

Dr. Beate Maasch

# Unternehmen im Wettbewerb

Kurseinheit 1:  
Kartellrecht

**LESEPROBE**

rechts  
wissenschaft



FernUniversität in Hagen

---

Das Werk ist urheberrechtlich geschützt. Die dadurch begründeten Rechte, insbesondere das Recht der Vervielfältigung und Verbreitung sowie der Übersetzung und des Nachdrucks, bleiben, auch bei nur auszugsweiser Verwertung, vorbehalten. Kein Teil des Werkes darf in irgendeiner Form (Druck, Fotokopie, Mikrofilm oder ein anderes Verfahren) ohne schriftliche Genehmigung der FernUniversität reproduziert oder unter Verwendung elektronischer Systeme verarbeitet, vervielfältigt oder verbreitet werden.

# Inhaltsverzeichnis

<b>LERNZIELE</b> .....	<b>IV</b>
<b>LITERATUREMPFEHLUNGEN</b> .....	<b>V</b>
1    Gesetzestexte.....	V
2    Lehrbücher.....	V
<b>ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS</b> .....	<b>VI</b>
<b>LITERATURVERZEICHNIS</b> .....	<b>VII</b>
<b>I    GRUNDLAGEN</b> .....	<b>1</b>
1    Einführung.....	1
2    Überblick der geschichtlichen Entwicklung.....	2
3    Struktur des UWG .....	6
<b>II   GRUNDBEGRIFFE</b> .....	<b>7</b>
1    Zweck des Gesetzes .....	7
2    Verbraucher .....	8
3    Unternehmer.....	8
4    Mitbewerber .....	9
5    Marktteilnehmer .....	10
6    Geschäftliche Handlung.....	10
6.1  Handeln einer Person.....	11
6.2  Unternehmensbezug der Tätigkeit.....	11
6.3  Marktauswirkung.....	12
6.4  Absatz oder Bezugsförderung .....	14
6.4.1  Förderung des eigenen Unternehmens .....	14
6.4.2  Förderung eines fremden Unternehmens.....	15
6.4.3  Fehlende Absatz- oder Bezugsförderung .....	17
6.5  Zeitraumen.....	19
<b>III  § 3 UWG – DER GRUNDTATBESTAND</b> .....	<b>20</b>
1    Struktur des § 3 UWG .....	20

<b>2</b>	<b>Bedeutung der Generalklausel des § 3 Abs. 1 UWG .....</b>	<b>20</b>
<b>3</b>	<b>Allgemeine Voraussetzungen für unlauteres Verhalten.....</b>	<b>22</b>
3.1	Geschäftliche Handlung.....	22
3.2	Eignung zur Wettbewerbsbeeinträchtigung .....	22
3.3	Erheblichkeit der Wettbewerbsbeeinträchtigung .....	22
<b>4</b>	<b>Besondere Voraussetzungen für unzulässiges Verhalten im B2C-Bereich.....</b>	<b>24</b>
4.1	Unzulässigkeit einer geschäftliche Handlung gem. § 3 Abs. 2 UWG .....	24
4.2	Unzulässige per-se-Verbote gem. § 3 Abs. 3 UWG .....	25
<b>IV</b>	<b>DIE KATALOGTATBESTÄNDE DES § 4 UWG .....</b>	<b>28</b>
<b>1</b>	<b>§ 4 Nr. 1 UWG: unsachliche Beeinflussung.....</b>	<b>28</b>
1.1	Ausübung von Druck .....	29
1.2	Menschenverachtende Vorgehensweisen.....	29
1.3	Sonstige unangemessene und unsachliche Verhaltensweisen .....	32
<b>2</b>	<b>§ 4 Nr. 2 UWG - Ausnutzung besonderer Umstände.....</b>	<b>34</b>
2.1	Ausnutzung der geschäftlichen Unerfahrenheit oder Leichtgläubigkeit von Verbrauchern 34	
2.2	Ausnutzung der geschäftlichen Unerfahrenheit von Kindern oder Jugendlichen.....	35
2.3	Ausnutzung der Angst oder sonstiger Zwangslagen .....	37
<b>3</b>	<b>§ 4 Nr. 3 UWG – Verdeckte Werbung.....</b>	<b>38</b>
3.1	redaktionell getarnte Werbung.....	39
3.2	Produktplacement .....	40
3.3	sublime Werbung.....	41
3.4	verschleierte Kontaktaufnahme.....	41
<b>4</b>	<b>§ 4 Nr. 4 UWG - Transparenzgebot für Verkaufsförderungsmaßnahmen .....</b>	<b>42</b>
4.1	Verkaufsförderungsmaßnahmen .....	42
4.2	Transparenzgebot.....	43
<b>5</b>	<b>§ 4 Nr. 5 UWG - Transparenzgebot für Preisausschreiben und Gewinnspiele.....</b>	<b>45</b>
<b>6</b>	<b>§ 4 Nr. 6 UWG - Kopplungsverbot bei Preisausschreiben und Gewinnspielen .....</b>	<b>47</b>
<b>7</b>	<b>§ 4 Nr. 7 UWG – Herabsetzung von Mitbewerbern .....</b>	<b>48</b>
7.1	Mitbewerber.....	48
7.2	Art und Form der geschäftlichen Handlung .....	49
7.3	Bezugsobjekt der Äußerung.....	49
7.4	Einschränkung durch Art. 5 GG .....	50
<b>8</b>	<b>§ 4 Nr. 8 UWG - Anschwärzung.....</b>	<b>51</b>
8.1	Allgemeiner Schutztatbestand.....	51
8.2	Ausnahmeregelung.....	52

