

## Fachbereich Rechtswissenschaft

### Arbeitspapier Nr. 4/2020

---

#### **Aufbau und innere Logik des UWG – Bestandsaufnahme und Alternativvorschlag**

*Alexander Peukert\**

Erschienen in: WRP 2019, 546-555

Zitiervorschlag: Peukert, Aufbau und innere Logik des UWG – Bestandsaufnahme und Alternativvorschlag, Arbeitspapier des Fachbereichs Rechtswissenschaft der Goethe-Universität Frankfurt/M. Nr. 4/2020, Rn.

**Zusammenfassung:** Der Beitrag stellt zunächst dar, dass und warum dem geltenden UWG ein schlüssiger innerer Zusammenhang fehlt, und zwar sowohl im Hinblick auf den Prüfungsaufbau für Ansprüche als auch im Hinblick auf die im Gesetz zum Tragen kommenden materiellen Systematisierungskriterien. Sodann wird ein Vorschlag für einen alternativen Gesetzesaufbau unterbreitet, der am unverändert richtigen Gedanken festhält, wonach Wettbewerbsverhalten in seinen komplexen Auswirkungen auf sämtliche Marktteilnehmer ganzheitlich zu erfassen und zu regulieren ist, während die Orientierung an Gruppen von Marktteilnehmern zwangsläufig zu Abgrenzungsproblemen führt. Folglich bilden im unterbreiteten Vorschlag nicht die Schutzsubjekte des UWG, sondern der Unwertgehalt der geschäftlichen Handlung (Irreführung, Aggressivität, sonstige Wettbewerbsverfälschung) das primäre Systematisierungskriterium. Übergeordnetes Ziel des Vorschlags ist es, die methodengerechte Anwendung des geschriebenen Rechts zu erleichtern und auf diese Weise gesetzesferne Eigenrationalitäten der Praxis einzuhegen.

---

\* Dr. iur., Professor für Bürgerliches Recht und Wirtschaftsrecht am Fachbereich Rechtswissenschaft der Goethe-Universität Frankfurt am Main.

## **Inhaltsübersicht**

### **I. Einleitung**

### **II. Aufbau und Systematisierungskriterien des UWG 2015**

1. Prüfungsreihenfolge für Ansprüche aus dem UWG
  - a) Unzulässigkeit und Unlauterkeit geschäftlicher Handlungen
  - b) Prüfen von hinten nach vorn
2. Systematisierungskriterien des UWG 2015
  - a) Adressaten geschäftlicher Handlungen
  - b) Geschützte Interessen
  - c) Unrechtsgehalt der geschäftlichen Handlung

### **III. Alternativvorschlag**

1. Grundgedanken
  - a) Gesetzesaufbau
  - b) Hierarchie der Systematisierungskriterien
2. Anhang: Wortlaut des Alternativvorschlags

## **I. Einleitung**

- 1 Die Entwicklung des UWG in den letzten 15 Jahren ist durch eine merkwürdige Einstellung des deutschen Gesetzgebers zur Kodifikationsidee gekennzeichnet. Einerseits wurden der Wortlaut und die Systematik des Gesetzes im Zuge der Reformen 2004, 2008 und 2015 erheblich verändert. Andererseits sollten gerade die strukturellen Eingriffe in das UWG keine „wesentlichen“ sachlichen Änderungen mit sich bringen. So war es eines der Hauptziele der „Modernisierung“ des Lauterkeitsrechts durch das UWG 2004, „durch die Rechtsprechung seit langem gefestigte Fallgruppen“ in transparenter Weise zu kodifizieren.<sup>1</sup> Die Umsetzung der Richtlinie gegen unlautere Geschäftspraktiken 2005/29/EG (UGP-RL) durch das UWG 2008 war vom Bemühen gekennzeichnet, die Systematik des gerade grundlegend reformierten UWG so weit wie möglich zu erhalten.<sup>2</sup> Es sollten zwar Klarstellungen erfolgen, „wesentliche Änderungen gegenüber der bisherigen Rechtslage“ wurden aber wiederum nicht erwartet.<sup>3</sup> Ebenso schätzte der Gesetzgeber die Wirkung der

---

<sup>1</sup> RegE UWG 2004, BT-Drucks. 15/1487, S. 13.

<sup>2</sup> Peukert, in: UWG Großkommentar Band 1, 2. Aufl. 2014, § 3 Rn. 32 ff.; Köhler, WRP 2015, 1037 („im Nachhinein wenig hilfreich“).

<sup>3</sup> RegE UWG 2008, BT-Drucks. 16/10145, S. 15.

UWG-Reform 2015 ein: Die „faktische“ bzw. „materielle“ Rechtsanwendung bleibe von den Eingriffen in den Gesetzeswortlaut „grundsätzlich“ unberührt.<sup>4</sup>

- 2 Auch wenn die letzten beiden Änderungsgesetze durch Umsetzungspflichten veranlasst waren, erscheint solch legislativer Aktionismus problematisch. Bei der Prüfung von Unterlassungsansprüchen sind die Rechtsanwender nicht selten und im Hauptsacheverfahren teils noch Jahre nach der letzten Reform gezwungen, mehrere Gesetzesfassungen anzuwenden.<sup>5</sup> Die Frage lautet dann stets, ob sich die rechtliche Beurteilung des konkreten Streitfalls vielleicht doch geändert hat.<sup>6</sup> Diese ohnehin anspruchsvolle Ausgangslage wird durch die immer stärker auf Gruppenidentitäten ausgerichtete Systematik des UWG noch weiter verkompliziert. Die Mehrzahl der Kodifikationen der Unlauterkeit sind nur auf bestimmte Marktteilnehmer als Adressaten geschäftlicher Handlungen bzw. als Schutzsubjekte des Gesetzes anwendbar.<sup>7</sup> In diesem Dickicht die richtige Hausnummer zu finden, misslingt selbst Obergerichten in prominenten Fällen, denen alle Beteiligten hohe Aufmerksamkeit widmen.<sup>8</sup> Die Irreführung von Mitbewerbern, die zwar praktisch kaum relevant sein mag, aber seit jeher als verbotswürdig gilt, ist im Zuge der UWG-Reform 2015 sogar ganz durch den Raster der abnehmer- bzw. mitbewerberschützenden Regelungen gefallen und seither nicht mehr ausdrücklich kodifiziert.<sup>9</sup>
- 3 Die Probleme, die die Anwendung des UWG bereitet, sind dabei durchaus auch hausgemacht. Das in sich stimmige UWG 2004 wurde ohne Rücksicht auf die bereits anhängige, von Anfang an auf Verbraucherschutz zugeschnittene UGP-RL erlassen.<sup>10</sup> Das UWG 2008 war vor allem vom Versuch gekennzeichnet, so viel wie möglich vom integral-ganzheitlichen Konzept des deutschen UWG zu retten.<sup>11</sup> Und auch die von der Europäischen Kommission angeschobenen Reparaturmaßnahmen des UWG

---

<sup>4</sup> RegE UWG 2015, BR-Drucks. 26/15, S. 9 (zur „gesetzssystematische[n] Umgestaltung des § 3“); Rechtsausschuss UWG 2015, BT-Drucks. 18/6571, S. 12 f.

<sup>5</sup> Vgl. z. B. BGH, 24.06.2010 – I ZR 182/08, WRP 2010, 1139, 1140 – Brillenversorgung II (UWG 2008); BGH, 14.01.2016 – I ZR 61/14, WRP 2016, 581, 582, Rn. 11 – Wir helfen im Trauerfall (UWG 2015).

<sup>6</sup> Zum RegE UWG 2015 *Kirchhoff*, WRP 2015, 659 ff. („Ob das keine Änderungen der Rechtsprechung nach sich ziehen wird, erscheint keineswegs sicher.“).

<sup>7</sup> §§ 3, 4, 4a, 5, 5a, 7 Abs. 2 und 3 UWG und unten II.

<sup>8</sup> Vgl. zu § 4a Abs. 2 Nr. 4 UWG BGH, 19.04.2018 – I ZR 154/16, WRP 2018, 1322, Rn. 63-66 – Werbeblocker II.

<sup>9</sup> *Dreyer*, in: *Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig*, UWG, 4. Aufl. 2016, § 5 Abschnitt B Rn. 8.

<sup>10</sup> Kritisch *Peukert*, in: *GK-UWG* (Fn. 2), § 3 Rn. 5 f.

<sup>11</sup> Kritisch *Peukert*, in: *GK-UWG* (Fn. 2), § 3 Rn. 9-12; *Köhler*, WRP 2013, 403 ff. (wörtliche Umsetzung der UGP-RL erforderlich); a. A. *Glöckner*, GRUR 2013, 224, 233; *Henning-Bodewig*, GRUR 2013, 238 ff.; *Timm-Wagner*, GRUR 2013, 245 ff.

2015 haben keineswegs allen „Klarstellungsbedarf gesetzessystematischer Art“<sup>12</sup> erledigt. Bereits die bewegte Entstehungsgeschichte des UWG 2015, das erst im Rechtsausschuss seine endgültige Form erhielt, lässt Zweifel aufkommen, ob das geltende Recht der Weisheit letzter Schluss ist.<sup>13</sup> Unverändert bildet das UWG lediglich eine äußere Hülle für eine auch teleologisch disparate Materie, deren letzter verbliebener Nenner darin besteht, dass nicht jedes Verhalten unter das Sonderdeliktsrecht des UWG fällt, sondern nur geschäftliche Handlungen i. S. d. § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG.<sup>14</sup>

- 4 Ob und wie dieser Regelungsgegenstand in sich schlüssig und transparent kodifiziert werden kann, ist weiterhin Gegenstand der Diskussion. Im Zuge der UWG-Reform 2015 legten *Köhler* und *Ohly* Alternativentwürfe vor, wobei *Ohly* eine eigenständige, „große Lösung“ skizzierte, die zwischen dem Abnehmerschutz im Vertikalverhältnis und dem Mitbewerberschutz im Horizontalverhältnis differenziert.<sup>15</sup> *Klagge* schlägt in seiner Dissertation zur „Normativen Kohärenz des deutschen Lauterkeitsrechts“ vor, das UWG strikt modular aufzubauen und jeweils getrennte Regelungsabschnitte für den Schutz von Verbrauchern, sonstigen Marktteilnehmern und Mitbewerbern vorzusehen.<sup>16</sup>
- 5 Im Folgenden wird in zwei Schritten ein weiterer, von den bisherigen Vorschlägen abweichender Ansatz entwickelt. Zunächst gilt es darzustellen, warum dem geltenden UWG ein schlüssiger „innerer Zusammenhang“<sup>17</sup> fehlt, und zwar sowohl im Hinblick auf den Prüfungsaufbau für Ansprüche (dazu II. 1.) als auch im Hinblick auf die im Gesetz zum Tragen kommenden materiellen Systematisierungskriterien (dazu II 2.). Sodann wird ein Vorschlag für einen alternativen Gesetzesaufbau unterbreitet, der am unverändert richtigen Gedanken festhält, wonach Wettbewerbsverhalten in seinen komplexen Auswirkungen auf sämtliche Marktteilnehmer ganzheitlich zu erfassen und

---

<sup>12</sup> Vgl. RegE UWG 2015, BR-Drucks. 26/15, S. 5.

