht. Auch künstlerische, wissenschaftliche und religiöse Kommunikation führt zu Reaktionen und Entscheidungen im Hinblick auf ästhetische bzw. die Wahrheit oder den Glauben betreffende Fragen. Ist der wirtschaftliche Wettbewerb Gegenstand redaktioneller, verbraucherpolitischer und anderer Diskurse, wird *über* den Geschäftsverkehr gesprochen, nicht aber *im* Geschäftsverkehr agiert. Zwar können derartige Verhaltensweisen und Entscheidungen ganz erhebliche Rückwirkungen auf das

³⁴ A.A. *Beater* (Fn. 16), Rn. 859 (die Negativabgrenzung des Wettbewerbsrechts zu anderen Rechtsgebieten sei „im Grunde komplett unregelt“).

³⁵ Zum Folgenden näher *Peukert* (Fn. 9), § 2 Rn. 198 ff.

³⁶ RegE UWG 2008, BT-Drucks. 16/10145, 13, 20 f.; *Fezer*, in: *Fezer* (Hrsg.), UWG, 2. A. 2010, § 2 Nr. 1 B Rn. 169 ff. (Funktionsbereich spezifischer Tätigkeitsbereiche).

Marktgeschehen zeitigen. Diese aber entstammen nicht dem Marktverhalten selbst, sondern werden von außen an den Geschäftsverkehr herangetragen. Die rechtliche Zulässigkeit dieser außergeschäftlichen Kommunikation bestimmt sich nach den hierfür geltenden Spezialregelungen, namentlich dem Presse- und Persönlichkeitsrecht. Erst und nur dann, wenn ein an sich redaktioneller, politischer oder religiöser Beitrag unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls in mehr als notwendiger Weise den Wettbewerb eines bestimmten Unternehmens fördert – man denke an einen anpreisenden Zeitungsbericht über die Eröffnung eines Ladengeschäfts neben einer Annonce des betreffenden Unternehmens –,³⁷ begibt sich der Handelnde aus der Sphäre der öffentlichen Information und Meinungsbildung etc. in das Wettbewerbsgeschehen und unterliegt konsequent dem allgemeinen Marktverhaltensrecht.

III. Reflexives Wirtschaftsrecht

- 21 Mit dieser Selbstbegrenzung auf Verhalten im wirtschaftlichen Wettbewerb reflektiert das UWG seine spezifisch ökonomische, wettbewerbsfunktionale Regulierungslogik. Diese ist nur insoweit effektiv und legitim, als sie auf den Markt verkehrsfähiger Produkte beschränkt bleibt.³⁸
- 22 Würde politische, religiöse oder wissenschaftliche Kommunikation an den Maßstäben des Lauterkeitsrechts gemessen, würde das Recht den Eigensinn dieser Wertsphären/Felder/Teilsysteme der Gesellschaft ignorieren und die ohnehin expansive Anlage der ökonomischen Funktionslogik zusätzlich verstärken.³⁹ Hierdurch würden die spezifischen Belange und das hierauf beruhende Leistungspotential etwa der an Wahrheit orientierten Wissenschaft beeinträchtigt. Ein unbegrenzter Ökonomismus würde letztlich die durch funktionale Differenzierung gekennzeichnete moderne Gesellschaft mit all ihren Autonomie- und

³⁷ BGH GRUR 1994, 441, 442 f. – Kosmetikstudio. In diesem Fall ist die konkrete Kommunikation „Opfer einer ‚feindlichen Übernahme‘“ (*Schimank/Volkman* (Fn. 4), 384) ökonomischer Logiken geworden und dementsprechend nach Maßgabe des Wirtschafts- und nicht mehr des Presserechts zu beurteilen.

³⁸ Vgl. *Raiser*, Die Zukunft des Privatrechts, in: *Raiser*, Die Aufgabe des Privatrechts, 1977, 208, 212 („Vielmehr ist das einigende Band, das das Wirtschaftsrecht als Teilsystem konstituiert, in der Funktion zu sehen, die diesen Normen zur Stützung und Sicherung der jeweils ... praktizierten Wirtschaftsordnung zukommt.“).

³⁹ Zu den Gründen der Ökonomisierung und Kommodifizierung *Schimank*, Die funktional differenzierte kapitalistische Gesellschaft als Organisationsgesellschaft – eine theoretische Skizze, in: *Endreß/Matys* (Hrsg.), Die Ökonomie der Organisationen – die Organisation der Ökonomie, 2010, 33, 45 f.; *Beckert*, Capitalism as a System of Expectations: Toward a Sociological Microfoundation of Political Economy, *Politics & Society* 2013, 323, 335 ff.

Effizienzerwartungen als solche in Frage stellen.⁴⁰ Dass eine solche Entwicklung dem geltenden, eben auch ausdifferenzierten Recht zuwiderläuft, bestätigt etwa die Unterscheidung zwischen einer lauterkeits- und einer presserechtlichen Haftung für Äußerungen. Kommunikation über Wissen, Glauben und Macht soll nicht an der Zahlungsbereitschaft der Kommunikationsteilnehmer orientiert sein.