---

8.3	Rechtsfolgen .....	53
<b>9.</b>	<b>§ 4 Nr. 9 UWG – Ausbeutung fremder Leistung .....</b>	<b>53</b>
9.1	Waren und Dienstleistungen .....	55
9.2	Anbieten der Nachahmung .....	55
9.3	Wettbewerbliche Eigenart .....	56
9.4	Nachahmung .....	57
9.5	Vermeidbare Herkunftstäuschung .....	60
9.6	Rufausbeutung .....	60
9.7	Vertrauensbruch .....	62
9.8	Rechtsfolgen .....	63
<b>10</b>	<b>Gezielte Behinderung .....</b>	<b>63</b>
10.1	Absatz- und Vertriebsbehinderung .....	64
10.2	Werbebehinderung .....	66
10.3	Preisunterbietung .....	66
10.4	Betriebsstörung .....	67
10.5	Boycott .....	67
10.6	Allgemeine Marktstörung .....	68
<b>11</b>	<b>§ 4 Nr. 11 – Rechtsbruch .....</b>	<b>70</b>

# I Grundlagen

## 1 Einführung

Das **nationale Wettbewerbsrecht** besteht im Kern aus dem **Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB)** und dem **Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG)**. Für das GWB wird häufig die inhaltlich verkürzende Bezeichnung **Kartellrecht** verwendet. Nach Aufhebung des Rabattgesetzes und der Zugabeverordnung im Jahre 2001 wird das Wettbewerbsrecht ergänzt durch zahlreiche **Nebengesetze**, wie z.B. die PreisangabenVO, das Heilmittelwerbegesetz und das Lebensmittel- und Bedarfsgegenständengesetz. Diese Regelungen gehören zum sog. **Lauterkeitsrecht**. Daneben stehen die in zahlreichen Sondergesetzen geregelten **gewerblichen Schutzrechte**<sup>1</sup> und das **Urheberrecht**, die speziell dem Schutz des geistigen Schaffens dienen. Sie werden üblicherweise als **eigenständige** Rechtsmaterie behandelt und nicht dem Wettbewerbsrecht zugerechnet. Zwischen all diesen Rechtsgebieten bestehen Wechselwirkungen und sie werden zunehmend beeinflusst durch **europäisches** Recht.

Die engsten Beziehungen bestehen zwischen dem Kartellrecht und dem Lauterkeitsrecht. Dabei greifen beide Gesetze ineinander: das **GWB** hat die Aufgabe die **Marktstrukturen** zu schützen, damit überhaupt Wettbewerb stattfinden kann. Ziel des UWG ist es, dafür zu sorgen, dass der in diesem Rahmen erfolgende Wettbewerb **fair** verläuft. Sportlich ausgedrückt stellt das GWB das Fußballfeld bereit, und das UWG enthält die Regeln für den Ablauf des Spiels.

Gemeinsamer Nenner beider Gesetze ist der Schutz der **Wettbewerbsfreiheit**, allerdings unter den gerade beschriebenen unterschiedlichen Aspekten. Erste Schwierigkeiten ergeben sich daraus, dass sich dieses Schutzgut, das Phänomen Wettbewerb, nicht genau bestimmen lässt. Folglich kann auch nicht festgestellt werden, wann die Freiheit dieses Wettbewerbs beeinträchtigt ist. Hinzu kommt, dass eine Beschränkung der Freiheit des einen Wettbewerbers den anderen an Wettbewerb Beteiligten gerade zusätzliche Handlungsspielräume verschafft. Liegt dann insgesamt betrachtet eine Beschränkung vor?

Wie und vor allem an welchem **Maßstab** soll man eine Wettbewerbsbeschränkung messen? Um dieses Problem zu lösen, kann der Gesetzgeber konkrete Verhaltensweisen benennen, die er für wettbewerbsbeschränkend hält und die deshalb unzulässig sein sollen. Da aber nicht alle denkbaren Verhaltensweisen in einem Gesetz aufgeführt sein können, findet sich im Wettbewerbsrecht stets eine Mischung aus unbestimmten **Generalklauseln** mit einem weiten Anwendungsbereich und Normen, die einzelne **konkrete** wettbewerbswidrige **Maßnahmen** beschreiben. Auch mit dieser Gesetzgebungstechnik lassen sich Wettbewerbsprozes-

---

<sup>1</sup> Patente, Gebrauchsmuster, eingetragene Designs, Marken und sonstige Kennzeichen

se jedoch nicht vollständig steuern, denn die Marktverhältnisse unterliegen einem ständigen **Wandel** und die Unternehmen sind äußerst erfindungsreich darin, sich neue Marktstrategien auszudenken. Dadurch entstehen sowohl bei den Generalklauseln als auch bei den Einzeltatbeständen immer wieder neue Auslegungsprobleme bei der Beurteilung der wettbewerblichen Zulässigkeit oder Unzulässigkeit einer Handlungsweise.

