

Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG): UWG

Kommentar

Bearbeitet von

Dr. Henning Harte-Bavendamm, Prof. Dr. Frauke Henning-Bodewig, Prof. Dr. Hans-Jürgen Ahrens, Prof. Dr. Antonina Bakardjieva-Engelbrekt, Theo Bodewig, Hermann Brüning, Dr. Dirk Bruhn, Prof. Dr. Gunda Dreyer, Dr. Christian Frank, Prof. Dr. Jochen Glöckner, Dr. Michael Goldmann, Dr. Carl Jagow, Dr. Erhard Keller, Dr. Hermann-Josef Omsels, Peter Picht, Prof. Dr. Rupprecht Podszun, Konrad Retzer, Prof. Dr. Rolf Sack, Prof. Dr. Thomas Sambuc, Dr. Karolina Schöler, Dr. Andreas Schulz, Dr. Jan Tolkmitt, Dr. Stefan Weidert

4. Auflage 2016. Buch. XXI, 2898 S. In Leinen

ISBN 978 3 406 68253 7

Format (B x L): 16,0 x 24,0 cm

Gewicht: 2217 g

[Recht > Handelsrecht, Wirtschaftsrecht > Wettbewerbsrecht, Kartellrecht](#)

Zu [Inhaltsverzeichnis](#)

schnell und portofrei erhältlich bei


DIE FACHBUCHHANDLUNG

Die Online-Fachbuchhandlung [beck-shop.de](#) ist spezialisiert auf Fachbücher, insbesondere Recht, Steuern und Wirtschaft. Im Sortiment finden Sie alle Medien (Bücher, Zeitschriften, CDs, eBooks, etc.) aller Verlage. Ergänzt wird das Programm durch Services wie Neuerscheinungsdienst oder Zusammenstellungen von Büchern zu Sonderpreisen. Der Shop führt mehr als 8 Millionen Produkte.

zur **Amtsermittlung** verpflichtet. Insoweit sind jedoch die **Grundsätze analog** heranzuziehen, die bei jeder Anwendung ausländischen Rechts im Rahmen des § 293 ZPO entwickelt wurden (vgl. dazu u. Einl C Rdn. 130, 186). Für das Vorliegen der tatsächlichen Umstände, die diese Normen ausfüllen, trägt derjenige die objektive Beweislast, der sich darauf beruft.

Wird nach diesen Grundsätzen festgestellt, dass das angegriffene Verhalten im Herkunftsstaat zulässig ist, so kann der über das Herkunftslandprinzip darauf gestützte **Einwand** allein mit der Begründung überwunden werden, die zugrunde liegende Würdigung nach dem Recht des Herkunftslandes **verstoße ihrerseits eindeutig gegen die Vorgaben der UGP-RL**. Maßgebend ist insoweit die *Ate-Clair*-Doktrin zur Vorlagepflicht gem. Art. 267 AEUV.⁵⁶⁹ In Anbetracht der Offenheit der von der UGP-RL verwendeten Begriffe und der Notwendigkeit, aus ganz unterschiedlichen Lauterkeitsrechtssystemen ein autonomes Rechtsgebiet des Europarechts zu schaffen, wird man ohne bestehende Judikatur des EuGH nur selten von solchen eindeutigen Rechtslagen ausgehen dürfen. 277

7. Generalklausel

Nach Art. 5 Abs. 1 UGP-RL sind unlautere Geschäftspraktiken verboten. Die Unlauterkeit verlangt zum einen einen Verstoß gegen die berufliche Sorgfaltspflicht, Art. 5 Abs. 2 lit. a UGP-RL (dazu u. a)), zum anderen die Eignung zur wesentlichen Beeinflussung des wirtschaftlichen Verhaltens des Durchschnittsverbrauchers, Art. 5 Abs. 2 lit. b. UGP-RL (dazu u. b)). Dabei lässt sich die Zweiteilung des Tatbestandes auf eine Normlogik zurückführen, deren erster Teil einen besonderen **Handlungsunwert** verlangt, der mit dem **Verstoß gegen die berufliche Sorgfaltspflicht** umschrieben ist. Der zweite Teil macht den **wettbewerbsfunktionalen Kontext** der Verhaltensnormen deutlich: Die Einhaltung der beruflichen Sorgfaltspflicht wird den Gewerbetreibenden nicht aus allgemeinen Ordnungserwägungen aufgegeben, sondern um die wirtschaftlichen Interessen der Verbraucher zu schützen. Auch eine Verletzung der beruflichen Sorgfaltspflicht bleibt unerheblich, wenn die angesprochenen Verbraucher keine anderen geschäftlichen Entscheidungen im Fall des pflichtgemäßen Verhaltens getroffen hätten. Ein besonderer **Erfolgsunwert** der Geschäftspraktik muss daher hinzutreten.⁵⁷⁰ 278

a) Verstoß gegen die berufliche Sorgfaltspflicht. Die berufliche Sorgfaltspflicht, deren Verletzung Art. 5 Abs. 2 lit. a UGP-RL verlangt, wird in Art. 2 lit. h UGP-RL definiert. Zur Kritik an dem Definitionsversuch vgl. bereits o. Rdn. 265 ff. 279

Es ist allerdings keineswegs so, dass Art. 5 Abs. 2 lit. a UGP-RL in Ermangelung von Verhaltenskodizes konturlos bleibt.⁵⁷¹ Zutreffend ist allerdings, dass weder das Tatbestandsmerkmal der beruflichen Sorgfaltspflicht aus sich heraus noch seine Definition in Art. 2 lit. h mit der alternativen Anknüpfung an die „anständigen Marktgepflogenheiten“ oder „Treu und Glauben“ Erkenntniswert haben.⁵⁷² Begrifflich-deduktive Methoden versagen hier. Demgegenüber vermag zum einen, die Beschreibung des **Schutzzwecks in Art. 1 UGP-RL** im Hinblick auf die gebotene funktionale Auslegung weiterzuhelfen. Zum anderen liefern die **konkretisierenden Tatbestände der Art. 6 ff. UGP-RL Induktionsmaterial** zur Auslegung des Begriffs der beruflichen Sorgfaltspflichten (vgl. dazu u. Rdn. 285 ff.). 280

aa) Wettbewerbsfunktionalität. Ist der **Begriff der Unlauterkeit einerseits ein originär europarechtlicher** und ist der in den Art. 5 Abs. 2 lit. a, 2 lit. h UGP-RL unternommene Versuch einer **begrifflichen Definition andererseits weitgehend fehlgeschlagen** (vgl. dazu o. Rdn. 265), so bleibt für eine sinnvolle Ausfüllung zunächst, die in Art. 1 UGP-RL niedergelegte **Markt- und Wettbewerbsfunktionalität** heranzuziehen. **Zweckartikel und Generalklausel** sind innerhalb der UGP-RL wie im UWG (vgl. dazu u. *Podszun* § 3 Rdn. 37, 43) oder im schweizerischen UWG⁵⁷³ als **strukturelle Einheit** zu begreifen. Gemäß Art. 1 UGP-RL soll durch die Harmoni- 281

⁵⁶⁹ EuGH NJW 1982, 1257 – *C.I.L.F.I.T.*, Slg. 1982, 3415 Rdn. 5 ff. Vgl. dazu Rengeling/Middeke/Gellermann/Middeke, § 10 Rdn. 65 ff.

