

# Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb: UWG

Köhler / Bornkamm / Feddersen

40. Auflage 2022  
ISBN 978-3-406-77207-8  
C.H.BECK

schnell und portofrei erhältlich bei  
[beck-shop.de](https://beck-shop.de)

Die Online-Fachbuchhandlung [beck-shop.de](https://beck-shop.de) steht für Kompetenz aus Tradition. Sie gründet auf über 250 Jahre juristische Fachbuch-Erfahrung durch die Verlage C.H.BECK und Franz Vahlen.

[beck-shop.de](https://beck-shop.de) hält Fachinformationen in allen gängigen Medienformaten bereit: über 12 Millionen Bücher, eBooks, Loseblattwerke, Zeitschriften, DVDs, Online-Datenbanken und Seminare. Besonders geschätzt wird [beck-shop.de](https://beck-shop.de) für sein

umfassendes Spezialsortiment im Bereich Recht, Steuern und Wirtschaft mit rund 700.000 lieferbaren Fachbuchtiteln.

**bb) Aufmerksamkeit des Verbrauchers.** Bei der Aufmerksamkeit des Verbrauchers geht es darum, inwieweit der Unternehmer vom Verbraucher erwarten darf, dass er die ihm angebotenen Produktinformationen auch wahrnimmt, also verarbeitet und bei seiner Entscheidung berücksichtigt (*Lettl*, Der lauterkeitsrechtliche Schutz vor irreführender Werbung in Europa, 2004, 93). Hier darf der Unternehmer von einer „durchschnittlichen“ bzw. „angemessenen“ Aufmerksamkeit ausgehen. Selbst wenn also eine Information in einer Fremdsprache abgefasst ist, ist dies unschädlich, wenn sie für den Verbraucher leicht verständlich oder die Unterrichtung des Verbrauchers durch andere Maßnahmen gewährleistet ist (EuGH Slg. 1991, I-2971 Rn. 31 – *Piageme I*; EuGH Slg. 1995, I-2955 Rn. 31 – *Piageme II*; EuGH Slg. 2000, I-6579 Rn. 23 und 28 – *Geffroy*). Nimmt der Verbraucher die ihm angebotenen Informationen – etwa aus Uninteressiertheit – nicht zur Kenntnis, ist das sein Risiko. Ihm kann eine gewisse Selbstverantwortung nicht abgenommen werden (vgl. *Köhler GRUR* 2001, 1067 (1069)). **Beispiel:** Ist auf einer Erdbeerkonfitüre im Zutatenverzeichnis das Gelmittel Pektin aufgelistet, so ist davon auszugehen, dass der Verbraucher, der sich bei seiner Kaufentscheidung nach der Zusammensetzung des Produkts richtet, zunächst das Zutatenverzeichnis liest. Die Angabe „naturrein“ kann den Verbraucher nicht deswegen irreführen, weil die Konfitüre dieses Gelmittel enthält (EuGH Slg. 2000, I-2297 Rn. 22 = *WRP* 2000, 489 (491) – *darbo*).

**cc) Verständigkeit des Verbrauchers.** Bei der Verständigkeit (Umsichtigkeit, Kritikfähigkeit) des Verbrauchers geht es vornehmlich darum, wie **kritisch** er mit den ihm angebotenen Informationen umgeht, insbes., ob er die Vor- und Nachteile eines Angebots sachgerecht würdigen kann (*Lettl*, Der lauterkeitsrechtliche Schutz vor irreführender Werbung in Europa, 2004, 93). **Beispiel:** Werden Schokoladenriegel mit dem Aufdruck „+ 10%“ versehen, so ist dieser Aufdruck nicht deshalb irreführend, weil er flächenmäßig größer ist als die Mengensteigerung. Denn der „verständige“ Verbraucher weiß, dass zwischen der Größe von Werbeaufdrucken, die auf eine Erhöhung der Menge des Erzeugnisses hinweisen, und dem Ausmaß dieser Erhöhung nicht notwendig ein Zusammenhang besteht (EuGH Slg. 1995, I-1923 Rn. 24 – *Mars*). – Verständigkeit bedeutet aber auch die Bereitschaft zum **Lernen** und **Umdenken** bei neu auf den Markt kommenden Produkten, die vom Verbraucher erwartet wird (vgl. EuGH Slg. 1980, 417 Rn. 14 – *Kommission/Vereinigtes Königreich*; EuGH Slg. 1987, 1227 Rn. 32 – *Reinheitsgebot*; EuGH GRUR 2007, 511 Rn. 37–41 – *de Landtsheer*). – Im Übrigen ist im Auge zu behalten, dass das Konzept des „verständigen“ Verbrauchers wertungsunfähig ist (*Mörtl WRP* 2014, 906).

**c) Hohes Verbraucherschutzniveau.** Entsprechend den Vorgaben aus Art. 169 I AEUV ist es Zweck der UGP-RL, durch Rechtsangleichung „zu einem reibungslosen Funktionieren des Binnenmarkts und zum Erreichen eines hohen Verbraucherschutzniveaus beizutragen“ (vgl. Art. 1 und ErwGr. 11, 23 UGP-RL; EuGH GRUR 2012, 1269 Rn. 44 – *Purely Creative*; EuGH WRP 2014, 161 Rn. 31 – *Trento Sviluppo*). Die Bestimmungen der UGP-RL, insbes. das generelle Verbot des Art. 5 UGP-RL, sollen dementsprechend ein **hohes Verbraucherschutzniveau** gewährleisten. Der Verbraucher soll umfassend vor unlauteren Geschäftspraktiken geschützt werden, da er sich im Vergleich zu einem Unternehmer in einer unterlegenen Position befindet, nämlich als wirtschaftlich schwächer und rechtlich weniger erfahren angesehen werden muss (EuGH WRP 2013, 1454 Rn. 35 – *BKK MOBIL OIL*). Die Bestimmungen der UGP-RL sind daher im Wesentlichen aus der Sicht des Verbrauchers als des Adressaten und Opfers unlauterer Geschäftspraktiken konzipiert und in diesem Sinne **auszulegen** (vgl. EuGH WRP 2012, 189 Rn. 22, 23, 29 – *Ving Sverige*; EuGH WRP 2014, 38 Rn. 43, 47 – *CHS Tour Services*; EuGH WRP 2013, 1454 Rn. 36 – *BKK MOBIL OIL*; vgl. dazu *Helm WRP* 2013, 710; *Scherer WRP* 2013, 977). – So kann das Ziel eines hohen Verbraucherschutzniveaus eine bestimmte strenge oder „nicht restriktive“ Auslegung eines Tatbestands der UGP-RL zugunsten der Verbraucher stützen (vgl. EuGH WRP 2012, 189 Rn. 29 – *Ving Sverige*; EuGH GRUR 2012, 1269 Rn. 48 – *Purely Creative*). Beurteilungsmaßstab ist und bleibt allerdings der **„Durchschnittsverbraucher“** („der angemessen gut unterrichtet und angemessen aufmerksam und kritisch ist“; ErwGr. 18) und soweit eine bestimmte Gruppe von Verbrauchern angesprochen wird, das **„durchschnittliche Mitglied dieser Gruppe“** (vgl. Art. 5 II lit. b UGP-RL; EuGH GRUR 2012, 1269 Rn. 53 – *Purely Creative*). – Sind **besonders schutzbedürftige Verbraucher** betroffen, ist dies nach Maßgabe des Art. 5 III 1 UGP-RL zu berücksichtigen (vgl. ErwGr. 19; EuGH GRUR 2012, 1269 Rn. 54 – *Purely Creative*). Dazu § 3 IV 2.