Hinzu kommt, dass der Einfluss des **europäischen** Rechts zunimmt. Der nationale Gesetzgeber hat Richtlinien umzusetzen und tut gut daran, sich auf Reformpläne der Europäischen Kommission einzustellen. Diese Vorgaben passen nicht immer in die vorhandene Konzeption des nationalen Rechts. Beim UWG war das der Fall und deshalb wurde es nach fast 100 Jahren im Jahr 2004 vollständig umstrukturiert und im Jahr 2009 erneut novelliert.

Bis dahin war es ein langer Weg. Ihn wenigstens in groben Zügen zu kennen, wird Ihnen helfen, das nunmehr geltende Recht besser zu verstehen.

## 2 Überblick der geschichtlichen Entwicklung

Das Problem der Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs setzte in Deutschland mit der Einführung der **Gewerbefreiheit** im gesamten Reichsgebiet durch die **Gewerbeordnung** im Jahr 1871 ein. Damit wurden die bis dahin geltenden mittelalterlichen Zunftverfassungen und der Zunftzwang abgeschafft, und es war nun jedermann gestattet, ein Gewerbe zu betreiben. Dadurch kam es sehr rasch zu einer erheblichen Zunahme des Wettbewerbs, und zwar des lautereren wie des unlauteren.

Das Fehlen von Schutzvorschriften in diesem Gesetz führte zur Entwicklung eines Wettbewerbs ohne jedes Ordnungssystem, so dass Praktiken unlauteren Wettbewerbs weitgehend ungehindert um sich greifen konnten. Dazu gehörte das Verschleiern von Qualität, Preis und Herkunft von Waren, Scheinausverkäufe, schwindelhafte Reklame und Herabsetzung der Konkurrenz – kommt Ihnen das bekannt vor? Diese Auswüchse suchte der Gesetzgeber mittels verschiedener Sondergesetze zu bekämpfen. Das am Anfang der Gesetzgebungstätigkeit stehende **Markenschutzgesetz** von 1874 erwies sich allerdings schon bald als unzulänglich, weil es nur angemeldete Marken schützte, während z.B. nicht angemeldete Zeichen und Warenausstattungen beliebig nachgeahmt werden konnten.

Die dadurch bedingte Lückenhaftigkeit und Unvollkommenheit zementierte das Reichsgericht in einer heftig kritisierten Entscheidung, indem es einen über das Markenschutzgesetz hinausgehenden Schutz des Wettbewerbs mit der Begründung ablehnte, dem Gesetz sei der Begriff des unlauteren Wettbewerbs fremd, und

es enthalte im Übrigen eine abschließende Regelung, so dass alles erlaubt sei, was dieses Gesetz nicht ausdrücklich verbiete.<sup>2</sup>

Das Fehlen einen speziellen Schutzes gegen unlauteren Wettbewerb wurde allgemein als unhaltbar empfunden, gleichwohl wurde der Gesetzgeber nur zögernd und widerwillig tätig. Erst 1894 wurde das **Warenzeichengesetz** geschaffen, dem 1896 ein **erstes Gesetz gegen unlauteren Wettbewerb** folgte.

Letzteres beschränkte sich jedoch auf die Regelung von Einzeltatbeständen, etwa das Verbot der Irreführung, der Anschwärzung und der üblen Nachrede, den Missbrauch gewerblicher Kennzeichnungsmittel und das Verbot des Geheimnisverrats. Damit wurden jedoch lediglich die größten Missstände beseitigt.

Die Mängel dieses kasuistischen Prinzips suchte der Gesetzgeber durch das **zweite Gesetz gegen unlauteren Wettbewerb vom 7.6.1909** einzudämmen. Mit der Einführung einer **Generalklausel** in § 1 UWG brachte es eine umfassende Handhabe gegenüber bislang einzeltatbestandlich nicht geregelten unlauteren Wettbewerbsmethoden. Mit dem neuen § 1 UWG wurden nunmehr sämtliche Wettbewerbshandlungen untersagt, die gegen „**die guten Sitten**“ verstießen. Eine Definition der „guten Sitten“ lieferte das Gesetz allerdings nicht. In den ersten Jahren nach Inkrafttreten des neuen UWG war die Rechtsprechung bei der Anwendung des § 1 UWG ausgesprochen zurückhaltend, weil die neue Generalklausel zunächst als Fremdkörper empfunden wurde. Das änderte sich erst mit Beginn der zwanziger Jahre des vorigen Jahrhunderts.<sup>3</sup>

Schon hier wird der Konflikt deutlich, der die gesamte weitere Entwicklung dieses Gesetzes durchzieht: Dreh- und Angelpunkt des UWG wurde die Frage, was unter dem Begriff der „guten Sitten“ zu verstehen ist. Hierfür waren **Bewertungskriterien** zu entwickeln, und die sind maßgeblich davon abhängig, wen oder was das UWG **schützen** soll. Sowohl die Bewertungsmaßstäbe als auch das Schutzgut änderten sich im Laufe der Zeit.