⁵⁷⁰ Ähnlich in der Bewertung BGHZ 187, 231 – *Millionenchance II*, Rdn. 23: Unwert- und Relevanzkriterium; ebenso Köhler WRP 2012, 251, 252; ähnlich bereits ders. WRP 2008, 10, 12: Eigenart und Wirkungsweise; MüKo-UWG/Drexel IntUnlWettbR Rdn. 14; Bakardjewa Engelbrekt S. 612: *materiality condition codifying a de minimis rule*. Ganz anders in der Deutung wohl MüKo-UWG/Micklitz EG D Art. 5 Rdn. 30 ff., 33 ff., 135: berufliche Sorgfaltspflicht wegen Scheitern von Kodizes unerheblich; maßgebend demgegenüber die Beeinträchtigung der informierten Entscheidung.

⁵⁷¹ MüKo-UWG/Micklitz EG D Art. 5 Rdn. 33.

⁵⁷² Vgl. bereits Glöckner WRP 2004, 936, 939. Ähnlich Piper/Ohly, 4. Aufl., Einf C Rdn. 57. Zum Begriff der „anständigen Gepflogenheiten“ gem. Art. 10^{bis} PVÜ ebenso MüKo-UWG/Drexel IntUnlWettbR Rdn. 28.

⁵⁷³ *Baudenbacher* Art. 2 Rdn. 4, 26; Botschaft zu einem Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) v. 18.5.1983, BBl. 1983 II 1009, 1042 (152.1), 1059 (241.2).

sierung der mitgliedstaatlichen Regelungen über unlautere Geschäftspraktiken, die die wirtschaftlichen Interessen der Verbraucher beeinträchtigen, zu einem reibungslosen Funktionieren des Binnenmarkts und zum Erreichen eines hohen Verbraucherschutzniveaus beigetragen werden. Markintegration und Verbraucherschutz werden durch das Instrument der Totalharmonisierung untrennbar verbunden; der Regelungszusammenhang – das bringt die Formulierung über die Beeinträchtigung der „wirtschaftlichen Verbraucherinteressen“ deutlich zum Ausdruck – ist jedoch der des Wettbewerbs und der Marktbedingungen.

282 In diesem Sinne wird insbesondere von *Micklitz* und *Keßler* ganz zu Recht die Notwendigkeit einer Einpassung des nationalen Lauterkeitsrechts in ein **Gesamtsystem zum Schutz des funktionsfähigen Wettbewerbs** hervorgehoben.⁵⁷⁴ Die im europarechtlichen Kontext häufig wiederholte Formel vom wirksamen Wettbewerb⁵⁷⁵ enthält indes keine Bezugnahme auf ein bestimmtes ökonomisches Wettbewerbsmodell. Das macht bereits der insoweit verwendete englische Begriff *effective* deutlich.

283 Den von *Keßler* und *Micklitz* demgegenüber verschiedentlich verwendeten⁵⁷⁶ terminus technicus *workable competition* benutzt die Europäische Praxis soweit ersichtlich nicht⁵⁷⁷, sondern verwendet das Argument des Wettbewerbsschutzes in flexibler Weise und lässt bedarfsgemäß jüngere Entwicklungen der Wettbewerbstheorie einfließen. Insoweit besteht die Gefahr, dass durch das Argument mit dem Schutz der *workable competition* auf ein Wettbewerbsmodell abgestellt wird, das tatsächlich die Herstellung völliger Markttransparenz anstrebt. Bereits der Begriff der *workable competition* geht auf die frühen Arbeiten von *J.M. Clark*⁵⁷⁸ zurück, in welchen *workable competition* noch als zweitbeste Lösung zum Modell des vollkommenen Wettbewerbs⁵⁷⁹ verstanden wurde. Generell werden *workability*-Konzepte mit der traditionellen Harvard-Schule der 1950er- und 1960er-Jahre assoziiert.⁵⁸⁰ Auch die von *Kantzenbach*⁵⁸¹ unter dem Gesichtspunkt des funktionsfähigen Wettbewerbs vertretenen Konzepte der Intensivierung der Wettbewerbsintensität gründeten noch auf der statischen Annahme, durch die Marktstruktur das Marktverhalten der Akteure steuern zu können. *Clark* wandte sich später dynamischen Wettbewerbsmodellen zu;⁵⁸² in Deutschland leitete insbesondere die Kritik *Hoppmanns*⁵⁸³ eine Wende der Wettbewerbstheorie zu einem systemtheoretischen Verständnis als ergebnisoffenem System des Wettbewerbs „als Entdeckungsverfahren“ ein.⁵⁸⁴ Ökonomen sind sich jedoch demgemäß heute weitgehend einig, dass *workable competition* oder **funktionsfähiger Wettbewerb** (im technischen Sinne) als **Wettbewerbsmodelle überholt** sind.

284 Größere Bedeutung kommt heute im Recht des unlauteren Wettbewerbs denjenigen Funktionsbedingungen zu, die weniger an die Marktstruktur denn an die geschäftlichen Entscheidungen der Marktgegenseite, insbesondere der Verbraucher anknüpfen. Bei Irreführungen und aggressiven Geschäftspraktiken liegt der Konnex zutage: Bei beiden Bereichen – der Sicherung von **Entscheidungsgrundlage wie -prozess** – können entweder in der Natur der Entscheidungsträger und/oder der vom Unternehmen gesteuerten Entscheidungssituation Unvollkommenheiten bestehen, welche das Einschreiten der Rechtsordnung gebieten.

285 *bb) Induktive Wirkung der Sondertatbestände.* Gegengerichtet zur zweckorientierten Ausfüllung der Generalklausel verläuft vor allem der Weg der **Konkretisierung durch Fallreihenbildung**. Diesen Weg hat der Europäische Gesetzgeber durch die Schaffung von Sondertatbeständen in den Art. 6 ff. sowie die Aufnahme des Anhangs I UGP-RL selbst beschränkt.

286 Deren Bedeutung erschöpft sich nicht in der Klarstellung, dass z.B. die Beeinträchtigung der Entscheidungsfreiheit des Durchschnittsverbrauchers durch unzulässige Beeinflussung aggressiv und

⁵⁷⁴ *Keßler* WRP 2007, 714, 716.

⁵⁷⁵ Vgl. nur EuGH v. 21.2.1973, Rs. 6/72 – *Continental Can*, Slg. 1973, 214 Leitsatz 11.

⁵⁷⁶ *Keßler/Micklitz* BB 2005, Beil. 1, 1, 3.