<sup>13</sup> Kritisch *Hetmank*, GRUR 2015, 323, 330; *Köhler*, WRP 2015, 1037, 1040 (große UWG-Reform, die sich vom Konzept des UWG 2004 löst); *Ohly*, WRP 2015, 1443, 1444 (verwirrende und potentiell richtlinienwidrige Parallelregelungen im UWG 2015); *Henning-Bodewig*, GRUR Int. 2015, 529; *Klagge*, Normative Kohärenz des deutschen Lauterkeitsrechts, 2017, S. 260 f.

<sup>14</sup> *Peukert*, in: Hilty/Henning-Bodewig (Hrsg.), Lauterkeitsrecht und Acquis Communautaire, 2009, S. 27, 58.

<sup>15</sup> *Köhler*, WRP 2015, 1311 ff.; *Ohly*, WRP 2015, 1443 ff.

<sup>16</sup> *Klagge* (Fn. 13), S. 318 ff. (mit ausformuliertem Gesetzesvorschlag).

<sup>17</sup> Dazu im Kontext der systematischen Auslegung v. *Savigny*, System des heutigen römischen Rechts I, 1840, S. 214.

zu regulieren ist, während die Orientierung an Gruppen von Marktteilnehmern zwangsläufig zu Abgrenzungsproblemen führt. Folglich bilden im hiesigen Vorschlag nicht die Schutzsubjekte des UWG, sondern der Unwertgehalt der geschäftlichen Handlung (Irreführung, Aggressivität, sonstige Wettbewerbsverfälschung) das primäre Systemisierungskriterium (dazu III.). Übergeordnetes Ziel der folgenden Ausführungen ist es, die methodengerechte Anwendung des geschriebenen Rechts zu erleichtern und auf diese Weise gesetzesferne Eigenrationalitäten der Praxis einzuhegen.<sup>18</sup>

## **II. Aufbau und Systemisierungskriterien des UWG 2015**

- 6 Die systematischen Mängel des geltenden UWG betreffen sowohl den formalen Aufbau des Gesetzes (dazu II. 1.) als auch die Gliederung der materiellen Unlauterkeitstatbestände (dazu II. 2.).

### 1. Prüfungsreihenfolge für Ansprüche aus dem UWG

- 7 Die Transparenz und Anwenderfreundlichkeit des UWG wird bereits durch einen ausgesprochen komplizierten Gesetzesaufbau beeinträchtigt, der nicht der Prüfungsreihenfolge für Ansprüche aus den §§ 8-10 UWG entspricht.

### a) Unzulässigkeit und Unlauterkeit geschäftlicher Handlungen

- 8 Eine Ursache dieser Schwierigkeiten ist die Unterscheidung zwischen der Unlauterkeit geschäftlicher Handlungen und ihrer Unzulässigkeit. Noch unter dem Eindruck des § 826 BGB hatte das UWG 1909 in § 1 und § 3 den Tatbestand sittenwidriger bzw. irreführender Handlungen zu Zwecken des Wettbewerbs unmittelbar mit zivilrechtlichen Ansprüchen auf Unterlassung und Schadensersatz verknüpft. Auf Unterlassung und Schadensersatz konnte in Anspruch genommen werden, wer im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbes Handlungen vornahm, „die gegen die guten Sitten verstoßen“ (§ 1 UWG 1909) bzw. wer „über geschäftliche Verhältnisse (...) irreführende Angaben“ machte. Eine gesonderte Verbotsnorm, wonach sittenwidriges bzw. irreführendes Wettbewerbsverhalten verboten oder

---

<sup>18</sup> Zu den Gründen für eine positivistische Wende im UWG *Peukert*, in: GK-UWG (Fn. 2), § 3 Rn. 13 ff.

unzulässig war, gab es nicht, ohne dass hierdurch die Rechtsanwendung erkennbar erschwert worden wäre.

- 9 Die Zwischenebene der Unzulässigkeit wurde erst durch das UWG 2004 eingeführt. Eine Begründung für diese systematische Maßnahme sucht man im prägenden Privatentwurf von *Köhler, Bornkamm* und *Henning-Bodewig* wie auch in den Dokumenten des Gesetzgebungsverfahrens vergeblich.<sup>19</sup> Im Regierungsentwurf zum UWG 2004 wird sogar ausdrücklich bestätigt, § 3 UWG 2004 enthalte „entsprechend § 1 UWG a. F. ein allgemeines Verbot des unlauteren Wettbewerbs („Generalklausel)“.<sup>20</sup> Gleichwohl bewirkte die Kodifikation des Verbotsausspruchs zunächst eine gewisse systematische Verbesserung. Denn § 3 UWG fungierte als zentrale Verbots- und Umschaltnorm zwischen den beiden materiellen Voraussetzungen der Unzulässigkeit (Unlauterkeit + Spürbarkeit) und den seither im zweiten Kapitel getrennt geregelten Ansprüchen, die ihrerseits eine Zuwiderhandlung gegen § 3 voraussetzten, während die §§ 4-7 lediglich den Begriff der Unlauterkeit „im Sinne des § 3“ konkretisierten.<sup>21</sup>
- 10 Diese kohärente Struktur wurde bereits durch das UWG 2008 erheblich modifiziert und beeinträchtigt. Zum einen verlor § 3 UWG seinen herausgehobenen Status als zentrale Unlauterkeits- und Unzulässigkeitsnorm. In den §§ 4-6 wurde jeweils die Angabe „im Sinne von § 3“ gestrichen, weil diese Formulierung „den unzutreffenden Eindruck“ erwecke, „§ 3 UWG definiere den Begriff der Unlauterkeit“.<sup>22</sup> § 7 wurde zu einem eigenständigen Verbotstatbestand neben § 3 erhoben, um klarzustellen, dass die Bagatellklausel des § 3 nicht auf die Fälle unzumutbarer Belästigung anwendbar sei.<sup>23</sup> Seither setzen die Anspruchsgrundlagen der §§ 8-10 eine unzulässige geschäftliche Handlung „nach § 3 oder § 7“ voraus.<sup>24</sup> Und schließlich wurde aus dem schlanken Satz des § 3 UWG 2004 eine Vorschrift mit drei Absätzen, die ebenfalls jeweils eigenständig die Unzulässigkeit der erfassten geschäftlichen Handlungen anordneten. Für die schwarze Liste geschäftlicher Handlungen galt dies „stets“ (Abs. 3), für geschäftliche Handlungen gegenüber Verbrauchern nach Maßgabe des

---

<sup>19</sup> *Köhler/Bornkamm/Henning-Bodewig*, WRP 2002, 1317 ff.

<sup>20</sup> RegE UWG 2004, BT-Drucks. 15/1487, S. 16.

<sup>21</sup> Zur Ausgliederung der Anspruchsgrundlagen vgl. RegE UWG 2004, BT-Drucks. 15/1487, S. 14.

<sup>22</sup> RegE UWG 2008, BT-Drucks. 16/10145, S. 22.

<sup>23</sup> RegE UWG 2008, BT-Drucks. 16/10145, S. 28; *Beater*, WRP 2012, 6, 11.

<sup>24</sup> *Kritisch Sosnitza*, WRP 2008, 1014, 1019.

Abs. 2 „jedenfalls“ und für sonstige unlautere geschäftliche Handlungen im Übrigen nach Abs. 1. Bereits unter Geltung des UWG 2008 hatte sich damit die Systematik des UWG von der Unlauterkeit auf die Unzulässigkeit als primäres Gliederungskriterium verschoben.<sup>25</sup>

- 11 Im Zuge des UWG 2015 hat sich die formale Struktur des UWG nochmals erheblich verändert – wiederum nicht in anwenderfreundlicher Weise. Die wechselvolle Entstehungsgeschichte der derzeit geltenden Systematik belegt, dass im Gesetzgebungsprozess keine klare Linie verfolgt wurde. Nach dem Referenten- und Regierungsentwurf sollte die „Generalklausel“ des § 3 Abs. 1 („Unlautere geschäftliche Handlungen sind unzulässig.“) allein noch die rein formale Funktion behalten, die Rechtsfolge der Unlauterkeit – ihre Unzulässigkeit – zu benennen und somit das erste mit dem zweiten Gesetzeskapitel zu verknüpfen. Ob eine geschäftliche Handlung im Einzelfall unlauter sei, ergebe sich hingegen entweder aus den „Spezialtatbeständen“ der §§ 4a ff. oder aus den beiden Generalklauseln des § 3 Abs. 2 und 4 für den B2C- bzw. den B2B-Bereich.<sup>26</sup> Im Zuge des parlamentarischen Verfahrens wurde die Idee einer reinen Umschaltnorm zwischen Unlauterkeitstatbeständen und Ansprüchen jedoch wieder verworfen. Dies geschah freilich nicht, weil man dieses Konzept per se für verfehlt hielt, sondern weil die sog. Unternehmergeneralklausel gestrichen wurde. Weil deshalb Regelungslücken drohten, wurde § 3 Abs. 1 wieder von einem bloßen Verbotsausspruch zu einer eigenständigen Regelung der Unlauterkeit aufgewertet.<sup>27</sup>
- 12 Ein bisher kaum problematisierter Nebeneffekt dieses Hin und Her ist, dass die sog. Verbrauchergeneralklausel des § 3 Abs. 2 anders als noch im UWG 2008 nicht mehr die Unzulässigkeit unlauterer geschäftlicher Handlungen anordnet. Vielmehr beschränkt sich die Regelung in Umsetzung von Art. 5 Abs. 2 UGP-RL darauf, i. V. m. § 2 Abs. 1 Nr. 7 und 8 die Voraussetzungen der Unlauterkeit von Geschäftspraktiken zu spezifizieren, die sich an Verbraucher richten oder diese erreichen. § 3 Abs. 2 fungiert mit anderen Worten also nicht mehr als Verbots-, sondern wie die §§ 3a-6 als

---

<sup>25</sup> Im Einzelnen *Peukert*, in: GK-UWG (Fn. 2), § 3 Rn. 66 ff., 133 ff.

<sup>26</sup> RefE UWG 2015, WRP 2014, 1374, 1376 ff.; RegE UWG 2015, BR-Drucks. 26/15, S. 9. Kritisch hierzu *Köhler*, WRP 2015, 1311, 1313.

<sup>27</sup> Rechtsausschuss UWG 2015, BT-Drucks. 18/6571, S. 13-15 (außerhalb des Anwendungsbereichs der UGP-RL und der Richtlinie über irreführende oder vergleichende Werbung 2006/114/EG (WerbeRL) soll die Vorschrift „wie bisher als Auffangtatbestand für solche geschäftliche Handlungen (...) [dienen], die von den nachfolgenden Bestimmungen nicht erfasst werden, aber einen vergleichbaren Unlauterkeitsgehalt aufweisen.“).

bloßer Unlauterkeitstatbestand. Da die §§ 8-10 jedoch an „eine nach § 3 oder § 7 unzulässige geschäftliche Handlung“ anknüpfen, bedarf es für all diese Unlauterkeitstatbestände einer Vorschrift, die die Unzulässigkeit anordnet. Diese Funktion übernimmt § 3 Abs. 1, der doch wieder zum zentralen Scharnier zwischen sämtlichen Unlauterkeitstatbeständen einerseits, einschließlich des § 3 Abs. 2, und den §§ 8-10 andererseits avanciert.<sup>28</sup> Gesetzessystematisch sind § 3 Abs. 1 und Abs. 2 im UWG 2015 also enger verknüpft als unter Geltung des UWG 2008, womit das Gegenteil dessen erreicht wurde, was ursprünglich beabsichtigt war, nämlich eine transparentere Eigenständigkeit der Vorschriften zur Umsetzung der UGP-RL.