- 23 Teilt man solch differenzierungstheoretische Erklärungen nicht, verstärken sich die normativen Bedenken sogar. Geht man nämlich davon aus, dass bereits das wirtschaftliche Handeln im engeren Sinne nicht allein auf rationalen Effizienzkalkülen beruht, sondern in Normen der Sittlichkeit eingebettet ist, lässt sich eine rechtlich protegierte Ökonomisierung nicht wirtschaftlicher Sphären sogar als ideologisch verbrämter Versuch bestimmter Akteure deuten, wirtschaftliche Macht zu erhalten oder auszubauen.⁴¹
- 24 Schließlich sprechen auch moralphilosophische Gründe für eine Begrenzung des Marktes und der auf seine Funktionsbedingungen zugeschnittenen, keineswegs neutralen rechtlichen Regelungen. Zum einen kann der Markt- und Wettbewerbsmechanismus Ungleichheit und Unfreiheit verstärken, wenn bestimmte Teilnehmer (z.B. Kinder) besonders verletzlich und schwach repräsentiert sind. Zum anderen droht die Generalisierung ökonomischer Analyse- und Bewertungsmuster insbesondere altruistische und gemeinschaftsbezogene Motivationen zu korrumpieren, da der moralisch Handelnde als irrationaler Akteur erscheint.⁴²
- 25 Just diese Gefahr besteht bei einer am unverfälschten Wettbewerb ausgerichteten Regulierung wohlthätiger Spenden. Zwar kann man das Spendenwesen wie praktisch jeden anderen Lebensbereich mit ökonomischen Begriffen des Marktes und des Wettbewerbs rekonstruieren. Doch trägt diese Rhetorik wie auch

⁴⁰ Aus differenzierungstheoretischer Sicht vgl. *Schimank*, Gesellschaftliche Ökonomisierung und unternehmerisches Agieren, in: Maurer/Schimank (Hrsg.), *Die Gesellschaft der Unternehmen – Die Unternehmen der Gesellschaft*, 2008, 220, 234; *Schimank/Volkman* (Fn. 4), 382, 392; *Bourdieu*, *Die Regeln der Kunst*, 1999, 530 f. (Bedrohung der Autonomie des künstlerischen Feldes); ferner *Krönig*, *Die Ökonomisierung der Gesellschaft. Systemtheoretische Perspektiven*, 2007.

⁴¹ Vgl. *Beckert*, Die sittliche Einbettung der Wirtschaft: Von der Effizienz- und Differenzierungstheorie zu einer Theorie wirtschaftlicher Felder, *Berliner Journal für Soziologie* 22 (2012), 247, 250 ff.

⁴² *Sandel*, *What Money Can't Buy*, in: Peterson (Hrsg.), *The Tanner Lectures on Human Values*, Bd. 21, 2000, S. 87 ff.; *Satz*, *Why Some Things Should Not Be for Sale: The Moral Limits of Markets*, 2010, 91 ff.; *Kettner*, Ein Vorschlag zur Unterscheidung von Ökonomisierung und Kommerzialisierung, in: *Kettner/Koslowski* (Fn. 4), 3, 16 ff.

der naturalistische Kurzschluss, der Spenden-„Markt“ sei „rechtlich wie andere Märkte zu behandeln“,⁴³ nur dazu bei, die Idee der wohltätigen Gabe insgesamt zu untergraben. Sollte im Spendenwesen tatsächlich ein Sanktionsdefizit herrschen, müssten die bestehenden rechtlichen und zivilgesellschaftlichen Instrumentarien gestärkt werden.⁴⁴ Absatzwerbung unter dem Deckmantel der Wohltätigkeit fällt im Übrigen ohne Weiteres unter das UWG.⁴⁵

26 Aus alledem folgt, dass es nicht genügt, Effizienz als Rechtsprinzip nur zurückzuweisen.⁴⁶ Vielmehr folgt aus der Differenziertheit der Rechtsordnung, dass das Wirtschaftsrecht bei der Bestimmung seines Anwendungsbereichs nicht-wirtschaftliche Belange und Normen als Gründe für seine Begrenztheit mit reflektieren muss. Ob das Marktverhalten im engeren Sinne darüber hinaus Einschränkungen mit Rücksicht auf sittlich-ethische Normen unterliegt, ist dann eine politisch zu verhandelnde Frage des positiven Wirtschaftsrechts.⁴⁷

⁴³ Voigt (Fn. 3), 469 f.

⁴⁴ Zum Sammlungsrecht der Länder und zur Tätigkeit des Deutschen Zentralinstituts für soziale Fragen vgl. Peukert (Fn. 9), § 2 Rn. 240 f.

⁴⁵ Offengelassen von AG Hannover GRUR-RR 2003, 322, 323 – Spendenaufruf.

⁴⁶ Vgl. Kübler, Effizienz als Rechtsprinzip, in: Baur/Hopt/Mailänder (Hrsg.), Festschrift für Ernst Steindorff, 1990, 686, 701 ff.; Eidenmüller, Effizienz als Rechtsprinzip?, 1995, 463 ff.

⁴⁷ Dazu Peukert (Fn. 17).