In seinen Anfängen wurde das UWG als Sonderrecht einer Berufsklasse begriffen und war dementsprechend geprägt von den Anschauungen des ehrbaren Kaufmanns im Handelsverkehr. Das dahinter stehende wettbewerbsrechtliche Interesse war infolgedessen auf reinen **Konkurrentenschutz** beschränkt. Die Wettbewerbswidrigkeit einer Handlung richtete sich daher ausschließlich danach, ob sie geeignet war, dem Handelnden in unlauterer Weise vor den Mitbewerbern geschäftliche Vorteile zu verschaffen. Von dieser Linie, das Privatinteresse einzelner in den Mittelpunkt zu stellen, rückte das Reichsgericht erstmals gegen Ende der Weimarer Republik ab und öffnete das UWG für erste **wettbewerbsfunktionale** Interessen. Es sollte künftig nicht nur die Konkurrenten, sondern auch das Publikum – heute würden man sagen die Verbraucher - schützen. Damit war die Dicho-

---

<sup>2</sup> RGZ 3, 67 ff.

<sup>3</sup> Vgl. zur historischen Entwicklung Emmerich, § 1, Rdnr. 6 ff. m.w.Nachw.



tomie von **Individualinteressen** und **Allgemeininteressen** geboren. Das Reichsgericht fasste z.B. die Volksgesundheit, die Schutzbedürftigkeit von Hinterbliebenen unmittelbar nach dem Tod eines Angehörigen und den Schutz des Bestandes von Wettbewerb vor Auswüchsen als solche schützenswerten Allgemeininteressen auf.<sup>4</sup>

In die NS-Ideologie passte die Betonung wettbewerbsrechtlicher Kollektivinteressen („Gemeinnutz geht vor Eigennutz“), und drängte den Gedanken des Konkurrentenschutzes weiter zurück, weil sich die Mitbewerber nicht als Gegner, sondern als „Glieder der Volksgemeinschaft“ begreifen sollten. Die Sittenwidrigkeit einer Handlung richtete sich zunächst nach den Vorstellungen der „anständigen Geschäftswelt“, ab 1936 teilweise auch nach dem „gesunden Volksempfinden“.<sup>5</sup>

Nach dem Ende der Hitler-Diktatur kehrte als Bewertungsmaßstab das „Anstandsgefühl des verständigen Durchschnittsgewerbetreibenden“ zurück und mit ihm lebte die ursprüngliche Fixierung auf den Konkurrentenschutz wieder auf.<sup>6</sup>

Seitdem beherrscht die bis zur letzten Novelle **unverändert** gebliebene Generalklausel des § 1 (=§ 3 UWG n.F.) das gesamte UWG. Literatur und Rechtsprechung haben zur Konkretisierung des Begriffs der guten Sitten sog. **Fallgruppen**, wie z.B. Behinderungswettbewerb, Belästigung, und Kundenfang entwickelt, die ständig verfeinert wurden. Damit wurde ein bis ins Einzelne ausdifferenziertes und selbst für den Fachmann kaum noch überschaubares System von sittenwidrigen und deshalb unerlaubten Verhaltensnormen geschaffen.

Das UWG wurde mit Ausnahme der Generalklausel an anderen Stellen mehrfach novelliert, blieb aber im Kern unverändert. Hinter dieser äußeren Kontinuität verbirgt sich jedoch ein nicht unerheblicher Wertungswandel. Die Novelle von 1969 verstärkte den **Mittelstandsschutz** (Verbot des Direktvertriebs des Großhandels), Intention der Novelle von 1986 war hingegen ein größerer **Verbraucherschutz** (Verbot der Werbung mit mengenmäßigen Beschränkungen und Verbot der Werbung für Preissenkungen durch Gegenüberstellung von altem und neuem Preis). Ein Paradigmenwechsel erfolgte mit der Novelle von 1994: war es in allen bisherigen Novellen darum gegangen, das Instrumentarium zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs zu schärfen, wollte der Gesetzgeber nunmehr Überregulierungen beseitigen und Wirtschaft mehr Freiräume verschaffen – also die **Institution Wettbewerb** stärken (Eindämmung des Klagerechts von Konkurrenten und Verbänden). Diese **Liberalisierungstendenz** setzte sich fort mit der Zulassung vergleichender Werbung im Jahr 2000 und der Aufhebung der ZugabeVO und des RabattG im Jahr 2001.

<sup>4</sup> Vgl. Beater § 3. E. I. 2 m.w.Nachw.

<sup>5</sup> Vgl. ders., a.a.O., § 3. E. I. 3. b.

<sup>6</sup> Vgl. ders., a.a.O., § 3. E. I. 1.

Die wohl einschneidendste Reform erfolgte mit der letzten Novelle vom 8.7.2004. Sie wurde angestoßen durch das Bemühen der Europäischen Kommission um eine Harmonisierung der Rechte der Mitgliedstaaten. Damit sollen Hindernisse für einen funktionierenden Binnenmarkt beseitigt werden, die sich aus divergierenden nationalen Wettbewerbsgesetzen ergeben können. In der Bundesrepublik war damit eine erhebliche Veränderung verbunden, da sich das deutsche Wettbewerbsrecht - wohl mit Recht - den zweifelhaften Ruf erworben hatte, eines der strengsten der Welt zu sein und sich deshalb zunehmend dem Vorwurf ausgesetzt sah, Hemmschuh des Wettbewerbs im Binnenmarkt zu sein.

Eine erneute Umstrukturierung und Harmonisierung mit dem europäischen Recht<sup>7</sup> erfolgte mit dem Inkrafttreten des Ersten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb zum 30.12.2008. Aufgrund der damit verbundenen zahlreichen, vor allem auch gravierenden Neuregelungen, erfährt das erst im Jahre 2004 grundlegend novellierte UWG erneut einschneidende Veränderungen.