- 13 Für die Prüfungsreihenfolge bedeutet das Folgendes: Richtet sich der erhobene Vorwurf gegen die Art und Weise einer als belästigend empfundenen Kontaktaufnahme, ist § 7 als eigenständige Verbotsnorm anzuwenden.<sup>29</sup> Wird eine geschäftliche Handlung hingegen aufgrund ihres Inhalts und ihrer Auswirkung auf geschäftliche Entscheidungen von Marktteilnehmern angegriffen, folgt die Unzulässigkeit stets aus § 3. Insoweit sind nach dem Grundsatz *lex specialis derogat legi generali* zunächst die in § 3 Abs. 3 i. V. m. dem Anhang zum UWG abschließend geregelten Fälle „stets“ unzulässiger geschäftlicher Handlungen „gegenüber Verbrauchern“ zu prüfen.<sup>30</sup> Des Umwegs über § 3 Abs. 1 bedarf es dann nicht.<sup>31</sup> Die Unzulässigkeit aller sonst unlauteren geschäftlichen Handlungen folgt hingegen stets aus dieser einzig verbleibenden Verbotsnorm. Im Hinblick auf diese Rechtsfolgenanordnung ist ohne Belang, ob es sich um einen Sachverhalt handelt, der in den Anwendungsbereich der UGP-RL, der WerbeRL 2006/114/EG oder in den autonomen Regelungsbereich des deutschen Rechts fällt. Ob eine geschäftliche Handlung unlauter (und deshalb i. V. m. § 3 Abs. 1 unzulässig) ist, ist sodann vorrangig nach Maßgabe der Spezialregelungen der §§ 3a-6 zu beurteilen. Dabei ist im Harmonisierungsbereich der UGP-RL zwar § 3 Abs. 4 zu berücksichtigen, nicht

---

<sup>28</sup> Köhler, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, 37. Aufl. 2019, § 3 Rn. 2.2; Alexander, WRP 2016, 411, 413.

<sup>29</sup> RegE UWG 2004, BT-Drucks. 15/1487, S. 20; RegE UWG 2015, BR-Drucks. 26/15, S. 14; BGH, 21.04.2016 – I ZR 276/14, WRP 2016, 866, 868, Rn. 16 – Lebens-Kost.

<sup>30</sup> Vgl. EuGH, 09.11.2010 – C-540/08, Slg. 2010, I-10909 = WRP 2011, 45, Rn. 36 – Mediaprint; EuGH, 30.06.2011 – C-288/10, Slg. 2011, I-5835, Rn. 38 – Wamo/JBC.

<sup>31</sup> A. A. Köhler, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen (Fn. 28), § 3 Rn. 1.11 (§ 3 Abs. 3 kein eigenständiger Verbotstatbestand neben § 3 Abs. 1).

aber ist zusätzlich der allgemeine Unlauterkeitstatbestand des § 3 Abs. 2 zu prüfen.<sup>32</sup> Dieser kommt vielmehr im Sinne eines subsidiären „Sicherheitsnetzes“ erst zum Tragen, wenn kein im Anhang oder den Art. 6-9 UGP-RL geregelter Fall gegeben ist.<sup>33</sup> Der Unlauterkeitsbegriff des § 3 Abs. 1 erfüllt eine nochmals subsidiäre Auffangfunktion für Fälle, in denen die Unlauterkeit weder aus den §§ 3a-6 folgt noch im Umkehrschluss aus der Ablehnung jener Spezialtatbestände ausscheidet noch die Auffangklausel für geschäftliche Handlungen, die sich an Verbraucher richten oder diese erreichen (§ 3 Abs. 2), einschlägig ist.<sup>34</sup> Das UWG operiert also mit zwei nebeneinander stehenden Auffangklauseln für in den §§ 3a-6 nicht erfasste Fälle: eine für den Anwendungsbereich der UGP-RL, eine für die übrigen geschäftlichen Handlungen.<sup>35</sup>

14 Ansprüche aus den §§ 8-10 UWG sind demnach wie folgt zu prüfen:

1. Geschäftliche Handlung des Anspruchsgegners (§ 2 Abs. 1 Nr. 1)

2. Unzulässigkeit der geschäftlichen Handlung

a) Gem. § 7

b) Gem. § 3 Abs. 3 mit Anhang

c) Gem. § 3 Abs. 1

aa) Geschäftliche Handlung unlauter gem. §§ 3a-6 (Spezialregelungen der Unlauterkeit, ggf. i. V. m. § 3 Abs. 4)?

bb) Subsidiär: Geschäftliche Handlung gegenüber Verbrauchern unlauter gem. § 3 Abs. 2, 4?

cc) Subsidiär: Sonstige geschäftliche Handlung unlauter gem. § 3 Abs. 1?

3. Weitere Voraussetzungen des geltend gemachten Anspruchs gem. §§ 8-10

---

<sup>32</sup> Rechtsausschuss UWG 2015, BT-Drucks. 18/6571, S. 13, 15; EuGH, 19.09.2013 – C-435/11, WRP 2014, 38, 41, Rn. 48 – CHS Tour Services; EuGH, 16.04.2015 – C-388/13, WRP 2015, 698, 702, Rn. 61-63 – Nemzeti Fogyasztóvédelmi Hatóság.

<sup>33</sup> Europäische Kommission, Leitlinien Umsetzung UGP-RL, 25.05.2016, SWD(2016) 163, S. 16; Köhler, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen (Fn. 28), § 3 Rn. 2.9.

<sup>34</sup> Rechtsausschuss UWG 2015, BT-Drucks. 18/6571, S. 13 f. (soweit die Unlauterkeit einer geschäftlichen Handlung abschließend in der UGP-RL geregelt sei, „sind jedoch ausschließlich die nachfolgenden Bestimmungen zu deren Umsetzung anzuwenden“); Sosnitza, in: Ohly/Sosnitza, UWG, 7. Aufl. 2016, § 3 Rn. 12; Köhler, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen (Fn. 28), § 3 Rn. 2.21.

<sup>35</sup> Sosnitza, in: Ohly/Sosnitza (Fn. 34), § 3 Rn. 7; Spengler, Die Verbrauchergeneralklausel des UWG, 2016, S. 119 f.

b) Prüfen von hinten nach vorn

- 15 Transparent ist das nicht. Die Doppelstruktur aus Unzulässigkeit und Unlauterkeit führt zu einem verschachtelten Prüfungsaufbau, der nicht der Paragraphenfolge entspricht. Doch müssen Rechtsanwender im Kapitel über „allgemeine Bestimmungen“ nicht nur hin- und herspringen, sondern im Zweifel von hinten nach vorn prüfen. Das UWG wendet richtig an, wer das Pferd von hinten aufzäumt.
- 16 Zunächst in Erwägung zu ziehen, ist die letzte materielle Vorschrift, nämlich das Verbot unzumutbarer Belästigungen. Weiter geht es mit den im Anhang des Gesetzes aufgeführten geschäftlichen Handlungen, die gem. § 3 Abs. 3 „gegenüber Verbrauchern (...) stets unzulässig“ sind. Erst jetzt kommt die Verbotsnorm des § 3 Abs. 1 zum Zuge, unter die die weitaus meisten unlauteren geschäftlichen Handlungen fallen. Die vorrangig anzuwendenden Spezialregelungen der Unlauterkeit gem. §§ 3a-6 betreffen zwar recht eindeutig konturierte Fallgruppen. Um aber stets der Vollharmonisierung der Regelungen zu vergleichender Werbung und zu Geschäftspraktiken i. S. d. UGP-RL Rechnung zu tragen, ist streng genommen auch insoweit eine Prüfung von hinten nach vorn geboten. Demnach ist zunächst festzustellen, ob eine vergleichende Werbung gem. § 6 Abs. 1 in Streit steht. Ist das nicht der Fall, ist zu prüfen, ob die Vorschriften zu irreführenden und aggressiven geschäftlichen Handlungen gegenüber Verbrauchern und sonstigen Marktteilnehmern in (überschießender) Umsetzung der Art. 6-9 UGP-RL einschlägig sind. Erst dann und ggf. unter Berücksichtigung der Zulässigkeit der betreffenden geschäftlichen Handlung sind die überwiegend autonom-deutschen Vorschriften zum Rechtsbruch und zum Mitbewerberschutz zu prüfen, bevor die Auffangklauseln des § 3 Abs. 2 und Abs. 1 zum Zuge kommen. Insoweit ist zusätzlich zu beachten, dass eine geschäftliche Handlung, die keines der in den §§ 3a-6 kodifizierten Unlauterkeitsmerkmale aufweist, nicht ohne Weiteres nach Maßgabe der unspezifischen Unlauterkeitsbegriffe des § 3 Abs. 2 und Abs. 1 für unzulässig erklärt werden darf. Vielmehr ist zu erwägen, ob die gesetzgeberische Präzisierung der Unlauterkeit in dem Sinne abschließend ist, dass ein Verhalten, das die entsprechenden Tatbestandsvoraussetzungen nicht erfüllt, im Umkehrschluss zulässig sein soll und folglich nicht unmittelbar gem. § 3 Abs. 2 bzw.

Abs. 1 verboten werden darf.<sup>36</sup> Ein Rückgriff auf § 3 Abs. 2 bzw. Abs. 1 kommt nur in Betracht, wenn die kodifizierten Unlauterkeitstatbestände nicht alle Umstände und Interessen des streitgegenständlichen Sachverhalts abbilden.<sup>37</sup> Die §§ 3a-6 fungieren mit anderen Worten wie ein Filter, der die Auffangklauseln mit einem „normativen Korsett“ versieht.<sup>38</sup>

- 17 Als ob diese Gesamtstruktur nicht bereits kompliziert genug wäre, ist das Prinzip „von hinten nach vorn“ auch noch bei der Anwendung des § 7 und der §§ 4a-5a zu beachten. Steht die Art und Weise einer geschäftlichen Handlung in Streit, ist zunächst zu prüfen, ob eine gemäß § 7 Abs. 2 und 3 „stets“ unzulässige unzumutbare Belästigung vorliegt. Ist das nicht der Fall, ist das in § 7 Abs. 1 S. 2 kodifizierte Regelbeispiel einer unzumutbaren Belästigung anzuwenden, bevor schließlich die kleine Generalklausel des § 7 Abs. 1 S. 1 in Betracht kommt. Ebenso ist bei der Prüfung der §§ 4a, 5 und § 5a zu verfahren. Auch hier werden die generellen Regelungen in Abs. 1 S. 1 (§§ 4a, 5) bzw. Abs. 1 (§ 5a) in den folgenden Sätzen und Absätzen weiter konkretisiert. Bei § 4a ergeben sich hierdurch anspruchsvolle Verschachtelungen, die vom Begriff der aggressiven geschäftlichen Handlung gem. Abs. 1 S. 1 zu seiner Definition in Abs. 1 S. 2, zur darin verwendeten Begrifflichkeit der „unzulässigen Beeinflussung“ (Abs. 1 S. 2 Nr. 3), ihrer Definition in Abs. 1 S. 3 und zu allgemeinen Kriterien der Feststellung einer unlauteren Aggressivität gem. Abs. 2 führen. Bei § 5 und § 5a finden sich in den hinteren Absätzen spezielle, eigenständige Unlauterkeitstatbestände, die Vorrang vor den generellen Regelungen in den Absätzen 1 genießen. In § 5 betrifft dies Sonderregelungen zu irreführender vergleichender Werbung (Abs. 2 und 3) und eine Vermutungsregel zur Irreführung mit Preisherabsetzungen (Abs. 4), in § 5a die spezifisch verbraucherschützenden Regelungen zur Vorenthaltung wesentlicher Informationen sowie die Nichtkenntlichmachung des kommerziellen Zwecks einer geschäftlichen Handlung (Abs. 2-6).
- 18 Während die Binnenstruktur der §§ 4a-5a durch die UGP-RL vorgegeben ist, beruhen § 7 und insbesondere der Gesamtaufbau des 1. Kapitels auf autonomen

---

<sup>36</sup> BGH, 09.09.2010 – I ZR 157/08, WRP 2011, 444 – FSA-Kodex; *Beater*, Unlauterer Wettbewerb, 2011, Rn. 1060.