### 3. Das Verbraucherleitbild im UWG

- 29 **a) Rechtsentwicklung bis zum UWG 2004.** Ursprünglich legte die Rspr. bei der Anwendung des UWG das Leitbild des „**flüchtigen**“ bzw. „**unkritischen**“ Verbrauchers zu Grunde (vgl. BGH GRUR 1982, 564 (566) – *Elsässer Nudeln*; BGH GRUR 1984, 741 (742) – *patented*; BGH GRUR 1990, 604 (605) – *Dr. S.-Arzneimittel*; BGH GRUR 1992, 450 (452 f.) – *Beitragsrechnung*). Davon löste sie sich allmählich seit Mitte der 90er Jahre. **Beispiele** für einen **Wechsel der Rspr.:** einerseits BGH GRUR 1972, 829 – *Der meistgekaufte der Welt*, andererseits BGH GRUR 1996, 910 (912) – *Der meistverkaufte Europas*; einerseits BGH GRUR 1986, 622 – *Umgekehrte Versteigerung I*, andererseits BGH GRUR 2003, 626 (627) – *Umgekehrte Versteigerung II*. In der Folgezeit übernahm die Rspr. das (jetzt) **unionsrechtliche Verbraucherleitbild**, und zwar nicht nur für den Bereich der irreführenden Werbung, sondern auch für das gesamte **Lauterkeitsrecht** (stRspr; vgl. BGH GRUR 2000, 619 – *Orient-Teppichmuster*; BGH GRUR 2001, 1061 (1063) – *Mitwohzentrale.de*; BGH GRUR 2002, 828 (829) – *Lottoschein*; BGH GRUR 2002, 976 (978) – *Kopplungsangebot I*; BGH GRUR 2002, 979 (981) – *Kopplungsangebot II*; BGH GRUR 2003, 626 (627) – *Umgekehrte Versteigerung II*). Eine entspr. Entwicklung vollzog sich im **Markenrecht** (vgl. BGH GRUR 2000, 875 (877) – *Davidoff*; BGH GRUR 2002, 160 (162) – *Warsteiner III*; BGH GRUR 2002, 809 (811) – *FRÜHSTÜCKS-DRINK I*; BGH GRUR 2002, 812 (813) – *FRÜHSTÜCKS-DRINK II*; BGH GRUR 2002, 814 (815) – *Festspielhaus*; BGH GRUR 2002, 1067 (1070) – *DKV/OKV*; BGH GRUR 2003, 332 (334) – *Abschlussstück*), ferner im **Arzneimittel-** und **Lebensmittelrecht** (vgl. BGH GRUR 2002, 528 (529) – *L-Carnitin*).
- 30 **b) Rechtsentwicklung ab dem UWG 2004.** Bereits bei der Aufhebung des Rabattgesetzes und der Zugabeverordnung war der Gesetzgeber von dem unionsrechtlichen Verbraucherleitbild ausgegangen (vgl. BT-Drs. 14/5441 sowie BT-Drs. 14/4424). Die Begründung zum **UWG 2004** knüpfte an die neuere Rspr. des BGH an und bekannte sich ausdrücklich zum Leitbild des „**durchschnittlich informierten und verständigen Verbrauchers...**, der das **Werbverhalten mit einer der Situation angemessenen Aufmerksamkeit verfolgt**“ (vgl. Begr. RegE UWG zu § 5, BT-Drs. 15/1487, 19). In den von Richtlinien erfassten Bereichen des Lauterkeitsrechts entspricht dies dem Gebot der **richtlinienkonformen Auslegung** (dazu → Einl. Rn. 3.13). So legt die **UGP-RL** in ErwGr. 18 als „Maßstab“ für die Rechtsanwendung den „Durchschnittsverbraucher, der angemessen gut unterrichtet und angemessen aufmerksam und kritisch ist“, zu Grunde. In der **UWG-Novelle 2008** wurde mit Einführung des § 3 II 2 dieser Ansatz übernommen. In der **UWG-Novelle 2015** wurde diese Bestimmung in den § 3 IV 1 überführt. Dieser Maßstab gilt nicht nur für die Tatbestände des Anh. § 3 III, sondern auch für den Bereich der irreführenden geschäftlichen Handlungen und Unterlassungen (§§ 5, 5a) und der vergleichenden Werbung (§ 6) sowie für aggressive geschäftliche Handlungen, die auf die Entscheidung des Verbrauchers einwirken (§ 4a). Hinsichtlich der Einwirkung auf die Privatsphäre des Verbrauchers durch Belästigung iSd § 7 (→ § 7 Rn. 10) ist auf den **durchschnittlich (normal) empfindlichen** Verbraucher abzustellen (→ Rn. 37; BGH GRUR 2011, 747 Rn. 17 – *Kreditkartenübersendung*). – Die Grundsätze zum Verbraucherleitbild gelten, wie im Unionsrecht (vgl. EuGH GRUR 2002, 355 Rn. 52 – *Toshiba Europe*; → Rn. 19), sinngemäß auch für **sonstige Marktteilnehmer**.
- 31 **c) Konkretisierung des Verbraucherleitbilds. aa) Allgemeines.** Das Verbraucherleitbild bedarf der Konkretisierung durch die Gerichte unter steter Beachtung der Rspr. des EuGH (vgl. auch die Darstellung in → § 5 Rn. 1.46 ff.). Dabei stehen die Verantwortlichkeit des Werbenden und die Selbstverantwortung des Verbrauchers in einem Spannungsverhältnis. Was den Verbraucher angeht, ist zu fragen, welche Anstrengungen ihm möglich und zumutbar sind, sich vor nachteiligen Geschäften zu schützen. Was den Werbenden angeht, ist zu fragen, welche Anforderungen an die konkrete Gestaltung seiner Werbung ihm zumutbar sind. Vom Werbenden ist nicht zu verlangen, dass er auf die intellektuellen und sozialen Besonderheiten eines jeden Einzelnen Rücksicht nimmt. Andernfalls wäre ihm eine Werbung praktisch nicht möglich und nicht finanzierbar. Vielmehr darf er sich grds. an dem durchschnittlich informierten, aufmerksamen und verständigen Durchschnittsverbraucher orientieren. Allerdings sind folgende Präzisierungen geboten (vgl. hierzu eingehend auch *Lettl*, Der lauterkeitsrechtliche Schutz vor irreführender Werbung in Europa, 2004, 94 ff.):
- 32 **(1) Maßgeblichkeit der jeweiligen Zielgruppe.** Das Abstellen auf den „Durchschnitt“ bedeutet nicht, dass es stets auf den Durchschnitt der Bevölkerung insgesamt ankommt. Maß-