⁵⁷⁷ Die einzige Entscheidung der Unionsgerichte, in welcher der Begriff technisch eingesetzt wurde, ist die Entscheidung EuGH v. 25.10.1977, Rs. 26/76 – *Metro I*, Slg. 1977, 1875, Ls. 4, Rdn. 20; zitierend und auseinandersetzungslös EuG v. 12.12.1996, Rs. T-88/92 – *Leclerc*, Slg. 1996, II-1961, Rdn. 107.

⁵⁷⁸ *Clark*, *Toward a Concept of Workable Competition*, 30 *Am. Econ. Rev.* 241 ff. (1940).

⁵⁷⁹ Vgl. die Darstellung von *Hoppmann*, *Das Konzept der optimalen Wettbewerbsintensität*, JBNSt 179 (1966), 286, 288.

⁵⁸⁰ Vgl. nur die Botschaft zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG) v. 23.11.1994, BBl. 1995 I 468, 502 (143).

⁵⁸¹ Die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs, 1967.

⁵⁸² *Clark*, *Competition: Static Models and Dynamic Aspects*, 45 *Am. Econ. Rev.* 450 (1955).

⁵⁸³ *Hoppmann*, JBNSt 179 (1966), 286; *ders.*, Die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs, JBNSt 181 (1967), 251.

Im Ergebnis attestierte *Hoppmann* dem Attribut „funktionsfähig“ allein, im günstigen Fall überflüssig, im ungünstigen Fall irreführend zu sein, vgl. *Hoppmann*, *Workable Competition*, ZBJV 102 (1966), 249, 272.

⁵⁸⁴ Vgl. dazu in der Vorauf. *Schünemann* § 1 Rdn. 35; *Baudenbacher* Art. 1 Rdn. 26 ff.; *Leisner* S. 51.

mithin unlauter ist, und der damit geschaffenen Rechtssicherheit. In der kontinentaleuropäischen Rechtstradition ist anerkannt, dass eine **Wechselwirkung zwischen Generalklauseln und den sie konkretisierenden Tatbeständen** besteht. Während insbesondere Zweckartikel wie in Art. 1 UGP-RL die Auslegung aller Einzelatbestände beeinflussen,⁵⁸⁵ stellen die Einzelatbestände ihrerseits „Induktionsmaterial“ zur Auslegung der Generalklausel bereit.⁵⁸⁶

In der Sache geht es darum, den **Einzelatbeständen verallgemeinerungsfähige Argumente zu entnehmen**, die im Rahmen der Generalklausel zum Tragen gebracht werden können, auch wenn die Einzelatbestände nicht erfüllt sind. Es darf allerdings nicht verkannt werden, dass diese Methode umso unergiebig wird, je abstrakter bereits die Einzelatbestände formuliert sind. In der UGP-Richtlinie nähern sich die Sondertatbestände (anders als die *black list*) der Problematik nicht über die phänomenologische Beschreibung konkreter Geschäftspraktiken (z. B. „Anreißen“, „cold calling“, Werbung mit „Mondpreisen“). Vielmehr zählt bereits Art. 5 Abs. 4 UGP-RL zwei abstrakte Gesichtspunkte auf, welche verbrauchergerichtete Geschäftspraktiken unlauter – weil wettbewerbsverfälschend – erscheinen lassen: Es sind die **Beeinträchtigung der Entscheidungsgrundlage** (Irreführung, irreführendes Unterlassen) sowie die Beeinträchtigung des **Entscheidungsprozesses** (unzulässig aggressive Beeinflussung).⁵⁸⁷

Artikel 5 Abs. 4 UGP-RL stellt klar, dass diese Gesichtspunkte kein abschließendes Urteil über die Unlauterkeit gestatten („Unlautere Geschäftspraktiken sind **insbesondere** solche, die ... irreführend ... oder ... aggressiv ... sind.“ Hervorhebung d. Verf.). Dem ist aus methodischer Sicht beizupflichten. Allerdings fällt es schwer Gründe zu finden, aus denen die wirtschaftlichen Interessen von Verbrauchern unmittelbar beeinträchtigende geschäftliche Handlungen, die weder irreführend noch aggressiv sind, in Ansehung des beschränkten Schutzzwecks der UGP-Richtlinie unlauter sein sollten, da die jeweils bezuggenommenen Vorschriften denkbar weit formuliert sind (vgl. bereits EGr. 13 UGP-RL a. E.). Bereits die unzumutbare Überziehung mit unerwünschten Werbemaßnahmen gem. § 7 lässt sich kaum in dieses Modell einfügen. Immerhin legt die abschließende Formulierung der Irreführungskriterien in Art. 6 Abs. 1 UGP-RL den Rückgriff auf die Generalklausel nahe, wenn **über andere als die dort aufgeführten Gegenstände irreführt** wird. Dafür spricht insbesondere, dass bereits die in Anh. I Nr. 14 UGP-RL als *per se* irreführende Geschäftspraktiken genannten Schneeballsysteme zu keinem der im Katalog des Art. 6 Abs. 1 UGP-RL genannten Bezugspunkte der Irreführung passen.⁵⁸⁸ Ähnliches gilt für die in Anh. I Nr. 21 UGP-RL verbotene Übersendung von Zahlungsaufforderungen.⁵⁸⁹ Artikel 6 UGP-RL lässt indes keinen Zweifel an der Intention des Gesetzgebers, jegliche wettbewerbsverfälschende Irreführung zu erfassen.⁵⁹⁰ Das gestattet den Rückgriff auf die Generalklausel.

cc) Anwendung der Generalklausel auf bloße Nicht-Information? Seit Ende der 1960er-Jahre wird diskutiert, in welchem Umfang die Rationalität wirtschaftlicher Entscheidungen bzw. die Aufgeklärtheit der sie treffenden Wirtschaftsteilnehmer zu gewährleisten ist, um zum einen die Konsumentensouveränität wiederherzustellen und zum anderen optimale Marktergebnisse zu erzielen. Aus lauterkeitsrechtlicher Sicht ist zu beantworten, ob die **bloße Nicht-Information**, d. h. das Unterlassen von Aufklärung unlauter sein kann. Methodisch könnte die **Generalklausel** ein solches Verhalten erfassen; fraglich ist jedoch zunächst, ob die ausdrücklichen Regelungen irreführender Unterlassungen in Art. 7 UGP-RL eine solche Annahme gestatten. Die Informationspflichten der Art. 7 Abs. 4, 5 UGP-RL (vgl. dazu u. Rdn. 336 ff.) fügen sich in ein Modell ein, das keine selb-

⁵⁸⁵ Ohly/Sosnitza § 1 Rdn. 1; Köhler/Bornkamm § 1 Rdn. 6; Baudenbacher Art. 1 Rdn. 11.