<sup>37</sup> BGH, 09.02.2006 – I ZR 73/02, WRP 2006, 577, 578 – Direktansprache am Arbeitsplatz II; BGH, 12.07.2012 – I ZR 54/11, WRP 2013, 491, 493, Rn. 26 – Solarinitiative.

<sup>38</sup> *Lehmler*, UWG, 2007, § 3 Rn. 66; *Keller*, in: *Harte/Henning* (Fn. 9), Einl. A Rn. 32.

Entscheidungen des deutschen Gesetzgebers. Die geltende Systematik atmet dabei noch den Geist der großen lauterkeitsrechtlichen Generalklausel, die die weitaus meisten Fälle verbotenen Wettbewerbsverhaltens erfasst und es daher verdient, an der Spitze des Gesetzes zu stehen. Die Zeiten der großen Generalklausel aber sind Geschichte. Praktisch relevant ist § 3 Abs. 1 vor allem als bloße Umschaltnorm von den Unlauterkeitstatbeständen der §§ 3a-6 zu den Rechtsfolgen der §§ 8-10. Seine Bedeutung als originärer Unlauterkeitstatbestand ist hingegen heute geringer als je zuvor. Ob nämlich eine geschäftliche Handlung unlauter ist, ist wie gezeigt primär anhand der §§ 3a-6 zu beurteilen; für geschäftliche Handlungen, die sich an Verbraucher richten oder diese erreichen, steht als subsidiäres „Sicherheitsnetz“ § 3 Abs. 2 zur Verfügung. § 3 Abs. 1 ist mithin keine „Generalklausel“ mehr,<sup>39</sup> sondern ein mehrfach subsidiärer Auffangtatbestand.<sup>40</sup> Das geltende, weitgehend europäisierte Lauterkeitsrecht hat einen Mittelweg zwischen enumerierten Spezialtatbeständen (so das UWG 1896) und der kaum konturierten, großen Generalklausel des § 1 UWG 1909 gewählt. Die höhere Regelungsdichte des UWG bezweckt, die abstrakt letztlich nicht definierbare „Unlauterkeit“<sup>41</sup> zu konkretisieren, hierdurch einer „Liebe zum Verbot“ liberalisierend entgegenzuwirken und auf diesem Wege rechtssichere und im europäischen Binnenmarkt einheitliche Bedingungen des Marktverhaltens zu statuieren. Die hier verfochtene positivistische Wende im Lauterkeitsrecht ist also keineswegs eine leere Formalität, sondern ein Instrument zur Verwirklichung materieller Regelungsziele.

## 2. Systematisierungskriterien des UWG 2015

- 19 Der komplizierte Aufbau des UWG allein rechtfertigt eine erneute Gesetzesreform freilich kaum. Die Strukturprobleme des UWG aber liegen tiefer. Denn dem 1. Abschnitt, der bezeichnenderweise die völlig farblose Überschrift „Allgemeine

---

<sup>39</sup> So zum UWG 2004 RegE UWG 2004, BT-Drucks. 15/1487, S. 13, 16 f.; zum UWG 2008 RegE UWG 2008, BT-Drucks. 16/10145, S. 21; *Sosnitza*, WRP 2008, 1014, 1018; zum UWG 2015 *Sosnitza*, in: Ohly/Sosnitza (Fn. 34), § 3 Rn. 45; *Köhler*, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen (Fn. 28), § 3 Rn. 1.8, 2.3; *Alexander*, WRP 2016, 411, 413.

<sup>40</sup> Rechtsausschuss UWG 2015, BT-Drucks. 18/6571, S. 13 f.; BGH, 16.11.2017 – I ZR 160/16, WRP 2018, 429, 430, Rn. 12 – Knochenzement II; *Ullmann*, in: juris PraxisKommentar UWG, 2. Aufl. 2009, § 3 Rn. 16 (die lückenfüllende Funktion dürfe nicht überschätzt werden). Unklar BGH 16.11.2017 – I ZR 161/16, WRP 2018, 424, 425, Rn. 15 – Knochenzement I („Die Generalklausel des § 3 Abs. 1 UWG hatte im Hinblick auf den im Streitfall maßgeblichen Schutz von Mitbewerbern und sonstigen Marktteilnehmern bereits bisher die Funktion eines Auffangtatbestands.“).

<sup>41</sup> *Ohly*, WRP 2008, 177, 179.

Bestimmungen“ trägt, fehlt überhaupt ein schlüssiger innerer Zusammenhang. Stattdessen kommen nebeneinander drei gleichrangige Systemisierungskriterien zum Tragen, nämlich die Adressaten der angegriffenen geschäftlichen Handlung (dazu II. 2. a)), die geschützten Interessen bzw. Schutzsubjekte (dazu II. 2. b)) und der Unrechtsgehalt der geschäftlichen Handlung (dazu II. 2. c)). Indikator für die Schwierigkeiten, diesen ungeordneten Stoff zu bändigen, sind die Lehrbücher zum geltenden UWG, die überwiegend auf eine Metagliederung verzichten und stattdessen die Tatbestände der §§ 3-7 ihrer gesetzlichen Reihenfolge nach erläutern.<sup>42</sup>

#### a) Adressaten geschäftlicher Handlungen

20 Das am häufigsten verwendete Ordnungskriterium im UWG 2015 betrifft den Adressaten der streitgegenständlichen geschäftlichen Handlung. Ob sich eine geschäftliche Handlung an Verbraucher bzw. sonstige Marktteilnehmer richtet oder diese erreicht bzw. ob sie „gegenüber“ diesen Personenkreisen vorgenommen wird, entscheidet über die Anwendbarkeit der §§ 3 Abs. 2-4, 4a, 5, 5a und § 7 Abs. 2 Nr. 1 und 2. Die Differenzierung nach dem angesprochenen Marktteilnehmer entstammt nicht erst der UGP-RL. Bereits das UWG 2004 sah Legaldefinitionen des Verbrauchers, des Mitbewerbers und des (sonstigen) Marktteilnehmers vor und unterschied im Rahmen des Beispielskatalogs unlauterer Handlungen z. T. danach, ob Verbraucher (insbesondere § 4 Nr. 2 und 6 a. F.) oder sonstige Marktteilnehmer (Nr. 1 a. F.) mit einer Wettbewerbshandlung konfrontiert waren. Im Übrigen hingegen beruhte das UWG 2004 weiterhin auf dem integrativ-umfassenden Ansatz des deutschen Lauterkeitsrechts.<sup>43</sup>

21 Jener fand mit der Umsetzung der UGP-RL durch das UWG 2008 sein Ende. Trotz aller Bemühungen um eine möglichst schonende Umsetzung der Richtlinie

---

<sup>42</sup> Dies gilt für die seit Inkrafttreten des UWG 2015 erschienen Lehrbücher von *Berlit*, Wettbewerbsrecht, 10. Aufl. 2017 (beginnend mit dem Anhang zu § 3); *Boesche*, Wettbewerbsrecht, 5. Aufl. 2016; *Lettl*, Wettbewerbsrecht, 3. Aufl. 2016; *Jänich*, Lauterkeitsrecht, 2018. Der Aufbau des fallorientierten Lehrbuchs von *Peifer*, Lauterkeitsrecht, 2. Aufl. 2016, folgt im Ansatz dem oben wiedergegebenen Prüfungsschema, siehe dort S. 24, 265). *Emmerich*, Wettbewerbsrecht, 10. Aufl. 2016, gliedert die Darstellung des materiellen Lauterkeitsrechts in Tatbestände der Verletzung von Interessen der Mitbewerber, der Abnehmer und der Allgemeinheit (Marktbehinderung, Rechtsbruch). *Alexander*, Wettbewerbsrecht, 2016, unterscheidet wie hier nach dem Unrechtsgehalt unlauterer Handlungen zwischen der Irreführung und dem Vorenthalten wesentlicher Information; der aggressiven Einflussnahme auf Marktteilnehmer; der Behinderung, Nachahmung und dem Geheimnisschutz sowie weiteren unlauteren Verhaltensweisen.

<sup>43</sup> Dies betraf insbesondere die Generalklausel des § 3, den Rechtsbruchtatbestand des § 4 Nr. 11 und den Irreführungstatbestand des § 5 UWG 2004.

verdeutlichte die Aufspaltung der Generalklausel des § 3 UWG 2004 in drei Absätze, von denen zwei nur auf geschäftliche Handlungen „gegenüber Verbrauchern“ anwendbar waren, dass das UWG fortan maßgeblich entlang von Adressatenkreisen bzw. Gruppenidentitäten zu strukturieren sein würde.<sup>44</sup>

22 Im Zuge der wechselvollen Entstehungsgeschichte des UWG 2015 erlangte das Adressatenkriterium immer größere Bedeutung. So waren die Vorschriften zu aggressiven und irreführenden geschäftlichen Handlungen (§§ 4a, 5) nach dem Referentenentwurf noch auf Verbraucher, Mitbewerber und sonstige Marktteilnehmer gleichermaßen anwendbar.<sup>45</sup> Auch verwiesen die Verbraucher- und die Unternehmerauffangklauseln des § 3 auf das in § 2 Abs. 1 Nr. 7 UWG definierte Kriterium der „fachlichen Sorgfalt“; lediglich die Relevanzkriterien unterschieden danach, ob das wirtschaftliche Verhalten des Verbrauchers oder aber die Interessen von Mitbewerbern oder sonstigen Marktteilnehmern beeinflusst bzw. beeinträchtigt waren.<sup>46</sup> Der Regierungsentwurf wich von dieser Systematik bereits wieder deutlich ab. § 4a sollte lediglich aggressive geschäftliche Handlungen „gegenüber Verbrauchern“ erfassen, der Irreführungstatbestand des § 5 neben Verbrauchern nur noch sonstige Marktteilnehmer, nicht aber mehr Mitbewerber schützen. Und die Auffangklausel für den B2B-Bereich verwies nicht mehr vorbehaltlos auf die „fachliche Sorgfalt“ gem. § 2 Abs. 1 Nr. 7, sondern auf die „für den Unternehmer *jeweils* geltende fachliche Sorgfalt“. Damit sollte betont werden, dass der Begriff der Unlauterkeit unterschiedlich auszulegen ist, je nachdem, ob es um Verbraucherschutz im Anwendungsbereich der UGP-RL oder um den Schutz von Mitbewerbern und sonstigen Marktteilnehmern gehe.<sup>47</sup>

23 Nach Abschluss des parlamentarischen Verfahrens war von all diesen Ansätzen nur wenig übrig geblieben.<sup>48</sup> Von den zahlreichen, vom Rechtsausschuss vorgenommenen Änderungen trugen mehrere dazu bei, das Adressatenkriterium noch weiter in den Vordergrund zu schieben. So schützten die §§ 4a-5a nur noch die Entscheidungsfreiheit von Verbrauchern und sonstigen Marktteilnehmern. Die in den

---

<sup>44</sup> Peukert, in: GK-UWG (Fn. 2), § 3 Rn. 77 ff.; Fezer, WRP 2010, 677 ff.; kritisch Henning-Bodewig, WRP 2014, 1407, 1408.