gebend ist vielmehr, an wen sich die betreffende geschäftliche Handlung wendet. Wendet sie sich an die Allgemeinheit, so ist auf die Sichtweise des durchschnittlichen Verbrauchers abzustellen (§ 3 II 2 Alt. 1). Dies gilt auch dann, wenn sich auch besonders schutzbedürftige Personen von der geschäftlichen Handlung angesprochen fühlen (vgl. zu § 1 UWG 1909 BGH GRUR 2003, 1057 – *Einkaufsgutschein*). Wendet sich die geschäftliche Handlung an eine **bestimmte Gruppe von Verbrauchern** (zB Hausfrauen, Rentner, Migranten, Touristen, Arbeitslose, Studenten), ist auf ein durchschnittliches Mitglied dieser Zielgruppe abzustellen (§ 3 IV 1). Handelt es sich dabei um eine **bes. schutzbedürftige** und **eindeutig identifizierbare Gruppe** von Verbrauchern (zB Kinder, Jugendliche, Kranke, Behinderte), ist auf die Sicht eines durchschnittlichen Mitglieds dieser Gruppe abzustellen, wenn für den Unternehmer **vorhersehbar** ist, dass seine geschäftliche Handlung das wirtschaftliche Verhalten **nur** dieser Gruppe wesentlich beeinflusst (§ 3 IV 2). Es kommt also darauf an, wie ein durchschnittliches Mitglied einer solchen Gruppe auf die geschäftliche Handlung typischerweise reagiert. – Die genannten Regelungen stellen eine Umsetzung des Art. 5 II lit. b, III 1 UGP-RL dar und sind dementsprechend richtlinienkonform auszulegen; vgl. dazu ErwGr. 18 und 19 UGP-RL). Eine besondere Ausprägung des Schutzes von bes. schutzbedürftigen Personen stellt § 4a II 2 dar. Jedoch ist sehr zw., ob diese Regelung mit der UGP-RL vereinbar ist (→ § 4a Rn. 2.8 ff.).

**(2) Schutz von Minderheiten.** Soweit sich eine geschäftliche Handlung nicht auf eine eindeutig identifizierbare Gruppe von besonders schutzbedürftigen Verbrauchern beschränkt (§ 3 IV 2), ist auf den Durchschnittsverbraucher abzustellen (§ 3 IV 1). Das hat zunächst zur Folge, dass der Werbende auf die Kenntnis- und Verständnismöglichkeiten von Minderheiten, die **unterdurchschnittlich** informiert, verständig und aufmerksam sind, an sich nicht Rücksicht nehmen muss (vgl. BGH GRUR 2002, 550 (552) – *Elternbriefe*; BGH GRUR 2003, 1057 – *Einkaufsgutschein*). Das kann aber dann nicht gelten, wenn der Werbende **bewusst** unwahre oder missverständliche Behauptungen aufstellt und er darauf spekuliert, dass ein gewisser Teil der Angesprochenen auf sein Angebot „hereinfällt“ (dazu → § 5 Rn. 279). Hier geht es nämlich nicht um den Schutz des Werbenden vor unzumutbaren Anforderungen und um das berechnete Informationsinteresse der Mehrheit der angesprochenen Verbraucher, sondern um den Schutz der sozial und intellektuell schwächeren Schichten der Bevölkerung. Schutz verdienen ferner die Personen, bei denen der Werbende bewusst darauf spekuliert, dass sie nicht die Zeit aufbringen, sein Angebot kritisch zu überprüfen (wie zB beim Adressbuchschiel). – Aber auch durchschnittlich informierte und verständige Verbraucher können eine Werbeaussage unterschiedlich auffassen (BGH GRUR 2004, 162 (163) – *Mindestverzinsung*). In diesem Fall genügt es für eine Irreführung iSd § 5 nicht, dass nur etwa 15 bis 20 % der angesprochenen Verbraucher irreführt werden. Vielmehr muss die Werbeaussage geeignet sein, einen erheblichen Teil der durchschnittlich informierten, aufmerksamen und verständigen Durchschnittsverbraucher irrezuführen (BGH GRUR 2004, 162 (163) – *Mindestverzinsung*; dazu → § 5 Rn. 2.106 ff.).