Zahlreiche dieser Änderungen wurden erforderlich, weil u. a. die Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken in nationales Recht umgesetzt werden musste (Frist war der 12. Juni 2007). Hierbei gilt erstmals, dass vom europäischen Recht nicht nur ein Mindeststandard vorgegeben wird, sondern dass eine **Vollharmonisierung** zu erfolgen hat, die weder eine Unter- noch eine Überschreitung des Schutzstandards erlaubt. In welchem Umfang dafür das bestehende UWG verändert werden sollte oder musste, war umstritten. Referenten- und Regierungsentwurf gingen dem Bundesrat deutlich zu weit.<sup>8</sup> Nach Beratungen in den Ausschüssen ist nun ein weniger weitgehender Kompromiss verabschiedet worden. Er enthält zahlreiche und sehr einschneidende Veränderungen. Am augenfälligsten ist die in einem Anhang angesiedelte sog. „Schwarze Liste“ mit 30 im Einzelnen beschriebenen Handlungen, die per se unzulässig sind. Mit diesen neuen Regelungen soll das Niveau des Verbraucherschutzes weiter ausgebaut und angehoben werden.

Die in nationales Recht umgesetzte Richtlinie wirft manche, noch ungeklärte Frage auf. Bereits im Gesetzgebungsverfahren war umstritten, ob das neue Recht den Vorgaben der Richtlinie in allen Punkten entspricht. Die Rechtsprechung wird daher in Einzelfällen vor schwierigen Entscheidungen stehen und der EuGH hat dazu stets das letzte Wort. In Anbetracht dieser doppelten Rechtsunsicherheit und der noch nicht gefestigten Maßstäbe der UWG-Novelle von 2004 wird es insbesondere für die betroffenen Unternehmen eine nicht leichte Daueraufgabe darstel-

---

<sup>7</sup> Vergleiche dazu die Materialien: Gesetzentwurf der Bundesregierung BT-Drucks. 16/10145 mit Stellungnahme des Bundesrates (Anlage 3) und Gegenäußerung der Bundesregierung (Anlage 4) vom 20. August 2008; Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses BT-Drucks. 16/11070 vom 25. November 2008; Gesetzesbeschluss BR-Drucks. 901/08 vom 28. November 2008.

<sup>8</sup> Vgl. BT-Drucks. 16/10145, Anlage 3.

len, sich auf das neue Lauterkeitsrecht einzustellen und ihr Verhalten der hierzu neu ergehenden Rechtsprechung anzupassen.

### 3 Struktur des UWG

Das UWG hat mit der Novelle von 2004 eine neue Struktur bekommen:

- Das 1. Kapitel enthält in §§ 1-7 „Allgemeine Bestimmungen“:
  - im § 1 ist nunmehr die bisher strittige Frage nach dem Schutzzweck gelöst: das UWG schützt die Mitbewerber, die Verbraucher und die Allgemeinheit.
  - § 2 enthält – ebenfalls erstmalig – Definitionen zentraler Begriffe des Gesetzes,
  - in § 3 Abs. 1 findet sich jetzt die Generalklausel des früheren § 1. Sie verbietet in allgemeiner Form alle unlauteren Verhaltensweisen,
  - ein Anhang zu § 3 Abs. 3 beschreibt 30 (!) **stets** unzulässige Verhaltensweisen (sog. „Schwarze Liste“)
  - in § 4 sind Beispielstatbestände normiert, durch die die Generalklausel des § 3 Abs. 1 konkretisiert wird, und
  - die §§ 5-7 enthalten Regelungen über die Zulässigkeit von Werbung
- Das 2. Kapitel umfasst die §§ 8-11 und enthält die **Rechtsfolgen** unlauterer Handlungen, nämlich
  - Ansprüche auf Unterlassung,
  - Anspruch auf Beseitigung,
  - Anspruch auf Schadensersatz und
  - (neu eingefügt) Anspruch auf Herausgabe des Gewinns.
- Das 3. Kapitel enthält **Verfahrensvorschriften** (§§ 12-15), das 4. Kapitel **Strafvorschriften** (§§ 16-19) und das 5. Kapitel Schlussvorschriften.

## II Grundbegriffe

An der Spitze des Gesetzes stehen eine Bestimmung des Gesetzeszwecks und die Definition einiger Grundbegriffe. Sie sind, ähnlich wie Sie das z.B. vom Allgemeinen Teil des BGB kennen, „vor die Klammer gezogen“ und gelten für alle übrigen Bestimmungen des UWG.

### 1 Zweck des Gesetzes

Die Diskussion über den Zweck des UWG ist durch die Novelle 2004 nach fast 100 Jahren beendet worden. Nach § 1 UWG hat das Gesetz die Aufgabe, die **Verbraucher**, die **Mitbewerber** und die **sonstigen Marktteilnehmer** zu schützen.

#### Lesen Sie bitte § 1 S. 1 UWG

Damit bleiben hinsichtlich des geschützten Personenkreises keine Wünsche mehr offen. Vor allem sind nunmehr die Verbraucher erstmals genannt und deren Interessen stehen **gleichrangig** neben denen der übrigen am Wettbewerb Beteiligten. Das bedeutet, dass die Angebotsfreiheit der Wettbewerber und die Entscheidungsfreiheit der Verbraucher gleichermaßen geschützt sind.<sup>9</sup> Eine immer wieder erhobene Forderung der Verbraucherverbände wurde damit erfüllt.