<sup>45</sup> Vgl. §§ 4a, 5 RefE UWG 2015, WRP 2014, 1374.

<sup>46</sup> Kritisch hierzu Henning-Bodewig, GRUR Int. 2015, 529 ff.

<sup>47</sup> RegE UWG 2015, BR-Drucks. 26/15, S. 8 ff.

<sup>48</sup> Klagge (Fn. 13), S. 255; Spengler (Fn. 35), S. 93 ff.

Referenten- und Regierungsentwürfen noch vorgesehene sog. Unternehmerngeneralklausel wurde zwar gestrichen. Das aber ändert am Erfordernis adressatenbezogener Differenzierung im Rahmen des § 3 nichts, denn geschäftliche Handlungen, die sich „weder an Verbraucher richten noch diese erreichen“ (§ 3 Abs. 3 RegE UWG 2015), unterfallen nunmehr § 3 Abs. 1, dessen Unlauterkeitsbegriff sich aus anderen Quellen speist als derjenige des Abs. 2 i. V. m. § 2 Abs. 1 Nr. 7 und 8.<sup>49</sup> Nicht zuletzt kommt die adressaten- und gruppenbezogene Struktur des UWG durch vier Legaldefinitionen des § 2 zum Ausdruck, die anhand allgemeiner Kriterien ex ante und somit statisch festlegen, was Verbraucher, Mitbewerber, (sonstige) Marktteilnehmer und Unternehmer auszeichnet.

#### b) Geschützte Interessen

- 24 Die Zuordnung zu einer dieser Gruppen ist auch für das zweite Systematisierungskriterium von Belang. Die Unterscheidung zwischen Mitbewerbern, Verbrauchern und sonstigen Marktteilnehmern erfolgt aber nicht im Hinblick darauf, an wen sich eine geschäftliche Handlung richtet bzw. wen sie erreicht, sondern wessen Interessen hierdurch beeinträchtigt sind.<sup>50</sup> Es geht mit anderen Worten nicht um den Adressaten einer Wettbewerbshandlung, sondern um das Schutzsubjekt der UWG-Norm. Diese beiden Gesichtspunkte führen nicht zwangsläufig zur selben Personengruppe. Das klassische Beispiel hierfür ist die für Verbraucher offenkundige und daher nicht irreführende Produktnachahmung, die die Wertschätzung der nachgeahmten Ware unangemessen ausnutzt und daher die wirtschaftlichen Interessen des Originalherstellers als Mitbewerber des Nachahmers beeinträchtigt.<sup>51</sup>
- 25 Dass die von der angegriffenen Handlung tangierten bzw. vom Gesetz geschützten Interessen ein relevantes Unterscheidungskriterium bilden, folgt erneut aus der UGP-RL, genauer aus Erwägungsgrund 6 S. 3, wonach die Richtlinie nationale Rechtsvorschriften nicht „erfasst und berührt (...) in Bezug auf unlautere Geschäftspraktiken, die lediglich die wirtschaftlichen Interessen von Mitbewerbern schädigen“. Nach Auffassung des EuGH hängt die Anwendbarkeit der UGP-RL dementsprechend davon ab, ob das streitgegenständliche Verbot zumindest auch dem

---

<sup>49</sup> Dazu Rechtsausschuss UWG 2015, BT-Drucks. 18/6571, S. 13 f.

<sup>50</sup> *Ohly*, GRUR 2014, 1137, 1141; *Glöckner*, WRP 2014, 1399, 1402.

<sup>51</sup> § 4 Nr. 3 lit. b 1. Alt.; vgl. BGH, 08.11.1984 – I ZR 128/82, WRP 1985, 397 – Tchibo/Rolex I und RegE UWG 2015 BR-Drucks. 26/15, S. 10; *Alexander*, WRP 2016, 411, 417; *Ohly*, GRUR 2014, 1137, 1141.

Verbraucherschutz dient oder ob hiermit ausschließlich andere Zwecke verfolgt werden.<sup>52</sup> Nach dem Regierungsentwurf für das UWG 2015 sollte die interessenbasierte Abgrenzung zwischen unionsrechtlicher und deutscher Generalklausel ausdrücklich kodifiziert werden. Geschäftliche Handlungen, die „ausschließlich die wirtschaftlichen Interessen von Mitbewerbern“ schädigen, sollten auch dann der sog. Unternehmerngeneralklausel des § 3 Abs. 3 RegE UWG 2015 unterfallen, wenn sie sich an Verbraucher richten oder diese erreichen.<sup>53</sup>

- 26 Im Verlauf des parlamentarischen Verfahrens wurden die betreffenden Regelungen zwar mitsamt der „Unternehmerngeneralklausel“ gestrichen, da „für das Verhältnis zu Mitbewerbern und sonstigen Marktteilnehmern § 3 Abs. 1 als Auffangtatbestand zur Verfügung“ stehe.<sup>54</sup> Gleichwohl sollen die geschützten Interessen unverändert ein relevantes Abgrenzungskriterium bilden. Hierauf beruhen zum einen die in § 4 zusammengefassten Fallgruppen des Mitbewerberschutzes, die durchweg Sachverhalte betreffen, bei denen unmittelbar Abnehmer (Verbraucher und sonstige Marktteilnehmer) adressiert werden.<sup>55</sup> Zum anderen ist das Kriterium der beeinträchtigten bzw. geschützten Interessen für die Bestimmung des Anwendungsbereichs des § 3 Abs. 1 relevant, unter den insbesondere Fallgruppen wie die allgemeine Marktstörung zu subsumieren sind, bei denen zwar ggf. gezielt Verbraucher angesprochen werden, die Verbotswürdigkeit aber darauf beruht, dass das Allgemeininteresse am unverfälschten Wettbewerb (§ 1 S. 2) beeinträchtigt ist.<sup>56</sup>

### c) Unrechtsgehalt der geschäftlichen Handlung

- 27 Das dritte Kriterium, an dem sich die Systematik des geltenden UWG orientiert, betrifft den Unrechtsgehalt der geschäftlichen Handlung, also den sachlichen Grund, weshalb ein Marktverhalten verboten ist. Auf diesem Gesichtspunkt basiert der Aufbau der UGP-RL, die sowohl im Kapitel 2 über „unlautere Geschäftspraktiken“ (Art. 6 f./8 f.) als auch in der schwarzen Liste zwischen irreführenden und aggressiven

---

<sup>52</sup> EuGH, 09.11.2010 – C-540/08, Slg. 2010, I-10909 = WRP 2011, 45, Rn. 15 ff., 26 ff. – Mediaprint; EuGH, 14.01.2010 – C-304/08, Slg. 2010, I-217 = WRP 2010, 232, Rn. 37-39 – Plus; EuGH, 30.06.2011 – C-288/10, Slg. 2011, I-5835, Rn. 20 ff. – Wamo/JBC (Schutz kleiner Händler); EuGH, 04.10.2012 – C-559/11, ECLI:EU:C:2012:615, Rn. 18 ff. – Pelckmans Turnhout (Ladenschlussgesetze); Europäische Kommission, Leitlinien Umsetzung UGP-RL (Fn. 33), S. 9 ff.

<sup>53</sup> § 3 Abs. 3 S. 2 RegE UWG 2015, BR-Drucks. 26/15, S. 10 f.

<sup>54</sup> Rechtsausschuss UWG 2015, BT-Drucks. 18/6571, S. 14.

<sup>55</sup> Rechtsausschuss UWG 2015, BT-Drucks. 18/6571, S. 14; *Ohly*, GRUR 2014, 1137, 1141.

<sup>56</sup> *Peukert*, in: GK-UWG (Fn. 2), § 3 Rn. 454 ff.

Geschäftspraktiken als den „bei weitem am meisten verbreiteten Arten“ unlauteren Verhaltens unterscheidet.<sup>57</sup> In der Tat handelt es sich hierbei um die beiden „Archetypen unzulässiger Konkurrentenpraktiken“,<sup>58</sup> anhand derer bereits *Josef Kohler* seine Darstellung des Lauterkeitsrechts gliederte.<sup>59</sup> Während das Verbot irreführender geschäftlicher Handlungen sicherstellt, dass alle Marktteilnehmer die Parameter ihrer wirtschaftlichen Entschlüsse frei von Täuschung bilden können,<sup>60</sup> soll das Verbot aggressiver geschäftlicher Handlungen gewährleisten, dass die Entfaltung wirtschaftlicher Handlungsfreiheit frei von Gewalt und sonst wettbewerbsfremder Aggressivität ablaufen kann.<sup>61</sup>

- 28 Orientiert man sich an den amtlichen Überschriften des geltenden UWG, ist die erste Fallgruppe in § 5 und § 5a geregelt, die zweite in § 4a. Doch finden sich Irreführungs- und Aggressionstatbestände auch noch in anderen Vorschriften, namentlich den §§ 4, 6 und in § 7.<sup>62</sup> Auch im Anhang wird nicht zwischen den zwei Unlauterkeitsgründen differenziert. Der Rechtsbruchtatbestand schließlich entzieht sich der Zuordnung zu einem der beiden Archetypen unlauteren Marktverhaltens wie auch einer Einordnung nach Maßgabe des Adressatenkreises bzw. der Schutzsubjekte/-interessen. Mit Rücksicht hierauf wurde die Zuwiderhandlung gegen Marktverhaltensregeln vom Rechtsausschuss des Bundestages zu einem systematisch eigenständigen Unlauterkeitstatbestand ausgestaltet.<sup>63</sup> Insgesamt kommt dem Unrechtsgehalt der geschäftlichen Handlung demgemäß im geltenden Recht eine eher untergeordnete systematische Bedeutung zu.

---

<sup>57</sup> Vgl. ErwGrd. 13 S. 4 UGP-RL; ferner EuGH, 18.10.2012 – C-428/11, WRP 2012, 1509, 1513, Rn. 46 – *Purely Creative*; RegE UWG 2008, BT-Drucks. 16/10145, S. 30.