**bb) Der angemessen gut informierte Verbraucher.** Maßgebend ist der Wissensstand, den der Werbende bei einem Durchschnittsverbraucher voraussetzen darf (*Wiebe* FS Köhler, 2014, 799 (808)). Dies hängt zum einen davon ab, ob der Werbende jedermann oder nur eine bestimmte Zielgruppe anspricht. Bei einer Werbung, die sich nur an Fachleute richtet, darf ein höherer Wissensstand vorausgesetzt werden als bei einer Werbung, die an jedermann gerichtet ist. Wendet sich die Werbung hingegen an Gruppen bes. schutzbedürftiger Verbraucher, bei denen typischerweise ein geringerer Wissensstand vorliegt, muss der Werbende darauf Rücksicht nehmen (vgl. § 3 IV 2 und Art. 5 III 1 UGP-RL). Zum anderen hängt der Wissensstand von der Art des Produkts ab. (Darauf zielt die betriebswirtschaftliche Unterscheidung zwischen sog **Erfahrungs-, Such- und Vertrauensgütern** ab; vgl. *Beater*, Unlauterer Wettbewerb, 2011, § 15 Rn. 143 ff. mwN). **Beispiel:** Wird beim Abschluss eines Netzkartenvertrages ein Mobiltelefon (nahezu) unentgeltlich hinzugegeben, so weiß der durchschnittlich informierte Verbraucher, dass er dieses Gerät letztlich nicht geschenkt bekommt, sondern über die Gebühren des Netzkartenvertrags finanziert (BGH GRUR 1999, 261 (263) – *Handy-Endpreis*). – Die Frage, inwieweit von den angesprochenen Verkehrskreisen die Beschaffung weiterer Informationen zu erwarten ist, stellt sich dagegen erst beim Kriterium der Verständigkeit.

**cc) Der angemessen aufmerksame Verbraucher.** Die Aufmerksamkeit bezieht sich auf die Wahrnehmung des Angebots und der darin enthaltenen Informationen (*Lettl*, Der lauterkeitsrechtliche Schutz vor irreführender Werbung in Europa, 2004, 93). Werden dem Durchschnittsverbraucher die Informationen in verkehrsbüblicher Weise so nahe gebracht, dass er sie unschwer

zur Kenntnis nehmen kann, so ist von ihm eine entspr. Kenntnisnahme auch zu erwarten (vgl. auch BGH GRUR 2002, 160 (162) – *Wärsteiner III* zu den Informationen auf den Rück-Etiketten auf Bierflaschen). Der Grad der Aufmerksamkeit, den der Verbraucher einer Werbung entgegenbringt, ist jedoch abhängig von der jeweiligen Situation, in der er mit ihr konfrontiert wird (sog. **situationsadäquate Aufmerksamkeit**; vgl. BGH GRUR 2000, 619 (621) – *Orient-Teppichmuster*; BGH GRUR 2004, 162 (163) – *Mindestverzinsung*; BGH GRUR 2004, 605 (606) – *Dauertiefpreise*; BGH WRP 2015, 1098 Rn. 22 – *TIP der Woche*; BGH WRP 2018, 413 Rn. 27 – *Tiegelgröße*). Dies stellt keinen Gegensatz zum unionsrechtlichen Verbraucherleitbild, sondern lediglich eine Präzisierung dar (vgl. *Bornkamm* WRP 2000, 830 (834 f.); *Helm* FS Tilmann, 2003, 135 (143 ff.)). Der Grad der Aufmerksamkeit ist vor allem von der Art und Bedeutung der angebotenen Waren oder Dienstleistungen für den Verbraucher abhängig (BGH WRP 2015, 1098 Rn. 22 – *TIP der Woche*; BGH WRP 2018, 413 Rn. 27 – *Tiegelgröße*). Beim Erwerb geringwertiger Gegenstände des täglichen Bedarfs (sog. **Erfahrungsgüter**) oder beim ersten Durchblättern von Werbebeilagen oder Zeitungsanzeigen wird sich auch der verständige Verbraucher meist nicht die Zeit für eine gründliche Prüfung des Angebots nehmen, sich ihm also nur „flüchtig“ zuwenden (BGH WRP 2018, 413 Rn. 27 – *Tiegelgröße*). Die Begriffe „verständlich“ und „flüchtig“ schließen sich daher nicht aus (BGH GRUR 2000, 619 (621) – *Orient-Teppichmuster*; BGH GRUR 2002, 81 (83) – *Anwalts- und Steuerkanzlei*). Anders verhält es sich beim Angebot nicht nur geringwertiger Gegenstände. Hier wird der Verbraucher die Werbung idR mit größerer Aufmerksamkeit wahrnehmen. Dies gilt vor allem für Waren von nicht unerheblichem Preis und nicht nur kurzer Lebensdauer (sog. **Suchgüter**). Bei ihnen wird der Verbraucher eine Werbung nicht nur flüchtig betrachten, sondern sich ihr mit situationsadäquat gesteigerter Aufmerksamkeit zuwenden und seine Kaufentscheidung erst dann treffen, wenn er sich weiter informiert hat. Geht es um **Lebensmittel** oder **Kosmetikprodukte**, wird der Verbraucher seine Kaufentscheidung regelmäßig auch von ihrer Zusammensetzung abhängig machen. Er wird daher bspw. regelmäßig nicht nur die Schauseite einer Verpackung, sondern auch die an anderer Stelle angebrachten näheren Angaben wahrnehmen (BGH WRP 2016, 838 Rn. 15 – *Himbeer-Vanille-Abenteuer II*; BGH WRP 2018, 413 Rn. 27, 28 – *Tiegelgröße*). Mögliche Missverständnisse flüchtiger oder uninteressierter Leser sind daher unerheblich (BGH GRUR 2000, 619 (621) – *Orient-Teppichmuster*). Allerdings entbindet dies den Werbenden nicht davon, wichtige Informationen mit der gebotenen Klarheit und Deutlichkeit zu übermitteln. **Beispiel:** Wer blickfangmäßig einen Preis herausstellt, den der Verbraucher auf das Komplettangebot, nämlich PC mit Monitor, bezieht, kann sich nicht damit salyieren, dass er an anderer Stelle im Zusammenhang mit der Produktbeschreibung darauf hinweist, der Preis gelte nur für einen Teil der Geräte, nämlich den PC ohne Monitor (BGH GRUR 2003, 249 – *Preis ohne Monitor*). – Von Bedeutung ist auch die **Zeitspanne**, die dem Verbraucher für die nähere Prüfung des Angebots zur Verfügung steht. **Beispiel:** Wirbt ein Buchclub in einer Werbebroschüre Mitglieder mit dem Angebot der unentgeltlichen Überlassung von fünf Büchern und kann der Verbraucher die Broschüre zu Hause in Ruhe durchsehen und hat er nach Erhalt der fünf Testbücher noch zehn Tage Zeit, um sich zu entscheiden, ob er die Bücher behalten und Mitglied werden will, so stellt dies keine unangemessene unsachliche Beeinflussung dar (BGH GRUR 2003, 890 (891) – *Buchclub-Kopplungsangebot*).