⁵⁸⁶ Bereits Germann, Zur Rechtsfindung im Wettbewerbsrecht auf der Grundlage des Entwurfs eines Bundesgesetzes über den unlauteren Wettbewerb, ZBJV 72 (1936), 49, 55; Baudenbacher, Suggestivwerbung, S. 105; ders. Art. 2 Rdn. 7. Die selbständig konkretisierende Wirkung der Sondertatbestände wird a. a. O. allerdings nicht in Frage gestellt.

⁵⁸⁷ Die plastische Unterscheidung wurde soweit ersichtlich von Beater, Verbraucherschutz, S. 139 ff., 190 ff., etabliert. MüKo-UWG/Micklitz EG D Art. 1 Rdn. 7, verwendet die Begriffe der „inneren“ bzw. „äußeren“ Handlungsfreiheit. Diese scheinen auf den ersten Blick dem hier zugrundegelegten System zu korrespondieren (vgl. a. a. O. Rdn. 41: liegen Informationen vor, so ist äußere Handlungsfreiheit gewahrt; innere Handlungsfreiheit wird hingegen verletzt, wenn die Entscheidungsfindungsprozesse beeinträchtigt werden). Bei genauerem Hinsehen wird aber deutlich, dass Micklitz die Fallgruppen der unzureichenden Information nicht der Entscheidungsgrundlage (äußere Handlungsfreiheit, vgl. in diesem Sinne Beater, Verbraucherschutz, S. 153 ff.), sondern der inneren Handlungsfreiheit zuordnet (vgl. a. a. O. Rdn. 42).

⁵⁸⁸ Vgl. dazu MüKo-UWG/Micklitz EG D Art. 6 Rdn. 68.

⁵⁸⁹ Vgl. dazu BGH GRUR 2012, 184 – Branchenbuch Berg, Rdn. 30.

⁵⁹⁰ So ausdr. zur Parallelregelung in der IrreführungsRL EuGH v. 11.7.2013, Rs. C-657/11 – *Belgian Electronic Sorting Technology NV*, noch nicht in Slg., Rdn. 34 ff. = GRUR 2013, 1049. Das ist in deren Regelungskontext methodisch fragwürdig, da der Werbebegriff eine Äußerung voraussetzt.

ständigen lauterkeitsrechtlichen Informationspflichten begründet, sondern davon ausgeht, dass es einer gesetzgeberischen Vorentscheidung darüber bedarf, welche generell-abstrakt beschriebenen Informationen zu verschaffen sind. Die Regelungen werden als politischer Kompromiss über die zu verschaffenden Informationen betrachtet.⁵⁹¹

- 290 Ein zwingendes Argument gegen die Bejahung einer auf die Generalklausel gestützten Informationspflicht im konkreten Einzelfall⁵⁹² ist dem indes wohl nicht zu entnehmen. Verschiedene Gründe sprechen aber durchaus **gegen eine solche Erweiterung des Zugriffsbereichs** des Lauterkeitsrechts:
- 291 (1) *Wettbewerb und Transparenz.* Unvollständige Information ist nicht nur ein unvermeidliches Übel, sondern eine der Triebfedern des dynamischen Wettbewerbsprozesses. Vollständige Information ist demgemäß auch und gerade unter wettbewerbstheoretischen Gesichtspunkten keineswegs erstrebenswert. Moderne Wettbewerbstheorien gehen davon aus, dass die Frage nach der Verteilung von Informationslasten und -pflichten unmittelbar nach den Erkenntnissen der neueren Informationsökonomik zu beantworten ist. Diese legen indes eher nahe, dass eine pauschale lauterkeitsrechtliche Begründung von Informationspflichten zur Schaffung von Markttransparenz überschießend wäre.
- 292 Weil die verschiedenen Wettbewerbstheorien insoweit konvergieren, als nach Ansicht aller durch auf falschen Annahmen beruhende geschäftliche Entscheidungen Ressourcen fehlgeleitet werden,⁵⁹³ fällt zwar die Wertung leicht, dass Irreführungen zu verbieten sind. Verkürzt erscheint aber bereits die weitere Folgerung,⁵⁹⁴ dass der Anknüpfung an das Konzept des funktionsfähigen Wettbewerbs Pflichten zur Produkt- und Anbieterinformation zu entnehmen sind, weil Markttransparenz eine unverzichtbare Voraussetzung dafür sei, dass die Konsumenten frei und unabhängig entscheiden können.
- 293 Zunächst spiegelt der mit der Begründung solcher Informationspflichten verbundene Wunsch nach einer Verbesserung der Entscheidungsgrundlage insbesondere von Verbrauchern das nach wie vor bestehende Misstrauen gegenüber emotionaler, motivierender Werbung wider.⁵⁹⁵ Diese Perspektive ist indes überholt. Ein solches Sachlichkeitsgebot lässt sich nicht rechtfertigen.
- 294 Daneben vernachlässigen weitreichende Informationspflichten, dass auch der nicht-informierte Werbeadressat durchaus frei und unabhängig entscheiden kann, wodurch eine Verfälschung des Wettbewerbs ausgeschlossen ist. Das zu Recht aufgestellte Postulat, wonach allein die subjektiven Konsumentenpräferenzen maßgebend für die Antwort auf die Frage sein dürfen, wie Leistungen im Wettbewerb zu bewerten sind,⁵⁹⁶ muss zugleich die vorgelagerte Frage erfassen, auf welcher Informationsgrundlage diese Präferenzentscheidung getroffen werden soll. Dann erscheint es allein konsequent, dem Verbraucher die Wahl zu überlassen, uninformiert eine geschäftliche Entscheidung zu treffen. Bei schlicht uninformierten Entscheidungen ohne Irrtum und ohne äußere Beeinflussung steht die Konsumentensouveränität in keiner Weise in Frage. Maßgebend ist die Bewertung des marktbezogenen Leistungsangebotes im Spiegel der Konsumententscheidung der Verbraucher.
- 295 Soweit daher im Ausgangspunkt der These zuzustimmen ist, dass das **Lauterkeitsrecht in all seinen Ausprägungen seine Begründungen europarechtskonform durch eine konsistente und kohärente Ausrichtung am Wettbewerbsschutz** finden kann und muss, ist davor zu warnen, den Wettbewerbsschutz mit der Herstellung von Markttransparenz gleichzusetzen. Es mag Situationen geben, in welchen Märkte in spezifischer Weise intransparent sind und aus dieser Intransparenz Wettbewerbsverfälschungen drohen. Eine Wettbewerbsverfälschung droht aber nicht, wenn Nachfrager ihre geschäftlichen Entscheidungen in bewusster oder zumindest gleichgültiger Unkenntnis treffen (dazu sog.).
- 296 Ein Zwang zur Beeinflussung dieser Entscheidungen durch Information mag aus gesellschaftlichen Gründen (z. B. Umweltschutz: Information über CO₂-Ausstoß von Kraftfahrzeugen;⁵⁹⁷ Gesundheitsschutz: Schadstoffe und Risiken beim Rauchen) sinnvoll erscheinen; der Wettbewerbs-

⁵⁹¹ Bakardjieva Engelbrekt S. 612.