Eine wesentliche Einschränkung besteht allerdings.

#### Lesen Sie bitte § 1 S. 2 UWG

Danach schützt das UWG außer den eben genannten Belangen auch noch das **Interesse der Allgemeinheit**, jedoch nur in Bezug auf unverfälschten Wettbewerb. Unverfälscht ist Wettbewerb, wenn er nicht durch unlautere geschäftliche Handlungen verzerrt wird, sondern sich frei entfalten kann. Im Ergebnis soll damit der **freie Wettbewerb** und damit das Interesse der Allgemeinheit an der Erhaltung einer funktionsfähigen Wettbewerbsordnung geschützt werden. Für sonstige Allgemeininteressen, auch wenn sie noch so berechtigt sind, wie etwa Arbeitnehmer-, Umwelt- oder Tierschutz darf das UWG hingegen nicht instrumentalisiert werden.<sup>10</sup>

---

<sup>9</sup> Begründung RegE BT-Drucks. 15/1487, S. 15.

<sup>10</sup> Begründung RegE BT-Drucks. 15/1487, S. 16.

## 2 Verbraucher

Der **Verbraucherbegriff** gehört zu den Schlüsselbegriffen des neuen UWG. Gleichwohl findet sich dazu keine eigenständige Definition, sondern § 2 Abs. 2 UWG verweist auf die Legaldefinition in § 13 BGB.

Ein Verbraucher ist danach

„jede natürliche Person, die ein Rechtsgeschäft zu einem Zweck **abschließt**, der weder ihrer gewerblichen noch ihrer selbständigen beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden kann.“

Diese Definition ist für das UWG zu eng. Warum wohl?

Richtig: im Wettbewerbsrecht geht es in der Regel nicht um bereits abgeschlossene Rechtsgeschäfte mit Verbrauchern, sondern um geschäftliche Handlungen, die den Verbraucher gerade zum Abschluss eines Vertrages bewegen sollen. Unter Berücksichtigung des Schutzzweckes des UWG muss § 13 BGB deshalb ausdehnend ausgelegt werden: Verbraucher i.S.d. UWG ist dann

„jede natürliche Person, die als Partner eines Rechtsgeschäfts **in Betracht kommt**, das weder ihrer gewerblichen noch ihrer beruflichen Tätigkeit zuzurechnen ist“.<sup>11</sup>

## 3 Unternehmer

Den Unternehmerbegriff regelt § 2 Abs. 1 Nr. 6 UWG.

**Lesen sie bitte § 2 Abs. 1 Nr. 6 UWG!**

Danach können sowohl natürliche als auch juristische Personen Unternehmer sein. Da das UWG das gesamte Marktverhalten erfassen will, reichen auch bereits Handlungen im **Vorfeld** eines Vertragsschlusses aus, um die Eigenschaft als Unternehmer zu begründen.

---

<sup>11</sup> so de lege ferenda Bornkamm/Henning-Bodewig/Köhler, WRP 2002, 1317 ff.; für das neue UWG statt aller Harte/Henning/Keller, UWG, § 2 Rdnr. 206.

## 4 Mitbewerber

§ 2 Abs. 1 Nr. 3 UWG definiert als weitere Schutzsubjekte die Mitbewerber.

### Lesen Sie bitte § 2 Abs. 1 Nr. 3 UWG!

Danach ist das Vorliegen eines **konkreten** Wettbewerbsverhältnisses erforderlich. Ein solches liegt vor, wenn zwischen den Vorteilen, die jemand durch eine Maßnahme für sein Unternehmen oder das eines Dritten zu erreichen sucht und den Nachteilen, die ein anderer dadurch erleidet, eine Wechselbeziehung besteht.<sup>12</sup> Der eigene Wettbewerb muss also gefördert und dadurch gleichzeitig fremder Wettbewerb beeinträchtigt werden.

Das liegt zunächst immer dann vor, wenn Unternehmen den **gleichen** Abnehmer- oder Lieferantenkreis haben.

#### Beispiel

Zwischen zwei benachbarten Lebensmittelsupermärkten oder zwei Mineralölfirmen, die ihr Benzin beim gleichen Spothändler in Rotterdam beziehen, liegt folglich ein Wettbewerbsverhältnis vor.

Das kann aber auch dann der Fall sein, wenn sich ein Unternehmen gezielt in den Wettbewerb zu einem branchenfremden Unternehmen stellt und es erst dadurch zu einer Überschneidung der Abnehmerkreise kommt.

#### Beispiel

Eine Kaffeerösterei warb mit dem Slogan „Onko-Kaffee können Sie gestrost statt Blumen verschenken“.<sup>13</sup>

Hier lag aufgrund der nicht vergleichbaren Waren ursprünglich kein Wettbewerbsverhältnis vor. Durch das Bewerben von Kaffee als Alternative zu Blumen für den gleichen (Geschenk)zweck hat die Rösterei jedoch gezielt den gleichen Abnehmerkreis angesprochenen und damit ein Wettbewerbsverhältnis zu Blumenhändlern geschaffen.