- 36 **dd) Der angemessen kritische (verständige) Verbraucher.** Bei der Kritikfähigkeit (= Verständigkeit = Umsichtigkeit) des Verbrauchers geht es – wie im Unionsrecht (→ Rn. 23) – vornehmlich um seine Fähigkeit, Informationen richtig einzuordnen und daraus zutreffende Schlüsse zu ziehen. Mit der Formel vom „angemessen kritischen“ Verbraucher ist das Maß an Kritikfähigkeit (Verständigkeit, Umsichtigkeit) gemeint, das **vernünftigerweise** bei den angesprochenen Verbraucherkreisen vorausgesetzt werden darf (dazu GK-UWG/*Fritzsche* § 2 Rn. 798, 808). Dabei sind insbes. folgende Umstände von Bedeutung: **(1) Zielgruppe** Es macht einen Unterschied, ob der Werbende sich an jedermann oder nur an eine bestimmte Zielgruppe (Fachleute, Kinder und Jugendliche, Immigranten, Aussiedler, usw) wendet. Im letzteren Fall kommt es auf die Verständigkeit eines durchschnittlichen Mitglieds der Gruppe an (vgl. Art. 5 III 1 UGP-RL). **(2) Angebot.** Von Bedeutung ist weiter, welches Produkt zu welchen Bedingungen der Werbende anbietet, welche Vor- und Nachteile für den Verbraucher damit verbunden sind und wie es um Vergleichsmöglichkeiten bestellt ist (vgl. *Streinz* FS Köhler, 2014, 745 (750)). Beim Kauf **hochwertiger** und **langlebiger** Güter ist vom verständigen Verbraucher zu erwarten, dass er seine Entscheidung erst nach reiflicher Überlegung und Prüfung von Vergleichsangeboten trifft. Eine Beeinträchtigung der Entscheidungsfreiheit iSd



§ 4a I ist daher noch nicht bei einer „umgekehrten Versteigerung“ von Gebrauchtwagen anzunehmen (vgl. BGH GRUR 2003, 626 (627) – *Umgekehrte Versteigerung II*). Der verständige Verbraucher wird bei Buchung einer Flugreise, wenn ihm mitgeteilt wird, dass die anfallenden Steuern und Gebühren vom jeweiligen Flugziel und der Flugroute abhängen und der endgültige Flugpreis nach der Auswahl der gewünschten Flugverbindung angezeigt wird, den dort angegebenen Preis als Gesamtpreis iSd PAngV auffassen (BGH WRP 2003, 1222 (1223) – *Internet-Reservierungssystem*). Aus der Sicht des verständigen Verbrauchers ist es auch zu beurteilen, ob Produkte substituierbar sind und daher iSd § 6 verglichen werden dürfen (vgl. BGH GRUR 2002, 828 (830) – *Lottoschein*). (3) **Werturteile**. Vom verständigen Verbraucher ist zu erwarten, dass er zwischen humorvollen, nicht ernst gemeinten Behauptungen und echter Kritik zu unterscheiden weiß (vgl. BGH GRUR 2002, 982 (984) – *DIE „STEINZEIT“ IST VORBEI!*; BGH GRUR 2010, 161 Rn. 20, 23 – *Gib mal Zeitung*). Dem entspricht es, wenn der (nicht umgesetzte) Art. 5 III 2 UGP-RL „die übliche und rechtmäßige Werbepaxis, übertriebene Behauptungen oder nicht wörtlich zu nehmende Behauptungen aufzustellen“, als nicht unlauter ansieht.

**ee) Der durchschnittlich empfindliche Verbraucher.** Soweit es um die Beeinträchtigung der sonstigen Rechte und Rechtsgüter des Verbrauchers durch **belästigende** geschäftliche Handlungen (§ 7) geht (→ Rn. 32), hilft der Maßstab des durchschnittlich informierten, aufmerksamen und verständigen Durchschnittsverbrauchers nicht weiter, weil er auf den Schutz der (insbes. rechtsgeschäftlichen) Entscheidungsfreiheit zugeschnitten ist. Maßgebend ist insoweit der (gegenüber belästigenden Wettbewerbsmaßnahmen) **durchschnittlich (normal) empfindliche** Verbraucher oder sonstige Marktteilnehmer (BGH GRUR 2010, 1113 Rn. 15 – *Grabmalwerbung*; BGH GRUR 2011, 747 Rn. 17 – *Kreditkartenübersendung*), der also weder bes. feinfühlig reagiert noch bes. unempfindlich ist.

**d) Feststellung der Auffassung des Durchschnittsverbrauchers.** Der Begriff des Durchschnittsverbrauchers beruht nicht auf einer statistischen Grundlage (ErwGr. 18 S. 5 UGP-RL). Vielmehr müssen sich die Gerichte „auf ihre eigene Urteilsfähigkeit unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des Gerichtshofs verlassen“ (ErwGr. 18 S. 6 UGP-RL; EuGH WRP 2012, 1509 Rn. 53 – *Purely Creative*). Der Richter kann aber, wenn er sich kein sicheres Urteil zutraut, eine **Verkehrsbefragung** durchführen (vgl. EuGH Slg. 1998, I-4657 Rn. 32 = GRUR-Int. 1998, 795 – *Gut Springenheide*; dazu eingehend *Lettl*, Der lauterkeitsrechtliche Schutz vor irreführender Werbung in Europa, 2004, 109 ff. mwN; weiter → § 5 Rn. 3.1 ff.; → § 12 Rn. 2.76 ff.).