⁵⁹² Walter S. 312.

⁵⁹³ Auch die ökonomische Analyse geht davon aus, dass es im Fall von Irreführungen zu Fehlallokationen von Ressourcen kommt, die zu verhindern sind, vgl. Posner, *Economic Analysis of Law*, 8. Aufl., 2011, S. 122 ff.

⁵⁹⁴ Keßler WRP 2007, 714, 720.

⁵⁹⁵ Exemplarisch Radeideh S. 213: „... consumers are only able to process adequately the information they are given, if the information does not distract them by irrational content.“

⁵⁹⁶ Vgl. bereits Sosnizza, *Wettbewerbsbeschränkungen* S. 96 ff.; Glöckner *Europäisches Lauterkeitsrecht*, S. 569.

⁵⁹⁷ Richtlinie 1999/94/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Dezember 1999 über die Bereitstellung von Verbraucherinformationen über den Kraftstoffverbrauch und CO₂-Emissionen beim Marketing für neue Personenkraftwagen, ABl. 2000 Nr. L 12/16.

schutz gebietet ihn indes nicht. Die Begründung einer lauterkeitsrechtlichen Informationspflicht erscheint deshalb nicht gerechtfertigt.

(2) *Anwendungsprobleme einer universellen lauterkeitsrechtlichen Informationspflicht.* Die Bandbreite des Kontexts verbrauchergerichteten Wettbewerbsverhaltens ist extrem weit, worauf Art. 7 Abs. 3 UGP-RL ausdrücklich Rücksicht nimmt. Daraus resultiert ein praktisches Problem: Wollte man positive Informationspflichten unabhängig von einer Irreführungsgefahr gestützt auf die Generalklausel begründen, so wäre erhebliche Rechtsunsicherheit die Folge. Denn etwa die Aushändigung eines Werbefaltblattes, das bestimmte Informationen nicht enthält und als bloßes Werbeinstrument gem. Art. 7 Abs. 3 UGP-RL auch nicht enthalten müsste, könnte in einer späteren Verhandlungsphase im Hinblick auf die fehlende Information für ungenügend und zugleich für unlauter erachtet werden. 297

(3) *Rechtspolitische Grenzen einer universellen lauterkeitsrechtlichen Informationspflicht.* Ein strukturelles Argument gegen eine universelle Informationspflicht wird von der **Informationsökonomik** bereitgestellt. Die Informationsverarbeitungsfähigkeit jedes Verbrauchers ist beschränkt. Ein *information overload* hilft dem zu schützenden Verbraucher nichts. Weil Papier geduldig und Information billig ist, werden Unternehmen eine selbständige lauterkeitsrechtliche Pflicht zur Information tendenziell mit „Sicherheitsreserve“ erfüllen, um ein lauterkeitsrechtliches Haftungsrisiko auszuschließen.⁵⁹⁸ Damit kommt es zu einer Überflutung mit Information, die zum absehbaren Ausschluss ihrer Wahrnehmung durch die Verbraucher führt.⁵⁹⁹ 298

Schließlich sollte der lauterkeitsrechtlichen Regulierung der verschiedene Tatbestände ein **konsistentes Verbraucherleitbild** zugrundegelegt werden: Bei der Beeinflussung mit sozialem Engagement wird nunmehr zu Recht angenommen, dass es jedem Verbraucher überlassen bleiben soll zu entscheiden, ob, wie und wovon er sich beeinflussen lassen will (vgl. dazu u. Rdn. 500 ff., 503). Dieselbe **Souveränität sollte dem bewusst unwissenden Verbraucher** zugestanden werden. Wer bereit ist, einen Personenwagen zu kaufen, ohne zu wissen, wie groß das in Litern gemessene Fassungsvermögen des Kofferraums ist – sei es, weil ihn dieser Umstand nicht interessiert oder weil ein Blick in den geöffneten Kofferraum für sie oder ihn eine ausreichende Entscheidungsgrundlage geschaffen hat – bedarf, ganz unabhängig davon, ob das Fahrzeug auf einem Plakat oder in einer umfassenden Produktbeschreibung beworben wird, ob die Werbung den Kaufverhandlungen vorgelegt oder das Verhandlungsstadium bereits erreicht ist, es sich um einen zweisitzigen Sportwagen oder einen Mini-Van handelt, keiner obligatorischen Belehrung. 299

Wer an dieser Information interessiert ist, kann sie ohne erhebliche **Suchkosten** erfragen. Ist der Verkäufer nicht bereit, eine entsprechende Information bereitzustellen, so erscheint ein durchsetzbares lauterkeitsrechtliches **„Recht auf Information“**⁶⁰⁰ ungeachtet seiner Praktikabilität bereits in der Sache als **unangemessen**. Der Verbraucher, der seine geschäftliche Entscheidung nicht treffen will, ohne über eine genaue Größenangabe zu verfügen, wird den informationsunwilligen Unternehmer durch eine Nichtberücksichtigung des Angebots strafen. Eine **Wettbewerbsverfälschung durch offene Nicht-Information ist jedenfalls nicht zu befürchten**, weshalb es in solchen Fällen keines lauterkeitsrechtlich begründeten Rückgriffs auf die Generalklausel bedarf. 300

In zwei Konstellationen sind Modifikationen dieses Grundsatzes zu erwägen. Zum einen können **isolierte Informationspflichten** unter Heranziehung des **Ingerenzgedankens** angenommen werden, wo erst das eigene geschäftliche Verhalten des Marktteilnehmers eine **spezifische Intransparenz schafft**. Der europäische Gesetzgeber hatte auf diese Weise qualifizierte Informationspflichten bei verschiedenen Verkaufsförderungsmaßnahmen begründen wollen (vgl. dazu o. Rdn. 103). In ähnlicher Weise zeigte der BGH auf, dass Koppelungsangebote missbräuchlich sein können, wenn die Gefahr besteht, dass die Verbraucher über den Wert des tatsächlichen Angebots, namentlich über den Wert der angebotenen Zusatzleistung, unzureichend informiert wer- 301

⁵⁹⁸ Dieses Phänomen wird in der Diskussion um Informationspflichten zur Gewährleistung von Produktsicherheit bzw. zur Vermeidung von Produkthaftung bekannt, vgl. dazu Meyer, Instruktionshaftung, 1992, S. 262 ff.; Endres/Lüdeke, Produktsicherheit, 2001, S. 201.

⁵⁹⁹ van den Bergh in: Effiziente Verhaltenssteuerung, S. 77, 85; Niemöller S. 11. Eine vermeintliche Ablösung des Irreführungsverbots durch ein Informationsgebot sollte daher nicht unbedingt als Errungenschaft der Informationsökonomik bezeichnet werden, so Peifer WRP 2008, 556, 557.