Macht ein Unternehmen auf seiner Internetseite Werbung für ein branchenfremdes anderes Unternehmen, macht das die Unternehmen hingegen auch dann nicht zu

---

<sup>12</sup> Begründung RegE BT-Drucks. 15/1487, S. 16.

<sup>13</sup> Nach BGH GRUR 1972, 553.

Mitbewerbern, wenn das werbende Unternehmen für jeden erfolgreich vermittelten Vertragsabschluss einen Werbekostenzuschuss erhält.<sup>14</sup>

## 5 Marktteilnehmer

Außer den Verbrauchern und Mitbewerbern nennt § 2 Abs. 1 Nr. 2 UWG **sonstige** Marktteilnehmer. Damit sind sog. **gewerbliche** Verbraucher gemeint, die im Rahmen ihrer gewerblichen oder selbständigen beruflichen Tätigkeit Waren erwerben oder Dienstleistungen in Anspruch nehmen.<sup>15</sup> Sie gehören weder zu der Gruppe der Mitbewerber noch zu den (Letzt)Verbrauchern.

### Beispiel

Eine Mineralölgesellschaft droht ihrem Tankstellenpächter mit der Kündigung des Tankstellenvertrages, wenn er Waren im Food-Bereich nicht von bestimmten Unternehmen bezieht.<sup>16</sup>

Mineralölgesellschaft und Pächter sind hier keine Mitbewerber, da sie in einem Vertikalverhältnis zueinander stehen. Der Pächter erwirbt aber Waren zur Weiterveräußerung im Shop seiner Tankstelle, handelt also im Rahmen seiner gewerblichen Tätigkeit. Daher handelt es sich um sonstige Marktteilnehmer.

## 6 Geschäftliche Handlung

Das UWG untersagt nur unlautere Handlungsweisen im Wettbewerb. Ein Verstoß gegen einzelne Normen dieses Gesetzes setzt deshalb immer voraus, dass überhaupt ein marktgerichtetes Verhalten vorliegt. Die **geschäftliche Handlung** ist daher einer der Zentralbegriffe des Gesetzes.

Definiert ist sie in § 2 Abs. 1 UWG.

**Lesen Sie bitte § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG!**

Erforderlich ist danach

- ein unternehmensbezogenes Verhalten
- einer Person,

---

<sup>14</sup> BGH GRUR 2014, 573-575

<sup>15</sup> Begründung RegE BT-Drucks. 15/1487, S. 16.

<sup>16</sup> Beispiel nach OLG Hamburg GRUR-RR 2003, 325.

- das sich am Markt auswirkt,
- das in einem objektiven Zusammenhang mit einer Absatz- oder Bezugsförderung steht, und
- das bei, vor oder nach Vertragsschluss erfolgt.

Diese fünf Kriterien dienen der Selektion. Mit ihrer Hilfe werden aus dem großen Spektrum denkbarer Verhaltensweisen diejenigen herausgefiltert, die dem Schutz und damit der Anwendbarkeit des UWG unterliegen sollen.

## 6.1 Handeln einer Person

Erste Voraussetzung für das Vorliegen einer geschäftlichen Handlung ist das **Verhalten** einer Person. Dieser Begriff ist weit zu fassen und erstreckt sich auf alle Formen menschlicher Verhaltensweisen: positives Tun oder Unterlassen, verbale Äußerungen und rein tatsächliche Handlungen.

## 6.2 Unternehmensbezug der Tätigkeit

§ 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG erfasst aus dem weiten Spektrum möglicher Verhaltensweisen nur solche Handlungen, die sich auf das eigene oder ein fremdes **Unternehmen** beziehen. Damit wird deutlich gemacht, dass das UWG sich nur auf den Wettbewerb zwischen Unternehmen bezieht.

Der Begriff des Unternehmens ist weit auszulegen und erstreckt sich auf jede im Wettbewerb stehende natürliche oder juristische Person des öffentlichen wie des privaten Rechts.

Darunter fallen Gewerbetreibende, Kaufleute und Unternehmen in jeder Rechtsform. Es ist keine Gewinnerzielungsabsicht erforderlich, und darauf ob tatsächlich Gewinn gemacht wird, kommt es nicht an. Daher können auch Freiberufler, Künstler, Wissenschaftler und sogar Privatleute Unternehmer sein und geschäftliche Handlungen vornehmen.

Entscheidend ist, dass mit der Handlung **erwerbswirtschaftliche** oder **berufliche** Interessen verfolgt werden. Den Gegensatz dazu bilden rein private wirtschaftliche Tätigkeiten und bestimmte Maßnahmen der öffentlichen Hand. Sie unterfallen nicht dem UWG.

### Beispiele

Verkauft ein Kaufmann sein Firmenfahrzeug liegt eine geschäftliche Handlung vor. Veräußert er dagegen den von seiner Ehefrau gefahrenen Zweitwagen ist das wegen des privaten Charakters nicht der Fall.

Die Verwendung einer für „commercial“ stehenden Top-Level-Domain „.com“ ist noch kein Indiz für eine geschäftliche Tätigkeit, da diese Do-



main auch in erheblichem Umfang von Privatpersonen für rein private Aktivitäten genutzt wird.