#### IV. Schutzsanktionen

Dass § 1 S. 1 den Schutz der Verbraucher (und sonstigen Marktteilnehmer) als Zweck des UWG anführt, rechtfertigt nicht den Schluss, es müssten ihnen aus einem Wettbewerbsverstoß auch lauterkeitsrechtliche Ansprüche erwachsen. Es besteht insoweit auch kein Sanktionsdefizit gegenüber dem Schutz der Mitbewerber (so aber *Fezer* WRP 2003, 127 (128)). Es ist nämlich zwischen den Gefahren unlauteren Wettbewerbs für Mitbewerber (Horizontalverhältnis) einerseits und für Verbraucher und sonstige Marktteilnehmer (Vertikalverhältnis) andererseits zu unterscheiden. Beim Schutz der Mitbewerber geht es darum, die Beeinträchtigung von Wettbewerbschancen zu bekämpfen. Das ist sachlich gerechtfertigt, weil die Unternehmen die Träger des Wettbewerbs sind und es um die Erhaltung ihrer Wettbewerbsfähigkeit geht. Beim Schutz der Verbraucher und sonstigen Marktteilnehmer geht es vornehmlich um den Schutz vor Beeinträchtigungen ihrer rechtsgeschäftlichen Entscheidungsfreiheit und ihrer Berufs- und Privatsphäre. Dieser Schutz wird generalpräventiv gewährleistet durch den lauterkeitsrechtlichen Unterlassungsanspruch. Dass dieser Anspruch nur den Mitbewerbern (§ 8 III Nr. 1) und bestimmten Verbänden und Kammern (§ 8 III Nr. 2–4) eingeräumt wird und nicht auch dem einzelnen Verbraucher, hat seinen Grund darin, die Risiken einer Popularklage zu vermeiden. Andernfalls müsste im Interesse der Wirtschaft vor übermäßigen Belastungen durch eine Vielzahl von Klagen wegen (angeblicher) Wettbewerbsverstöße das lauterkeitsrechtliche Schutzniveau abgesenkt werden (Begr. RegE UWG 2004 zu § 8, BT-Drs. 15/1487, 22). Im Übrigen ist der Verbraucher ausreichend durch das **Bürgerliche Recht** geschützt, das ein sorgfältig abgestuftes und ausdifferenziertes System von **vertraglichen** und **deliktischen** Ansprüchen des Verbrauchers bereithält (näher → § 8 Rn. 3.4; → § 9 Rn. 1.10; BGH GRUR 2017, 748 Rn. 30; BGH GRUR 2009, 980 Rn. 10 ff. – *E-Mail-Werbung II*; BGH NJW 2017, 2119 Rn. 30; *Köhler* GRUR 2003, 265

(267) und GRUR 2012, 1073 (1080); *Engels/Salomon* WRP 2004, 32 (33); *Lettl* GRUR 2004, 449 (460); *Harte/Henning/Keller* § 2 Rn. 173). Eine Schutzlücke ist nicht erkennbar und sollte sie künftig einmal entstehen, müsste sie im Bürgerlichen Recht und nicht etwa im Lauterkeitsrecht geschlossen werden. Wollte man dem Verbraucher zusätzlich ein lauterkeitsrechtliches Vertragsauflösungsrecht oder einen lauterkeitsrechtlichen Schadensersatzanspruch einräumen, so würde das bürgerlichrechtliche Sanktionensystem empfindlich gestört. Aus diesem Grund hat der Gesetzgeber völlig zu Recht klargestellt, dass § 3 nicht als Schutzgesetz iSd § 823 II BGB anzusehen ist, vielmehr die §§ 8–10 die lauterkeitsrechtlichen Sanktionen von Wettbewerbsverstößen abschließend regeln (ganz hM; → § 8 Rn. 3.4; *jurisPK/Seidter* § 8 Rn. 24; aA *Sack* GRUR 2004, 625 (629 f.); *Sack* WRP 2009, 1330). Eine Ausnahme gilt insoweit nur für die Strafbestimmungen der §§ 16–19, da insoweit keine erschöpfende Regelung der zivilrechtlichen Rechtsfolgen erfolgt ist (vgl. Begr. RegE UWG 2004 zu § 8, BT-Drs. 15/1487, 22).

## D. Schutz des Allgemeininteresses an einem unverfälschten Wettbewerb

### I. Fragestellung

- 40 Als weiteren Schutzzweck führt § 1 S. 2 das „Interesse der Allgemeinheit an einem unverfälschten Wettbewerb“ an. Was das im Einzelnen bedeutet, bedarf noch der Klärung (vgl. dazu *Harte/Henning/Podszun* Rn. 61 ff.; *Pichler*, Das Verhältnis von Kartell- und Lauterkeitsrecht, 2009, 143 ff.).

### II. Abgrenzung zu sonstigen Allgemeininteressen

- 41 Die ältere Rspr. hatte der Generalklausel des § 1 UWG 1909 noch die Funktion beigemessen zu verhindern, dass Wettbewerb „unter Missachtung gewichtiger Interessen der Allgemeinheit“ betrieben wird (BGH GRUR 1997, 761 (764) – *Politikerschelte*; BGHZ 140, 134 (138 f.) = GRUR 1999, 1128 – *Hormonpräparate*; BGHZ 144, 255 (266) – *Abgasemissionen*; BGH GRUR 2000, 237 (238) – *Giftnotrufbox*; BGH GRUR 2002, 360 (362) – *H. I. V. POSITIVE II*). Dabei blieb aber unklar, was unter solchen Allgemeininteressen zu verstehen war. Seit Inkrafttreten des UWG 2004 ist diese Frage geklärt. Der klare Wortlaut des § 1 S. 2 („Interesse der Allgemeinheit an einem unverfälschten Wettbewerb“) schließt eine Deutung aus, auch sonstige, außerhalb der Schutzzwecke des UWG liegende Allgemeininteressen mittels des Lauterkeitsrechts zu schützen. Dass die **europäischen** und **deutschen Grundrechte** den Anwendungsbereich des § 3 einschränken können, steht auf einem anderen Blatt. Vielmehr geht es in § 1 S. 2 ausschließlich um das Allgemeininteresse an einem unverfälschten Wettbewerb. Wie in der Begründung des RegE UWG 2004 ausgeführt, ist der Schutz „sonstiger Allgemeininteressen weiterhin nicht Aufgabe des Wettbewerbsrechts“ (vgl. Begr. RegE UWG 2004 zu § 1, BT-Drs. 15/1487, 16). Das Lauterkeitsrecht soll und darf nicht zu Zwecken instrumentalisiert werden, die außerhalb seines Regelungsbereichs, nämlich des **Marktverhaltens**, liegen (*Köhler* NJW 2002, 2761 (2763); *Ullmann* GRUR 2003, 817 (821)). Anliegen etwa des Schutzes der **Rechtspflege**, des **Arbeitnehmerschutzes**, des **Umweltschutzes**, des **Tierschutzes** usw lassen sich mit dem Instrumentarium des Lauterkeitsrechts nicht durchsetzen, außer wenn die Interessen der Marktteilnehmer (und ggf. der Wettbewerb) betroffen sind (ähnlich *Harte/Henning/Podszun* Rn. 71). „Das UWG hat den Wettbewerb zu schützen. Andere Gesetze haben andere Schutzzwecke“ (*Geis* FS Tilmann, 2003, 121 (128)). Dies gilt auch dann, wenn solche Allgemeininteressen grundgesetzlich geschützt sind. Diese Selbstbeschränkung des Lauterkeitsrechts auf seine eigentliche Funktion als Regelung des Marktverhaltens kommt im Erfordernis einer „geschäftlichen Handlung“ (§ 2 I Nr. 1) und auch im Rechtsbruchtatbestand (§ 3a), der von Marktverhaltensregelungen spricht, zum Ausdruck.