⁶⁰⁰ Zum vertragsrechtlichen Informationsrecht vgl. Art. 5 Richtlinie 2011/83/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Oktober 2011 über die Rechte der Verbraucher, zur Abänderung der Richtlinie 93/13/EWG des Rates und der Richtlinie 1999/44 des Europäischen Parlaments und des Rates sowie zur Aufhebung der Richtlinie 85/577/EWG des Rates und der Richtlinie 97/7/EG des Europäischen Parlaments und des Rates, ABl. 2011 Nr. L 304/64. Es umfasst ebenfalls nur die im Lauterkeit gem. Art. 7 UGP-RL geschuldeten Angaben.

⁶⁰¹ In diesem Sinne wohl MüKo-UWG/Micklitz EG D Art. 7 Rdn. 10; Fezer WRP 2007, 1021, 1027.

den.⁶⁰² Mangelnde Information kann auf diese Weise durchaus die Unlauterkeit einer an sich nicht irreführenden geschäftlichen Handlung begründen.

302 Zum anderen erscheinen Konstellationen denkbar, in denen Konsumenten ihre eigene Unkenntnis nicht zumindest sachgedanklich mitbewusst ist, ohne dass eine konkrete Fehlvorstellung besteht. Solche Situationen können sich ergeben, wenn für die fragliche geschäftliche Entscheidung maßgebende Entscheidungserfordernisse überhaupt nicht bekannt sind. In solchen Fällen verdeckter Nicht-Information⁶⁰³ können besonders bedeutende Fehlleitungen verursacht werden.

303 Der Anpassungsbedarf wird indes gering sein. Im Regelfall wird der oben genannte Gesichtspunkt der vom Unternehmen zu verantwortenden Intransparenz weiterhelfen. Wo z. B. eine Wahlmöglichkeit für Intransparenz sorgt, wird eine entsprechende Informationspflicht begründet. Fehlt es an einer Intransparenz, so bedarf es keiner Informationspflicht.

304 **b) Eignung zur wesentlichen Beeinflussung des wirtschaftlichen Verhaltens.** Weil die UGP-RL in den Art. 6–8 nicht allein das qualitative Element (etwa: „Ein Verstoß gegen die berufliche Sorgfaltspflicht liegt insbesondere vor, wenn ...“), sondern über Art. 5 Abs. 4 UGP-RL die Unlauterkeit insgesamt konkretisiert, findet das Erfordernis der **wesentlichen Beeinträchtigung der wirtschaftlichen Entscheidung gem. Art. 5 Abs. 2 lit. b**, wie definiert in Art. 2 lit. e und k UGP-RL (geschäftliche Entscheidung), **ausschließlich im Rahmen der Generalklausel** Anwendung.

305 Die **Sondertatbestände** der Art. 6–8 UGP-RL werden demgegenüber sprachlich mit der **Notwendigkeit belastet, auch das quantitative Element, den für die Annahme der Unlauterkeit erforderlichen Erfolgswert, mitregeln zu müssen**. Sie tun dies durch die (leider nicht einheitlich gebrauchte) Formulierung „und die somit einen Durchschnittsverbraucher zu einer geschäftlichen Entscheidung veranlasst oder zu veranlassen geeignet ist, die er sonst nicht getroffen hätte“ (so in Art. 7 Abs. 1 UGP-RL; ähnlich Art. 6 Abs. 1, 2, Art. 7 Abs. 2, Art. 8 UGP-RL).

306 Dieses Kriterium entspricht der Definition der wesentlichen Beeinflussung in Art. 2 lit. e UGP-RL nur partiell,⁶⁰⁴ nämlich im Hinblick auf deren letzten Halbsatz, nicht aber im Hinblick auf das vorgelegte und zugleich weitergehende Erfordernis, „die Fähigkeit des Verbrauchers, eine informierte Entscheidung zu treffen, spürbar zu beeinträchtigen“. Weitergehender **Begründungen zur spürbaren Beeinträchtigung** der Fähigkeit, eine informierte Entscheidung zu treffen, **bedarf es daher im Rahmen der Sondertatbestände nicht**. Letztere konkretisieren mithin nicht allein den Verstoß gegen die berufliche Sorgfaltspflicht gem. Art. 5 Abs. 2 lit. a UGP-RL, sondern antizipieren zugleich, dass Irreführungen und aggressive Geschäftspraktiken stets geeignet sind, die Fähigkeit der Verbraucher, eine informierte Entscheidung zu treffen, spürbar zu beeinträchtigen. Das ist sinnvoll, weil die **Irreführung bzw. die Aggressivität indizieren, dass die Grundlage oder der Prozess der Entscheidung spürbar beeinträchtigt sind**. Wegen der **Totalharmonisierung darf auch im Rahmen der deutschen Umsetzungsstatbestände (§§ 4a, 5, 5a) nichts anderes** gelten. Die besondere Verletzungsform begründet bereits die Spürbarkeit der Beeinträchtigung.

307 Im Ergebnis verlangt die UGP-RL damit innerhalb der Fallgruppen der Irreführung und der unangemessenen Einflussnahme nicht mehr als die Eignung zur Veranlassung einer **geschäftlichen Entscheidung**, die anderenfalls nicht getroffen worden wäre. Die geschäftliche Entscheidung wird durch Art. 2 lit. k UGP-RL sehr breit definiert und umfasst alle Rechtshandlungen, die auf den Vertragsschluss, die Erfüllung oder die Erhaltung von Verträgen gerichtet sind. Verkürzt wurde diese Eignung als „Relevanz für die Verbraucherentscheidung“⁶⁰⁵ oder „geschäftliche Relevanz“⁶⁰⁶ bezeichnet. Nachfolgend wird der Begriff **„Geschäftsentscheidungsrelevanz“** verwendet.

308 Die Struktur der objektiven Verhaltensnormen der UGP-RL macht allerdings nicht deutlich, ob diese **Geschäftsentscheidungsrelevanz der konkreten Geschäftspraktik insgesamt oder allein ihrem spezifischen Unlauterkeitsgehalt** anhaften muss. Der deutschen Lauterkeitsrechtsordnung sind beide Aspekte vertraut: Im Rahmen des allgemeinen Erfordernisses der Wettbewerbshandlung wurde traditionell verlangt, dass sich das geschäftliche Verhalten eines Gewerbetreibenden auf gegenwärtige oder potentielle Mitbewerber auswirken kann.⁶⁰⁷ Bei unmittelbar

⁶⁰² BGH v. 11.3.2004, I ZR 161/01, Rdn. 15 m.w.N. In diesem Sinne kann bereits EuGH GRUR Int. 1983, 648 – *Oosthoek*, Slg. 1982, 4575 Rdn. 18, 20, interpretiert werden, in welchem der EuGH ein Zugabeverbot im Hinblick auf die transparenzschädigende Wirkung von Koppelungsangeboten als gerechtfertigt anerkannte.

⁶⁰³ *Walter* S. 123.