<sup>58</sup> *Beater* (Fn. 36), Rn. 7 ff.; *Ohly*, WRP 2008, 177, 182 (unstreitiger Kernbestand des europäischen Lauterkeitsrechts).

<sup>59</sup> *Kohler*, *Der unlautere Wettbewerb*, 1914, S. 104 ff. („Irreleitungen“), S. 235 ff. („Feindseligkeiten“, unter die er die Fälle der Anschwärtzung, den Geheimnisverrat, die Bestechung und die feindselige Geschäftshemmung fasst).

<sup>60</sup> *Beater* (Fn. 36), § 16.

<sup>61</sup> *Beater* (Fn. 36), § 17.

<sup>62</sup> Näher unten III. 2. Anders *Alexander* (Fn. 42), der die mitbewerberschützenden Tatbestände von aggressiven Einflussnahmen auf Abnehmer unterscheidet (S. 243 ff.), und die Vorschriften zu vergleichender Werbung und zu unzumutbaren Belästigungen neben dem Rechtsbruch zu den „weiteren“ unlauteren Verhaltensweisen zählt (S. 323 ff.)

<sup>63</sup> Rechtsausschuss UWG 2015, BT-Drucks. 18/6571, S. 14.

### III. Alternativvorschlag

29 Das geltende Recht ob seiner undurchsichtigen und inkohärenten Systematik zu schelten, ist leicht. Sehr viel schwieriger gestaltet sich offenbar der Versuch, ein UWG zu entwerfen, das am integralen Konzept des deutschen Lauterkeitsrechts festhält und zugleich für eine transparente Umsetzung der EU-Richtlinien sorgt. Auch wenn die letzten beiden UWG-Reformen Zweifel wecken, ob ein solches Unterfangen überhaupt gelingen kann, und stets Grenzfälle verbleiben, die sich einer abstrakten Stoffgliederung widersetzen, soll im Folgenden eine „große“ UWG-Reform skizziert werden, die den Anspruch erhebt, einen kohärenten inneren Zusammenhang in anwenderfreundlicher Weise zum Ausdruck zu bringen. Die anhängige Änderung der UGP-RL<sup>64</sup> könnte dem deutschen Gesetzgeber in nicht allzu ferner Zukunft Gelegenheit geben, sich der Gesamtsystematik des UWG nochmals anzunehmen.

#### 1. Grundgedanken

30 Ein solches Vorhaben sollte beide Schwachstellen des geltenden Rechts adressieren, nämlich den formalen Gesetzesaufbau und die materiellen Systematisierungskriterien.

#### a) Gesetzesaufbau

31 Im Hinblick auf den äußeren Aufbau des Gesetzes erscheint es erstens sinnvoll, die unnötig komplizierte Doppelstruktur aus Unlauterkeit und Unzulässigkeit zu beseitigen. Im Zuge ihrer Einführung hat der Gesetzgeber des UWG 2004 ausdrücklich bestätigt, dass das UWG 1909, dem diese Differenzierung fremd war, (selbstverständlich) ebenfalls ein Verbot sittenwidrigen Wettbewerbshandelns statuierte.<sup>65</sup> Selbiges gilt für § 826 BGB.<sup>66</sup> Der Begriff der Unlauterkeit besagt sowohl für Rechtsanwender als auch für Laien ohne Weiteres, dass das entsprechende Verhalten im weiteren Sinne rechtswidrig und mithin verboten ist. Einer ausdrücklichen Umsetzung des Verbotsausspruchs aus Art. 5 Abs. 1 UGP-RL, der zwangsläufig wieder zu einer Doppelstruktur führt, bedarf es daher nicht. Das gilt umso mehr, als nach der UGP-RL und seit dem UWG 2015 auch nach deutschem Recht die Unlauterkeit einer

---

<sup>64</sup> Siehe Vorschlag für eine Richtlinie „zur besseren Durchsetzung und Modernisierung der EU-Verbraucherschutzvorschriften“, COM(2018) 185, 2018/90(COD) v. 11.04.2018. Vgl. hierzu *Alexander*, WRP Editorial Heft 1/2019 sowie *Dröge*, WRP 2019, 160.

<sup>65</sup> Oben Fn. 20.

<sup>66</sup> Dazu *Peukert*, Güterzuordnung als Rechtsprinzip, 2008, S. 277 ff.

geschäftlichen Handlung die einzige Voraussetzung der Unzulässigkeit gem. § 3 Abs. 1 darstellt. Die sinnvolle Unterscheidung zwischen materiellen Verbotstatbeständen und Rechtsfolgen wird durch eine Aufgabe des Unzulässigkeitskriteriums nicht berührt. Denn die §§ 8-10 können an eine „nach Kapitel 1 unlautere geschäftliche Handlung“ anknüpfen.<sup>67</sup> Soweit mit der Zwischenebene der Unzulässigkeit zum Ausdruck gebracht werden sollte, dass das UWG rein objektive Verbote ausspricht, würde ihre Streichung ebenfalls zu keiner materiellen Rechtsänderung führen. Denn richtigerweise gilt bereits derzeit, dass dem UWG nur zuwiderhandelt, wer die faktischen Tatumstände kennt, die das Unlauterkeitsverdict rechtfertigen, während ein Unrechtsbewusstsein selbstverständlich nicht erforderlich ist.<sup>68</sup>

- 32 Zweitens sollte der Aufbau des UWG vom Kopf auf die Füße gestellt werden. Derzeit ist das UWG wie erläutert von hinten nach vorn zu prüfen. Künftig sollte der Aufbau des Gesetzes das methodisch gebotene Vorgehen widerspiegeln, also vom Speziellen zum Subsidiär-allgemeinen führen. Mithin sollten die Fälle „stets“ verbotener geschäftlicher Handlungen an der Spitze stehen, gefolgt von den sonstigen Konkretisierungen der Unlauterkeit. Den Abschluss der materiellen Vorschriften sollten die subsidiären Auffangtatbestände des § 3 Abs. 2 und 1 bilden.<sup>69</sup> Ein solcher Aufbau würde nicht nur die Rechtsanwendung erleichtern, sondern auch formal einen Schlusstrich unter die ohnehin beendete Geschichte der „großen Generalklausel“ ziehen, unter deren Dach die Rechtsprechung das Lauterkeitsrecht als reines Fallrecht entwickelt. Erneut kann das BGB-Deliktsrecht als Vorbild ins Feld geführt werden. Denn auch § 826 BGB als „Grundtatbestand des allgemeinen deliktsrechtlichen Vermögensschutzes“<sup>70</sup> rangiert nach den beiden anderen „kleinen“ Generalklauseln des „sonstigen Rechts“ und der Schutzgesetzverletzung.<sup>71</sup>

#### b) Hierarchie der Systematisierungskriterien

- 33 Im Hinblick auf die materiellen Systematisierungskriterien besteht die Herausforderung vor allem darin, eine klare Hierarchie der Ordnungsgesichtspunkte zu etablieren. Im

---

<sup>67</sup> In diesem Sinne auch §§ 1, 14 öUWG.

<sup>68</sup> Peukert, in: GK-UWG (Fn. 2), § 3 Rn. 362 ff. m. w. N.

<sup>69</sup> An der bisherigen Struktur festhaltend hingegen der Vorschlag von Ohly, WRP 2015, 1443, 1444 f.

<sup>70</sup> Wagner, in: MünchKommBGB, 7. Aufl. 2017, § 826 Rn. 3.

<sup>71</sup> Peukert (Fn. 66), 278-284 m. w. N.

geltenden Recht kommen demgegenüber wie gezeigt drei gleichrangige Kriterien nebeneinander zum Tragen, mit der Folge, dass das Verhältnis der §§ 3a-7 zueinander häufig unklar ist. Die Mehrzahl der Alternativvorschläge geht dahin, vorrangig zwischen abnehmer- und mitbewerberschützenden Tatbeständen zu unterscheiden.<sup>72</sup> Nach *Ohly* zählen zur ersten Gruppe die Tatbestände der §§ 3 Abs. 2-4, 4a, 5, 5a und § 7 des geltenden Rechts, zur zweiten die §§ 3 Abs. 1, 4 und § 6; da der Rechtsbruchtatbestand dem Schutz aller Gruppen von Marktteilnehmern diene, sei dieser in einem gesonderten Abschnitt zu regeln.<sup>73</sup>

- 34 Zwar etabliert dieser Ansatz eine Hierarchie der Systemisierungskriterien und führt allein hierdurch zu einer Verbesserung im Vergleich zum geltenden Recht. Das nicht zuletzt historisch bedingte Hauptunterscheidungsmerkmal – klassischer Mitbewerberschutz vs. später hinzugetretener Verbraucher- bzw. Abnehmerschutz – aber erscheint nicht optimal.
- 35 Erstens bleibt nach *Ohly*s Lösung die Ambivalenz des geltenden Rechts bestehen, das abnehmer- und mitbewerberschützende Vorschriften nach zwei Gesichtspunkten unterteilt, nämlich nach dem Adressaten einer geschäftlichen Handlung und den betroffenen bzw. geschützten Interessen. Demgemäß schlägt auch *Ohly* § 4 des geltenden Rechts den mitbewerberschützenden Vorschriften zu, obwohl sich die betreffenden Verhaltensweisen typischerweise an Abnehmer richten bzw. diese erreichen.
- 36 Zweitens entzieht sich keineswegs nur der Rechtsbruchtatbestand einer Zuordnung zum Abnehmer- oder Mitbewerberschutz. Dies gilt zunächst für die Vorschriften zu vergleichender Werbung, die *Ohly* den mitbewerberschützenden Regelungen zuteilt, obwohl Art. 4 lit. a WerbeRL zum praktisch wohl bedeutsamsten Verbot irreführender vergleichender Werbung ausdrücklich auf die verbraucherschützenden Irreführungsverbote der UGP-RL verweist. Aus Art. 1 und Erwägungsgrund 9 S. 1 WerbeRL ergibt sich ferner, dass die Richtlinie für vergleichende Werbung gerade

---

<sup>72</sup> *Ohly*, WRP 2015, 1443 ff.; *Peifer* (Fn. 42), S. 265. Ebenso Art. 2 CH-UWG („Unlauter und widerrechtlich ist jedes täuschende oder in anderer Weise gegen den Grundsatz von Treu und Glauben verstoßende Verhalten oder Geschäftsgebaren, welches das Verhältnis zwischen Mitbewerbern oder zwischen Anbietern und Abnehmern beeinflusst“); anders aber § 1 Abs. 1 öUWG (Unterscheidung zwischen unlauteren Geschäftspraktiken zum Nachteil von Unternehmen – B2B – und zur Beeinflussung des Durchschnittsverbrauchers – B2C).