### III. Schutz des Wettbewerbs als Institution

#### 1. Allgemeines

- 42 Die getrennte Erwähnung des Interesses der Allgemeinheit an einem unverfälschten Wettbewerb in § 1 S. 2 macht deutlich, dass es noch um mehr geht als um den Schutz der Marktteilnehmer und deren individuelle oder kollektive Interessen: Es geht um den Schutz des Wettbewerbs als **Institution**. Das ist aber keine neue Einsicht, vielmehr war dies bereits zum



früheren Lauterkeitsrecht anerkannt (vgl. BVerfG GRUR 2002, 455 – *Tier- und Artenschutz*; *Baumbach/Hefermehl*, 22. Aufl. 2001, Einl. Rn. 51; *Raiser*, Rechtsschutz und Institutionenschutz im Privatrecht, 1963, 156; *Möschel*, Pressekonzentration und Wettbewerbsgesetz, 1978, 133 ff.).

## 2. Begriff des unverfälschten Wettbewerbs

**a) Unionsrechtliche Grundlagen.** Der Begriff des „unverfälschten Wettbewerbs“ in § 1 S. 2 43 knüpft an die Terminologie des Unionsrechts an. Das gilt zunächst für das primäre Unionsrecht (vgl. ex-Art. 3 lit. g EG: „Schutz des Wettbewerbs vor Verfälschungen“; nunmehr Protokoll Nr. 27 über den Binnenmarkt und den Wettbewerb v. 13.12.2007, ABl. 2007 C 306, 156: „Der Binnenmarkt umfasst ein System, das den Wettbewerb vor Verfälschungen schützt“). Er bezieht sich insoweit nicht nur auf das Kartellrecht (vgl. Art. 101 I AEUV: „Verfälschung des Wettbewerbs“), sondern auch auf das Markenrecht (vgl. EuGH GRUR 2003, 604 Rn. 48 – *Libertel*) und vor allem auf das Lauterkeitsrecht. Das gilt weiter für das sekundäre Unionsrecht. So heißt es in ErwGr. 3 der Werbe-RL 2006/114/EG, dass irreführende und unzulässig vergleichende Werbung geeignet sei, „zur Verfälschung des Wettbewerbs im Binnenmarkt zu führen“. In ErwGr. 8 S. 2 UGP-RL heißt es „... und gewährleistet damit einen lautereren Wettbewerb ...“. – Der Begriff des unverfälschten Wettbewerbs bringt damit zum Ausdruck, dass der reale Wettbewerbsprozess auf Grund eines wettbewerbswidrigen Verhaltens eines Marktteilnehmers einen anderen Verlauf nimmt oder doch nehmen kann. Unverfälscht ist der Wettbewerb in Bezug auf das Lauterkeitsrecht folglich dann, wenn er nicht durch unlautere geschäftliche Handlungen verzerrt wird und sich sonach frei entfalten kann. Der Schutz des unverfälschten Wettbewerbs ist daher iErg nichts anderes als der Schutz des **freien Wettbewerbs** (vgl. BGH GRUR 2002, 825 – *Elektroarbeiten*; v. *Ungern-Sternberg* FS Erdmann, 2002, 741 (763)). Darin enthalten ist der Schutz der Grundbedingungen und der Funktionen des Wettbewerbs (dazu *Hetmanek* GRUR 2014, 437).

**b) Abgrenzung zum Begriff des „Leistungswettbewerbs“.** Nicht dagegen geht es in § 1 44 S. 2 um den Schutz des sog. **Leistungswettbewerbs**, dh des Wettbewerbs mit Preis und Qualität einer Ware oder Dienstleistung. Dieser Begriff wurde zwar (seit RGZ 134, 342) auch in der Schutzzweckdiskussion zum UWG vielfach (FBO/Fezer § 3 Rn. 379 ff.; vgl. auch *Hetmanek* GRUR 2014, 437 (439)) und auch vom BGH und vom BVerfG verwendet (vgl. BGH GRUR 1971, 322 (323) – *Lichtdi-Center*; BVerfG GRUR 2001, 1058 (1059 f.) – *Therapeutische Äquivalenz*; BVerfG 2002, 455 – *Tier- und Artenschutz*; BVerfG GRUR 2008, 81 (82) – *Pharmakartell*). Er soll den Gegensatz zum (unlauteren) Nichtleistungswettbewerb ausdrücken. Doch kann der Begriff des Leistungswettbewerbs von vornherein bestimmte Erscheinungsformen des Wettbewerbs, wie zB den Nachfragewettbewerb oder den Wettbewerb um die Aufmerksamkeit des Kunden, nicht erfassen (vgl. BGH GRUR 2002, 360 (367) – *H. I. V. POSITIVE II*: „Leistungswettbewerb...“, auf dessen Schutz sich der Zweck des Wettbewerbsrechts allerdings nicht beschränkt“). Auch ist der Begriff unklar, weil es an praktikablen Kriterien zur Konkretisierung dessen, was „Leistung“ und was „Nichtleistung“ sein soll, fehlt, wie sich vor allem am Beispiel der Aufmerksamkeitswerbung und der Preisunterbietung zeigt (vgl. *Köhler*, Wettbewerbs- und kartellrechtliche Kontrolle von Nachfragemacht, 1979, 23 ff.). Auf viele Fragestellungen (zB Beurteilung belästigender Werbung) ist er von vornherein nicht zugeschnitten. Vor allem lässt sich der Begriff dazu missbrauchen, geschäftliche Handlungen, die nicht einem tradierten Wettbewerbsverständnis entsprechen, als „Nichtleistungswettbewerb“ und damit als unlauter zu brandmarken. Ob die Unterscheidung zwischen Leistungswettbewerb und Nichtleistungswettbewerb im Kartellrecht praktikabel ist (vgl. einerseits BGHZ 199, 289 Rn. 55, 56 – *Stromnetz Berkenthin*, andererseits *Immenga/Mestmäcker/Möschel* GWB § 19 Rn. 102 ff.; *Immenga/Mestmäcker/Markert* GWB § 20 Rn. 15 ff.), mag dahinstehen. Jedenfalls eignet er sich nicht für das Lauterkeitsrecht (GLE/*Leistner* § 4 Rn. 21 ff.; *Harte/Henning/Podszun* Rn. 91; *Schricker/Henning-Bodewig* WRP 2001, 1367 (1396); *Ohly/Sosnitza/Sosnitza* Rn. 5; v. *Ungern-Sternberg* FS Erdmann, 2002, 741 (759)). Auch der UGP-RL ist der Begriff des Leistungswettbewerbs fremd. Er sollte daher jedenfalls für den Bereich des UWG aufgegeben werden, weil er in Grenzfällen nicht zur Abgrenzung zwischen lautereren und unlauteren geschäftlichen Handlungen beitragen kann.