⁶⁰⁴ Ähnlich *Radeideh* S. 261.

⁶⁰⁵ *Steinbeck* WRP 2006, 632.

⁶⁰⁶ *Köhler* WRP 2008, 10, 12.

⁶⁰⁷ Vgl. z. B. *Baumbach/Hefermehl*, 17. Aufl., 1993, Einl UWG Rdn. 214.

verbraucherbezogenem Verhalten ist das der Fall, wenn deren geschäftliche Entscheidung beeinflusst wird.

Daneben wurde im deutschen Recht insbesondere im Rahmen des Irreführungstatbestandes seit jeher die **wettbewerbliche Relevanz** geprüft. Sie wurde zwar ebenfalls als Eignung definiert, eine Marktentscheidung zu beeinflussen.⁶⁰⁸ Insoweit geht es allerdings sehr eindeutig nicht um die Relevanz der konkreten angegriffenen Geschäftspraktik – etwa einer Preisauszeichnung, eines Plakats oder eines Fernsehspots –, sondern um die **spezifische Relevanz ihres wettbewerbsverfälschenden Bestandteils**, d. h. der irreführenden Angabe. Die UGP-RL ist insoweit mehrdeutig. Zumindest in den Art. 7 Abs. 1, 2 und Art. 8 wird durch die Verwendung von „somit“ bzw. „dadurch“ (engl. *thereby*) bzw. „und dies veranlasst“ sprachlich klargestellt, dass das Erfordernis geschäftlicher Relevanz sich auf das irreführende Unterlassen bzw. die unzulässige Beeinflussung beziehen muss. In den Art. 6 Abs. 1, 2 UGP-RL fehlt ein solcher Hinweis jedoch – Analogie oder Umkehrschluss? Für eine auf die Geschäftspraktik als solche bezogene Auslegung der geschäftlichen Relevanz spricht zwar insbesondere die Struktur der Generalklausel. Nach ihr ist die Eignung, eine geschäftliche Entscheidung zu veranlassen, nicht im Hinblick auf den Verstoß gegen die berufliche Sorgfaltspflicht, sondern im Hinblick auf die Geschäftspraktik zu prüfen. Dagegen lässt sich allerdings ins Feld führen, dass das Erfordernis der allgemeinen Wettbewerbsrelevanz sich bereits aus der Definition der Geschäftspraktik (unmittelbarer Zusammenhang mit Absatzförderung etc.) ergibt.

Aus systematischen Gründen muss das **Erfordernis der Geschäftsentscheidungsrelevanz** in den Sondertatbeständen aber durchweg **auf die unlauterkeitsbegründenden Umstände** gestützt werden, wie es die oben zitierten Formulierungen verlangen.⁶⁰⁹ Zunächst spricht gegen einen Umkehrschluss, dass der Gesetzgeber bei der Formulierung der jeweiligen Passagen offensichtlich unsorgfältig war. Für die Analogie spricht demgegenüber, dass Werbung mit falschen, aber nicht irreführenden Tatsachen mangels Wettbewerbsrelevanz der Irreführung nicht verboten werden muss.⁶¹⁰ Schließlich gestattet eine solche Auslegung einen Gleichlauf mit der an Nicht-Verbraucher gerichteten irreführenden Werbung, die gem. Art. 2 lit. b IrreführungsRL geeignet sein muss, „infolge der ihr innewohnenden Täuschung“ das wirtschaftliche Verhalten ihrer Adressaten zu beeinflussen.

Eine solche Deutung „passt“ nicht zuletzt zu dem **Verzicht auf das weitere Erfordernis der spürbaren Beeinträchtigung** der Fähigkeit des Verbrauchers, eine informierte Entscheidung zu treffen, wie es für die Generalklausel in Art. 5 Abs. 2 lit. b, 2 lit. e UGP-RL erforderlich ist: Soweit die Irreführung bzw. die unangemessene Einflussnahme wettbewerblich relevant sind, weil sie geeignet sind, die geschäftliche Entscheidung der Adressaten zu beeinflussen, ergibt sich bereits aus der Natur der Lauterkeitsverstöße, dass sie die Fähigkeit der Verbraucher zu einer freien und unverfälschten Entscheidung und damit den Wettbewerb auch **spürbar** beeinflussen. Separat zu prüfen bleibt allein die Geschäftsentscheidungsrelevanz der Irreführung (vgl. nunmehr §§ 4a Abs. 1 S. 1, 5 Abs. 1 S. 1 a. E., 5a Abs. 2 Nr. 2).⁶¹¹ Bei den besonders groben Verstößen, die in Anhang I aufgezählt sind, wird gem. Art. 5 Abs. 5 UGP-RL auch die Geschäftsentscheidungsrelevanz unwiderleglich vermutet.

c) Umsetzung. *aa) Abgrenzung zum nicht harmonisierten Bereich.* Die Generalklausel in Art. 5 Abs. 2 lit. b bzw. 2 lit. e UGP-RL wurde inzwischen in den §§ 3 Abs. 2, 2 Abs. 1 Nr. 7, 8, 9 weitgehend wortlautgetreu umgesetzt. Der **Anwendungsbereich der unionsrechtlichen Generalklausel** wurde im UWG allerdings mit den Worten „Geschäftliche Handlungen, die sich an Verbraucher richten oder diese erreichen“ umschrieben. Mit dieser Formulierung soll sichergestellt werden, dass der Anwendungsbereich der totalharmonisierenden UGP-RL gem. Art. 3 Abs. 1 i. V. m. 2 lit. d UGP-RL umfassend abgebildet wird.⁶¹² Die gewählte Formulierung findet allein in Art. 5 Abs. 2 lit. b UGP-RL eine unionsrechtliche Stütze. Dort wird sie allerdings dazu verwendet, den maßgeblichen Adressaten zu identifizieren. Ihr funktionaler Zusammenhang ist damit ein ganz anderer als die Definition des Anwendungsbereichs der UGP-RL. Mit der Regelung in § 3 Abs. 2 wurde mithin ein gravierender „Konstruktionsfehler“ der UGP-RL (vgl. dazu o. Rdn. 229) ins UWG übernommen und verfestigt: Die UGP-RL soll zwar primär die wirtschaftlichen Interessen der Verbraucher schützen, EGr. 6, 8, Art. 1 UGP-RL. Ihr gegenständlicher Anwendungsbereich umfasst aber gem. Art. 3 Abs. 1, 2 lit. d UGP-RL alle Geschäftspraktiken von Unternehmen ge-

⁶⁰⁸ Begründung RegE, BT-Drs. 15/1487, S. 19; BGH, GRUR 2003, 628, 630 – *Klosterbrauerei*; Köhler WRP 2008, 10, 12.

⁶⁰⁹ Ebenso Radeideh S. 276.

⁶¹⁰ Vgl. dazu bereits Glöckner/Henning-Bodewig WRP 2005, 1311, 1330, und u. Rdn. 474.