<sup>73</sup> *Ohly*, WRP 2015, 1443, 1444 f.

nicht zwischen Schutzsubjekten differenziert und demgemäß Praktiken entgegensteht, die „den Wettbewerb verzerren, die Mitbewerber schädigen und die Entscheidung der Verbraucher negativ beeinflussen können“.<sup>74</sup> Dieser holistische Ansatz gilt ferner für § 7 Abs. 1 S. 1, der folglich entgegen *Ohly* nicht einseitig als Abnehmerschutz qualifiziert werden kann. Der Wortlaut gibt für eine solche Fokussierung nichts her. Anders als es auf den ersten Blick erscheinen mag, können unzumutbare Belästigungen durchaus auch gegen Mitbewerber gerichtet sein. Ein Beispiel hierfür sind Anrufe im Betrieb eines Konkurrenten mit dem Ziel, Mitarbeiter abzuwerben.<sup>75</sup>

37 Drittens ist es prinzipiell verfehlt, das Lauterkeitsrecht nach adressierten bzw. betroffenen Personengruppen zu strukturieren.<sup>76</sup> In der Marktwirtschaft gibt es keine statischen Rollen; jede „Person“ kann gem. § 2 Abs. 1 Nr. 1 geschäftliche Handlungen vornehmen. Ob das UWG einschlägig ist und eine geschäftliche Handlung untersagt, hängt nicht vom vermeintlich fixen Status der beteiligten Personen ab, sondern von der konkret in Rede stehenden Verhaltensweise.<sup>77</sup> Jene ist maßgeblicher Bezugspunkt der lauterkeitsrechtlichen Beurteilung. Sie ist es, die den Interessengegensatz konstituiert, der zu beurteilen ist. Nur in Bezug auf die streitgegenständliche geschäftliche Handlung kann bestimmt werden, welche Personen und Interessen betroffen sind, und ob ein Verbot zu ergehen hat. Deshalb etwa zählen zu den Mitbewerbern nicht nur diejenigen Unternehmer, die von vornherein im selben Markt wie der unlauter handelnde bzw. geförderte Unternehmer tätig sind, sondern ggf. auch marktfremde Unternehmer, die erst durch die geschäftliche Handlung unmittelbar nachteilig in ihren unternehmerischen Interessen beeinträchtigt werden und hierdurch zu Ad-hoc-Mitbewerbern werden.<sup>78</sup>

38 Die Dynamik des grundsätzlich freien wirtschaftlichen Wettbewerbs schließt es ebenfalls aus, das Lauterkeitsrecht nach Maßgabe der betroffenen bzw. geschützten Interessen zu gliedern. Denn eine unlautere geschäftliche Handlung beeinträchtigt in aller Regel nicht nur die Interessen von Mitbewerbern, Verbrauchern oder sonstigen Marktteilnehmern, sondern mittelbar zugleich die Interessen einer oder mehrerer

---

<sup>74</sup> *Peukert*, ZHR 173 (2009), 536 ff.; *Emmerich* (Fn. 42), S. 48.

<sup>75</sup> Vgl. *Köhler*, in: *Köhler/Bornkamm/Feddersen* (Fn. 28), § 7 Rn. 28-30 m. w. N.

<sup>76</sup> *Henning-Bodewig*, GRUR 2013, 26, 27; anders EuGH, 03.10.2013 – C-59/12, WRP 2013, 1454, 1456, Rn. 41 („persönlicher Anwendungsbereich“ der UGP-RL).

<sup>77</sup> *Henning-Bodewig*, GRUR 2013, 26, 27; *Glöckner/Kur*, GRUR-Beilage 2014, 29, 39.

<sup>78</sup> Dazu *Peukert*, in: *GK-UWG* (Fn. 2), § 2 Rn. 472 ff.

anderer Personengruppen. Irreführende, aggressive und sonst unlautere Geschäftspraktiken gegenüber Abnehmern wirken sich nachteilig auf rechtmäßig handelnde Mitbewerber aus;<sup>79</sup> umgekehrt beeinträchtigen Verstöße gegen § 4 UWG mittelbar auch (potentielle) Abnehmer des betroffenen Mitbewerbers. Ein strikt gruppenbezogener Aufbau des UWG würde diese Zusammenhänge verdecken und die Gefahr heraufbeschwören, dass geschäftliche Handlungen nicht mehr umfassend in ihrer Auswirkung auf das Allgemeininteresse am unverfälschten Wettbewerb (§ 1 S. 2 UWG), sondern nur noch einseitig aus der Warte der Abnehmer oder aber der Mitbewerber beurteilt werden.

- 39 Stattdessen erscheint es vorzugswürdig, am holistischen Ansatz des deutschen Rechts festzuhalten und nach Schutzsubjekten nur zu differenzieren, wo das Unionsrecht dies verlangt. Als primäres Systematisierungskriterium bietet sich sodann der Unrechtsgehalt der geschäftlichen Handlung an. Die Frage, warum eine bestimmte geschäftliche Handlung verbotswürdig ist, steht auch bei der praktischen Rechtsanwendung am Beginn der Betrachtung. Die UGP-RL differenziert innerhalb ihrer Verbraucherschutzlogik wie erläutert ebenfalls zwischen irreführenden und aggressiven Geschäftspraktiken.<sup>80</sup> Am Grund der Verbotswürdigkeit orientiert sich schließlich auch die Systematik des europäischen Wettbewerbsrechts, das zwischen mehrseitigen wettbewerbsbeschränkenden Abreden, dem einseitigen Marktmachtmissbrauch und der vorbeugenden Fusionskontrolle unterscheidet. Die im früheren deutschen Kartellrecht prominente Differenzierung zwischen horizontalen und vertikalen Wettbewerbsbeschränkungen ist von dieser Ordnung weitgehend verdrängt worden.<sup>81</sup>

## 2. Wortlaut des Alternativvorschlags

40

### **Kapitel 1: Allgemeine Bestimmungen**

#### **§ 1 Zweck des Gesetzes**

[unverändert]

---

<sup>79</sup> ErwGrd. 6 S. 1 UGP-RL.

<sup>80</sup> Ebenso *Alexander* (Fn. 42), S. 121 ff., 217 ff.; §§ 1a, 2 öUWG, Art. 18-26 Codice del consumo (Italien), §§ 7, 8 Marknadsföringslag (Schweden), jeweils in Bezug auf alle Marktteilnehmer; Art. L121-1-L121-7 Code de la consommation (Frankreich), für die Irreführung in Bezug auf alle Marktteilnehmer (Art. L-121-5); Art. 193b-i Burgerlijk Wetboek Niederlande (nur für Verbraucher).

<sup>81</sup> Vgl. nur *Glöckner*, Kartellrecht, 2. Aufl. 2017, S. 181 ff.

## **§ 2 Definitionen**

[unverändert]

## **§ 3 Beurteilung geschäftlicher Handlungen gegenüber Verbrauchern**

Bei der Beurteilung von geschäftlichen Handlungen gegenüber Verbrauchern ist auf den durchschnittlichen Verbraucher oder, wenn sich die geschäftliche Handlung an eine bestimmte Gruppe von Verbrauchern wendet, auf ein durchschnittliches Mitglied dieser Gruppe abzustellen. Geschäftliche Handlungen, die für den Unternehmer vorhersehbar das wirtschaftliche Verhalten nur einer eindeutig identifizierbaren Gruppe von Verbrauchern wesentlich beeinflussen, die auf Grund von geistigen oder körperlichen Beeinträchtigungen, Alter oder Leichtgläubigkeit im Hinblick auf diese geschäftlichen Handlungen oder die diesen zugrunde liegenden Waren oder Dienstleistungen besonders schutzbedürftig sind, sind aus der Sicht eines durchschnittlichen Mitglieds dieser Gruppe zu beurteilen.

## **Kapitel 2: Unlautere geschäftliche Handlungen**

### **Abschnitt 1: Irreführende geschäftliche Handlungen**

#### **§ 4 Stets unlautere Irreführungen**

Die folgenden geschäftlichen Handlungen gegenüber Verbrauchern sind stets unlauter: [Anhang Nr. 1-24 geltende Fassung (g. F.), bei Nr. 5 und 6 unter Verweis auf § 7 Abs. 2].

#### **§ 5 Irreführende vergleichende Werbung**

(1) Vergleichende Werbung ist jede Werbung, die unmittelbar oder mittelbar einen Mitbewerber oder die von einem Mitbewerber angebotenen Waren oder Dienstleistungen erkennbar macht.

(2) Unlauter handelt, wer vergleichend wirbt, wenn der Vergleich

1. irreführend ist im Sinne des § 6 oder § 7.<sup>82</sup>

2. sich nicht auf Waren oder Dienstleistungen für den gleichen Bedarf oder dieselbe Zweckbestimmung bezieht,

3. nicht objektiv auf eine oder mehrere wesentliche, relevante, nachprüfbare und typische Eigenschaften oder den Preis dieser Waren oder Dienstleistungen bezogen ist,

4. im geschäftlichen Verkehr zu einer Gefahr von Verwechslungen zwischen dem Werbenden und einem Mitbewerber oder zwischen den von diesen angebotenen Waren oder Dienstleistungen oder den von ihnen verwendeten Kennzeichen führt.

---

<sup>82</sup> Zu den Schwierigkeiten, die sich nach geltendem Recht im Hinblick auf die Umsetzung des Verbots der irreführenden vergleichenden Werbung gem. Art. 4 lit. a WerbeRL ergeben, vgl. nur *Dreyer*, in: *Harte/Henning* (Fn. 9), § 5 Abs. K Rn. 1 ff.

## **§ 6 Sonstige irreführende geschäftliche Handlungen**

(1) Eine geschäftliche Handlung ist unlauter, wenn sie unwahre Angaben enthält oder sonstige zur Täuschung geeignete Angaben über folgende Umstände enthält: [§ 5 Abs. 1 S. 2 Nr. 1-7 g. F. unverändert]. Angaben im Sinne von Satz 1 sind auch bildliche Darstellungen und sonstige Veranstaltungen, die darauf zielen und geeignet sind, solche Angaben zu ersetzen.

(2) Eine geschäftliche Handlung ist auch irreführend, wenn sie im Zusammenhang mit der Vermarktung von Waren oder Dienstleistungen eine Verwechslungsgefahr mit einer anderen Ware oder Dienstleistung oder mit der Marke oder einem anderen Kennzeichen eines Mitbewerbers hervorruft.

(3) Unlauter handelt ferner, wer eine sonstige irreführende geschäftliche Handlung vornimmt, die geeignet ist, einen Marktteilnehmer<sup>83</sup> zu einer geschäftlichen Entscheidung zu veranlassen, die er andernfalls nicht getroffen hätte.

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

## **§ 7 Irreführung durch Unterlassen**

(1) Unlauter handelt, wer im konkreten Fall unter Berücksichtigung aller Umstände dem Verbraucher eine wesentliche Information vorenthält,

1. die der Verbraucher je nach den Umständen benötigt, um eine informierte geschäftliche Entscheidung zu treffen, und

2. deren Vorenthalten geeignet ist, den Verbraucher zu einer geschäftlichen Entscheidung zu veranlassen, die er andernfalls nicht getroffen hätte.

Als Vorenthalten gilt auch

1. das Verheimlichen wesentlicher Informationen,

2. die Bereitstellung wesentlicher Informationen in unklarer, unverständlicher oder zweideutiger Weise,

3. die nicht rechtzeitige Bereitstellung wesentlicher Informationen.

(2) Werden Waren oder Dienstleistungen unter Hinweis auf deren Merkmale und Preis in einer dem verwendeten Kommunikationsmittel angemessenen Weise so angeboten, dass ein durchschnittlicher Verbraucher das Geschäft abschließen kann, gelten folgende Informationen als wesentlich im Sinne des Absatzes 1, sofern sie sich nicht unmittelbar aus den Umständen ergeben:

---

<sup>83</sup> Zur Irreführung von Mitbewerbern oben II. 2. a) Rn. 20 ff.