## E. Das Verhältnis der Schutzzwecke zueinander

### I. Gleichrangigkeit des Schutzes der Mitbewerber und des Schutzes der Verbraucher und sonstiger Marktteilnehmer

#### 1. Parallelität der Schutzzwecke

- 45 Nach § 1 S. 1 stehen der Schutz der Mitbewerber (Horizontalverhältnis) und der Schutz der Verbraucher und sonstigen Marktteilnehmer (Vertikalverhältnis) **gleichrangig** nebeneinander. Nach § 1 S. 2 soll das UWG damit zugleich das Interesse der Allgemeinheit an der Erhaltung eines unverfälschten und damit funktionsfähigen Wettbewerbs schützen (vgl. Begr. RegE UWG 2004 zu § 1, BT-Drs. 15/1487, 16). Dies wird als „**integriertes Modell eines gleichberechtigten Schutzes der Mitbewerber, der Verbraucher und der Allgemeinheit**“ bezeichnet (Begr. RegE UWG zu § 1, BT-Drs. 15/1487, 16). In den meisten Fällen werden durch eine unlautere geschäftliche Handlung die Interessen nicht nur der Mitbewerber, sondern auch der Marktgegenseite (Verbraucher und sonstige Marktteilnehmer), wenngleich vielfach in unterschiedlichem Ausmaß, berührt. Die Bekämpfung der Maßnahme dient dann dem Schutz aller Marktteilnehmer.

#### 2. Selbständigkeit der Schutzzwecke

- 46 Gleichrangigkeit bedeutet aber auch **Selbständigkeit** der Schutzzwecke. Unlauterkeit kann daher auch dann vorliegen, wenn entweder nur die Interessen der Mitbewerber oder nur die Interessen der Marktgegenseite berührt sind. So kann der Vertrieb einer Produktnachahmung unlauter sein, auch wenn ausschließlich die Interessen des Originalherstellers als Mitbewerber betroffen sind (vgl. § 4 Nr. 3 lit. c), die Interessen der Verbraucher dagegen in keiner Weise berührt werden. Umgekehrt kann die Werbemaßnahme eines Monopolisten unter dem Aspekt des Verbraucherschutzes (zB wegen Irreführung) unlauter sein, obwohl davon keine Mitbewerber betroffen sind. Auch bei Maßnahmen der belästigenden Werbung (§ 7) kann es sich so verhalten, dass Interessen der Mitbewerber nicht oder nur am Rande betroffen sind.

#### 3. Konflikt der geschützten Interessen

- 47 Problematisch sind allein Fälle, in denen es zu einem **Konflikt** der Interessen zwischen den betroffenen Mitbewerbern einerseits und den Interessen der Marktgegenseite andererseits kommt. Vielfach ist der Konflikt durch eine klare gesetzliche Entscheidung gelöst. So etwa bei Verstößen gegen das Ladenschlussgesetz, die nach § 3a lauterkeitsrechtlich sanktioniert sind. Zwar haben Verbraucher ein Interesse an längeren Ladenöffnungszeiten. Doch dieses Interesse hat der Gesetzgeber zu Gunsten des Schutzes der Arbeitnehmer und der Mitbewerber bewusst zurückgestellt. In anderen Fällen muss der Konflikt durch Auslegung der betreffenden Norm entschieden werden. Am Beispiel einer vergleichenden Preiswerbung, bei der der Werbende immer wieder gezielt solche Produkte aus dem Sortiment eines Mitbewerbers auswählt, bei denen der Preisunterschied überdurchschnittlich groß ist (vgl. EuGH GRUR 2003, 533 Rn. 82 – *Pippig Augenoptik/Hartlauer*): Daraus mag der Verkehr den Eindruck gewinnen, dass die vom Mitbewerber geforderten Preise generell überhöht seien und darin könnte man eine „Herabsetzung“ des Mitbewerbers iSd § 6 II Nr. 5 erblicken. Andererseits besteht ein Interesse der Verbraucher daran, die tatsächlichen Preisunterschiede bei den verglichenen Produkten und nicht nur den durchschnittlichen Unterschied zwischen den vom Werbenden und den vom Mitbewerber verlangten Preisen zu erfahren. – Die Lösung solcher Konflikte hat letztlich anhand einer **Abwägung der Interessen** der Mitbewerber und der Verbraucher zu erfolgen (vgl. auch BGHZ 139, 378 (383 f.) – *Vergleichen Sie*). Im konkreten Fall hat der EuGH (GRUR 2003, 533 Rn. 82 – *Pippig Augenoptik/Hartlauer*) zu Gunsten der Verbraucherinteressen entschieden, weil vergleichende Werbung dazu beitragen sollte, die Vorteile der verschiedenen vergleichbaren Erzeugnisse objektiv herauszustellen (vgl. ErwGr. 6 Werbe-RL 2006/114/EG).