⁶¹¹ Richtig daher BGH GRUR 2008, 186 – *Telefonaktion*. Alexander GRUR Int. 2010, 1025, 1033 spricht insoweit von einer Vermengung innerhalb des „Drei-Stufen-Systems“ der UGP-Richtlinie.

⁶¹² Begr. RegE, BT-Drs. 18/4535, S. 12.

genüber Verbrauchern, d. h. alle Verhaltensweisen von Gewerbetreibenden, die unmittelbar mit der Absatzförderung, dem Verkauf oder der Lieferung eines Produkts an Verbraucher zusammenhängen. Die oben (Rdn. 245) beschriebenen Tendenzen auf der Ebene des Unionsrechts zur Korrektur dieses Fehlers im Wege einer wertenden Bestimmung des Anwendungsbereichs⁶¹³ werden auf der Ebene des nationalen Rechts verhindert. Die weitere Rechtsentwicklung wird antizipiert und überdies in eine kaum erstrebenswerte Richtung gelenkt.

- 313** *bb) Anwendung von § 3 Abs. 1.* Noch problematischer erscheinen die Folgerungen der unionsrechtlichen Generalklausel außerhalb ihres Anwendungsbereichs für die Anwendung der Generalklausel in § 3 Abs. 1. Nach der Vorstellung des Gesetzgebers dient die Vorschrift außerhalb des Anwendungsbereichs der UGP-RL als Auffangtatbestand für geschäftliche Handlungen, die von den Konkretisierungstatbeständen nicht erfasst werden, aber einen vergleichbaren Unlauterkeitsgehalt aufweisen. Der Gesetzgeber hat es der Rechtsprechung überlassen, „wie nach bisheriger Rechtslage ... in Konkretisierung des Tatbestandsmerkmals der Unlauterkeit ... gegebenenfalls angemessene Spürbarkeitserfordernisse aufzustellen, um insbesondere Abmahnungen von Bagatelverstößen zu verhindern“.⁶¹⁴
- 314** Weder das Vorgehen des Gesetzgebers noch das erzielte Ergebnis oder seine Begründung vermögen zu überzeugen. Die in § 3 Abs. 3 UWG-RegE⁶¹⁵ enthaltene Regelung war sicher nicht frei von Schwächen. Das betrifft insbesondere die Aufnahme des kritikwürdigen Begriffs (vgl. dazu o. Rdn. 265) der „fachlichen Sorgfalt“. Dafür lag der Gesamtregelungsstruktur des UWG nach dem Regierungsentwurf ein ausgewogenes und stimmiges Konzept zugrunde, das zudem hinsichtlich des Aufbaus der Verhaltensnormen demjenigen der UGP-RL entsprach. Die vorgeschlagene Unternehmerngeneralklausel hätte den seit 2004 erreichten Stand der Rechtskenntnis in eine praktikable und unionsrechtskompatible Prüfungsstruktur umgesetzt.⁶¹⁶ Die im letzten Stadium des Gesetzgebungsverfahrens vorgenommene Änderung hat die Grundstruktur des novellierten UWG maßgeblich verändert. Wegen weniger und eher kosmetischer Schwächen hat der Gesetzgeber den Rechtsanwendern eine strukturell und inhaltlich überholte Regelung mit der Begründung an die Hand gegeben, dass die Praxis ja immer noch wie bisher verfahren könne. Der ergänzende Hinweis, dass mit dem „bei Bedarf“ herangezogenen Spürbarkeitserfordernis Abmahnungen von Bagatelverstößen verhindert werden sollten, führt nicht weiter, denn das anerkannte Spürbarkeitserfordernis ist ein Element des Unrechtstatbestandes, mithin der relevanten Verhaltensnorm. Als solches ist es unabhängig von der Notwendigkeit, rechtsmissbräuchliche Abmahnungen zu verhindern. Diese Aufgabe erfüllt § 8 Abs. 4 UWG. Dem im Gefolge der Entscheidung *Nemzeti* (vgl. dazu o. Rdn. 261) wachsenden Bedürfnis, Marktteilnehmer vor ungerechtfertigt erscheinenden gebührenpflichtigen Abmahnungen zu schützen, muss ohnehin, insbesondere über den Tatbestand der Generalklausel hinaus, Rechnung getragen werden.
- 315** Die Rechtsanwendung hat nach dem erklärten Willen des Gesetzgebers auch künftig bei der Anwendung des § 3 Abs. 1 „wie bisher“ zu verfahren, d. h. durchweg den Umstand zu berücksichtigen, dass weder „die guten Sitten“ noch die unternehmerische Sorgfalt per se durchsetzungsfähig sind, sondern nur dann, wenn ihre Verletzung Interessen von Marktteilnehmern spürbar beeinträchtigt. Dem steht nicht entgegen, dass bei bestimmten typisierten Verletzungshandlungen die spürbare Interessenbeeinträchtigung indiziert wird. Innerhalb des Anwendungsbereichs der UGP-RL ist der Unionsgesetzgeber bereits von dieser Einsicht ausgegangen (vgl. o. Rdn. 306) und auch außerhalb des Anwendungsbereichs der UGP-Richtlinie sollte sie fruchtbar gemacht werden. In der Konsequenz kann bei Verletzungen des § 4 im Regelfall auf eine gesonderte Prüfung der Spürbarkeit der Interessenbeeinträchtigung verzichtet werden; bei der Anwendung des § 3 Abs. 1, zu denken ist etwa an die Fallgruppe der allgemeinen Marktbehinderung, ist sie demgegenüber stets zu prüfen (vgl. dazu u. *Podszun* § 3 Rdn. 181 ff.).
- 316** Nach der Begründung des Regierungsentwurfs zum UWG 2004 war zwar unter der in § 3 UWG verlangten Verfälschung des Wettbewerbs „von vornherein nicht eine Verfälschung des Wettbewerbs als Institution der Marktwirtschaft“ zu verstehen, sondern die Wirkungen wettbewerbswidrigen Verhaltens auf das Marktgeschehen.⁶¹⁷ Eine Aufspaltung der Begriffe des Wettbewerbs im

⁶¹³ EuGH v. 7.3.2013, Rs. C-343/12 – *Euronics*, noch nicht in Slg., Rdn. 17, 31 = GRUR Int. 2013, 936, Ähnlich bereits EuGH GRUR Int. 2011, 853 – *Wamo BVBA*, Slg. 2011, I-5835, Rn. 24 ff., 27.

⁶¹⁴ Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz zu dem Regierungsentwurf der Bundesregierung – Drucksache 18/4535 – Entwurf eines Zweiten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb, BT-Drs. 18/6571, S. 14 f.

⁶¹⁵ Begründung RegE, BT-Drs. 18/4535.

⁶¹⁶ Vgl. dazu bereits *Glöckner* WRP 2014, 1399, 1400 f.

⁶¹⁷ Begründung RegE, BT-Drs. 15/1487, S. 17.