1. alle wesentlichen Merkmale der Ware oder Dienstleistung in dem dieser und dem verwendeten Kommunikationsmittel angemessenen Umfang;

2. die Identität und Anschrift des Unternehmers, gegebenenfalls die Identität und Anschrift des Unternehmers, für den er handelt;

3. der Gesamtpreis oder in Fällen, in denen ein solcher Preis auf Grund der Beschaffenheit der Ware oder Dienstleistung nicht im Voraus berechnet werden kann, die Art der Preisberechnung sowie gegebenenfalls alle zusätzlichen Fracht-, Liefer- und Zustellkosten oder in Fällen, in denen diese Kosten nicht im Voraus berechnet werden können, die Tatsache, dass solche zusätzlichen Kosten anfallen können;

4. Zahlungs-, Liefer- und Leistungsbedingungen sowie Verfahren zum Umgang mit Beschwerden, soweit sie von Erfordernissen der unternehmerischen Sorgfalt abweichen, und

5. das Bestehen eines Rechts zum Rücktritt oder Widerruf.

(3) Als wesentlich im Sinne des Absatzes 1 gelten auch Informationen, die dem Verbraucher auf Grund unionsrechtlicher Verordnungen oder nach Rechtsvorschriften zur Umsetzung unionsrechtlicher Richtlinien für kommerzielle Kommunikation einschließlich Werbung und Marketing nicht vorenthalten werden dürfen.

(4) Bei der Beurteilung, ob Informationen vorenthalten wurden, sind zu berücksichtigen:

1. räumliche oder zeitliche Beschränkungen durch das für die geschäftliche Handlung gewählte Kommunikationsmittel sowie

2. alle Maßnahmen des Unternehmers, um dem Verbraucher die Informationen auf andere Weise als durch das Kommunikationsmittel nach Nummer 1 zur Verfügung zu stellen.

(5) Unlauter handelt auch, wer den kommerziellen Zweck einer geschäftlichen Handlung nicht kenntlich macht, sofern sich dieser nicht unmittelbar aus den Umständen ergibt, und das Nichtkenntlichmachen geeignet ist, den Verbraucher zu einer geschäftlichen Entscheidung zu veranlassen, die er andernfalls nicht getroffen hätte.

(6) Bei der Beurteilung, ob das Verschweigen einer Tatsache sonst irreführend ist, sind insbesondere deren Bedeutung für die geschäftliche Entscheidung nach der Verkehrsauffassung sowie die Eignung des Verschweigens zur Beeinflussung der Entscheidung zu berücksichtigen.

## **Abschnitt 2: Aggressive geschäftliche Handlungen**

### **§ 8 Stets unlautere Aggressivität**

Die folgenden geschäftlichen Handlungen gegenüber Verbrauchern sind stets unlauter: [Anhang Nr. 25-30 (g. F.) unverändert]

### **§ 9 Aggressive vergleichende Werbung**

Unlauter handelt, wer im Sinne des § 5 Absatz 1 vergleichend wirbt, wenn der Vergleich

1. den Ruf des von einem Mitbewerber verwendeten Kennzeichens in unlauterer Weise ausnutzt oder beeinträchtigt,<sup>84</sup>
2. die Waren, Dienstleistungen, Tätigkeiten oder persönlichen oder geschäftlichen Verhältnisse eines Mitbewerbers herabsetzt oder verunglimpft oder
3. eine Ware oder Dienstleistung als Imitation oder Nachahmung einer unter einem geschützten Kennzeichen vertriebenen Ware oder Dienstleistung darstellt.<sup>85</sup>

### **§ 10 Unlautere Aggressivität gegenüber Abnehmern**

(1) Eine geschäftliche Handlung ist unlauter, wenn sie im konkreten Fall unter Berücksichtigung aller Umstände geeignet ist, die Entscheidungsfreiheit des Verbrauchers oder sonstigen Marktteilnehmers erheblich zu beeinträchtigen durch

1. Belästigung,
2. Nötigung einschließlich der Anwendung körperlicher Gewalt oder
3. unzulässige Beeinflussung.

Eine unzulässige Beeinflussung liegt vor, wenn der Unternehmer eine Machtposition gegenüber dem Verbraucher oder sonstigen Marktteilnehmer zur Ausübung von Druck, auch ohne Anwendung oder Androhung von körperlicher Gewalt, in einer Weise ausnutzt, die die Fähigkeit des Verbrauchers oder sonstigen Marktteilnehmers zu einer informierten Entscheidung wesentlich einschränkt.

(2) Bei der Feststellung, ob eine geschäftliche Handlung aggressiv im Sinne des Absatzes 1 ist, ist abzustellen auf [§ 4a Abs. 2 S. 1 Nr. 1-5 g. F. unverändert]. Zu den Umständen, die nach Nummer 3 zu berücksichtigen sind, zählen insbesondere geistige und körperliche Beeinträchtigungen, das Alter, die geschäftliche Unerfahrenheit, die Leichtgläubigkeit, die Angst und die Zwangslage von Verbrauchern.

---

<sup>84</sup> Einen Grenzfall der Unterscheidung zwischen irreführenden und aggressiven geschäftlichen Handlungen stellt die Rufbeeinträchtigung dar, die vom EuGH als Irreführungstatbestand aufgefasst wird (EuGH, 08.04.2003 – C-44/01, Slg. 2003, I-3095 = WRP 2003, 615, Rn. 49 – Pippig/Hartlauer), hier aber mit der Rufausnutzung den aggressiven geschäftlichen Handlungen zugeschlagen wird.

<sup>85</sup> Im italienischen Recht sind hingegen sämtliche Anforderungen an lautere vergleichende Werbung im Abschnitt über das Verbot von Irreführungen geregelt; vgl. Art. 22 Codice del consumo.

(3) Unlauter handelt ferner, wer eine sonstige aggressive geschäftliche Handlung vornimmt, die geeignet ist, den Verbraucher oder sonstigen Marktteilnehmer zu einer geschäftlichen Entscheidung zu veranlassen, die dieser andernfalls nicht getroffen hätte.

### **§ 11 Unlautere Aggressivität gegenüber Mitbewerbern**

[§ 4 g. F. unverändert<sup>86</sup>]

### **§ 12 Unlautere Belästigungen**

(1) Stets unlauter ist Werbung

1. unter Verwendung eines in den Nummern 2 und 3 nicht aufgeführten, für den Fernabsatz geeigneten Mittels der kommerziellen Kommunikation, durch die ein Verbraucher hartnäckig angesprochen wird, obwohl er dies erkennbar nicht wünscht;

2. mit einem Telefonanruf gegenüber einem Verbraucher ohne dessen vorherige ausdrückliche Einwilligung oder gegenüber einem sonstigen Marktteilnehmer ohne dessen zumindest mutmaßliche Einwilligung,

3. unter Verwendung einer automatischen Anrufmaschine, eines Faxgerätes oder elektronischer Post, ohne dass eine vorherige ausdrückliche Einwilligung des Adressaten vorliegt, oder

4. mit einer Nachricht,

a) bei der die Identität des Absenders, in dessen Auftrag die Nachricht übermittelt wird, verschleiert oder verheimlicht wird oder

b) bei der gegen § 6 Absatz 1 des Telemediengesetzes verstoßen wird oder in der der Empfänger aufgefordert wird, eine Website aufzurufen, die gegen diese Vorschrift verstößt, oder

c) bei der keine gültige Adresse vorhanden ist, an die der Empfänger eine Aufforderung zur Einstellung solcher Nachrichten richten kann, ohne dass hierfür andere als die Übermittlungskosten nach den Basistarifen entstehen.

(2) Abweichend von Absatz 1 Nummer 3 ist Werbung unter Verwendung elektronischer Post nicht unlauter, wenn

1. ein Unternehmer im Zusammenhang mit dem Verkauf einer Ware oder Dienstleistung von dem Kunden dessen elektronische Postadresse erhalten hat,

---

<sup>86</sup> Auch die Tatbestände des Mitbewerberschutzes zeigen z. T. die Grenzen der hier gewählten Unterscheidung auf. § 4 Nr. 2, Nr. 3 lit. a und Nr. 3 lit. b 2. Alt. (Beeinträchtigung der Wertschätzung) stellen aus Sicht der typischerweise adressierten Abnehmer Irreführungstatbestände dar; vgl. *Peukert*, in: GK-UWG (Fn. 2), § 3 Rn. 254. Ihr Verbot beruht aber nicht auf diesem Vorwurf, sondern auf dem Vorwurf der Beeinträchtigung der Interessen des betroffenen Mitbewerbers, für den sich das Verhalten als unlautere Aggressivität darstellt.

2. der Unternehmer die Adresse zur Direktwerbung für eigene ähnliche Waren oder Dienstleistungen verwendet,

3. der Kunde der Verwendung nicht widersprochen hat und

4. der Kunde bei Erhebung der Adresse und bei jeder Verwendung klar und deutlich darauf hingewiesen wird, dass er der Verwendung jederzeit widersprechen kann, ohne dass hierfür andere als die Übermittlungskosten nach den Basistarifen entstehen.

(3) Werbung ist im Übrigen unlauter, wenn für den Werbenden erkennbar ist, dass der angesprochene Marktteilnehmer diese Werbung nicht wünscht.

(4) Eine geschäftliche Handlung ist ferner unlauter, wenn durch sie ein Marktteilnehmer in sonstiger unzumutbarer Weise belästigt wird.

### **Abschnitt 3: Sonstige unlautere geschäftliche Handlungen**

#### **§ 13 Rechtsbruch**

[§ 3a g. F. unverändert]

#### **§ 14 Sonstige unlautere geschäftliche Handlungen gegenüber Verbrauchern**

Geschäftliche Handlungen, die sich an Verbraucher richten oder diese erreichen, sind im Übrigen unlauter, wenn sie nicht der unternehmerischen Sorgfalt entsprechen und dazu geeignet sind, das wirtschaftliche Verhalten des Verbrauchers wesentlich zu beeinflussen.

#### **§ 15 Sonstige unlautere geschäftliche Handlungen**

Sonstige geschäftliche Handlungen sind im Übrigen unlauter, wenn sie den anständigen Gepflogenheiten im Geschäftsverkehr zuwiderlaufen und geeignet sind, die Interessen von Mitbewerbern, sonstigen Marktteilnehmern oder der Allgemeinheit spürbar zu beeinträchtigen.<sup>87</sup>

#### **Kapitel 3: Rechtsfolgen [Kapitel 2 g. F. unverändert]**

#### **Kapitel 4: Verfahrensvorschriften [Kapitel 3 g. F. unverändert]**

#### **Kapitel 5: Straf- und Bußgeldvorschriften [Kapitel 4 unverändert]**

---

<sup>87</sup> Ähnlich *Ohly*, WRP 2015, 1443, 1445; vgl. ferner *Henning-Bodewig*, GRUR Int. 2015, 529, 534; BGH, 16.11.2017 – I ZR 160/16, WRP 2018, 429, 431, Rn. 24 – Knochenzement II.