Maßnahmen der öffentlichen Hand, also von Bund, Ländern, Gemeinden und sonstigen Körperschaften und Anstalten des öffentlichen Rechts, können hoheitlich erfolgen, oder erwerbswirtschaftlich ausgerichtet sein. Die Erfüllung **hoheitlicher** Aufgaben stellt keine unternehmerische Tätigkeit dar. Nimmt ein Hoheitsträger dagegen am normalen Wirtschaftsleben teil, unterliegt er dem UWG.

### **Beispiel**

Pumpt die kommunale Feuerwehr nach heftigen Regenfällen unter Wasser geratene Straßen ab, erfüllt sie damit hoheitliche Aufgaben im Rahmen der Gefahrenabwehr. Es liegt deshalb keine unternehmerische Tätigkeit vor, auch wenn es private Unternehmen gibt, die diese Aufgabe ebenfalls erfüllen könnten.

Beschließt eine Kommune hingegen, neue Feuerwehrschräuche anzuschaffen, nimmt sie mit diesem Erwerbsvorgang am privaten Wirtschaftsverkehr teil und handelt deshalb als Unternehmen, auch wenn die Schläuche der Erfüllung hoheitlicher Aufgaben dienen.

Die öffentliche Hand betätigt sich in vielen Bereichen privatwirtschaftlich. Dazu folgendes

### **Beispiel<sup>17</sup>**

Das Land L ist Eigentümerin des Staatsbades in E und unterhält dort mehrere Hotels. Die Interessen von L als Eigentümerin des Bades und der Hotelbetriebe werden durch die staatliche Kurverwaltung wahrgenommen. Auf Anfragen von Kurinteressierten nach möglichen Unterkünften empfiehlt die Kurverwaltung stets die landeseigenen Hotels an erster Stelle.

Hier liegt eine unternehmerische Tätigkeit vor, weil die Kurverwaltung damit die erwerbswirtschaftlichen Interessen des Landes verfolgt. Die Empfehlung stellt deshalb eine geschäftliche Handlung dar und unterliegt dem UWG.

## **6.3 Marktauswirkung**

Nicht jede unternehmerische Tätigkeit ist eine geschäftliche Handlung. Sie muss sich nach dem Wortlaut des § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG auf den Absatz oder den Bezug bestimmter Güter beziehen. Da Absatz und Bezug auf dem Markt stattfinden,

---

<sup>17</sup> BGHZ 19, 299 ff.

muss eine geschäftliche Handlung **marktbezogen** sein. Das ist der Fall, wenn sie sich irgendwie am **Markt** und damit auf die Marktteilnehmer **auswirken** kann. Dabei ist es unerheblich, ob die Tätigkeit sich in der Öffentlichkeit oder in einem privaten Rahmen abspielt, wenn damit nur Einfluss auf den Markt genommen wird.

An einem solchen Marktbezug fehlt es bei rein **betriebsinternen** Vorgängen. Sie entfalten keine Außenwirkung und stellen deshalb keine geschäftlichen Handlungen dar.

### **Beispiel**

Wenn kritische Äußerungen über Mitbewerber innerhalb eines Unternehmens dazu dienen, die eigenen Mitarbeiter zu informieren und zu motivieren, handelt es sich um einen betriebsinternen Vorgang. Sollen die eigenen Mitarbeiter dadurch jedoch von einem Wechsel zur Konkurrenz abgehalten werden, hat das Außenwirkungen und es ist eine geschäftliche Handlung anzunehmen.<sup>18</sup>

Gerade bei größeren Unternehmen und solchen mit externen Mitarbeitern kann es bei betriebsinternen Vorgängen zu Problemen kommen, wie folgender Fall zeigt.

### **Beispiel**

A und B sind Wettbewerber bei der Herstellung und dem Vertrieb von Röstkaffee. Seit geraumer Zeit nutzt A ein sog. Kurzzeitröstverfahren, bei dem die Röstzeit auf weniger als 3 Minuten reduziert und dadurch eine Steigerung der Ergiebigkeit herbeigeführt wird.

B wandte sich in einem Rundschreiben an die Inhaber seiner Depots und das Verkaufspersonal seiner Filialen. Darin wies er auf die Vorzüge des eigenen herkömmlichen Röstverfahrens hin, das B als "Qualitäts-Schonröstverfahren" bezeichnete. Außerdem äußerte B in diesem Schreiben, dass A die Kaffeebohnen mittels seines KurZRöstverfahrens lediglich "aufblase".<sup>19</sup>

Da B das Rundschreiben nur an seine Mitarbeiter und Depotinhaber versandt hat, ist sein Inhalt nur einem begrenzten, der Betriebsorganisation zugehörigen Personenkreis bekannt geworden. Insoweit würde es sich um einen betriebsinternen Vorgang handeln. Wenn die Mitarbeiter die in dem Schreiben enthaltenen Argumente allerdings in Verkaufsgesprächen mit den Kunden verwenden, würde das

---

<sup>18</sup> Beispiel nach OLG Stuttgart WRP 1983, 446.

<sup>19</sup> Beispiel nach GRUR 1972, 553.

Schreiben Außenwirkung entfalten und damit eine geschäftliche Handlung darstellen.

Um das zu vermeiden, empfiehlt sich in solchen Fällen ein deutlicher Hinweis, wie etwa „Nur für den internen Gebrauch“.

## 6.4 Absatz oder Bezugsförderung

Zu einer geschäftlichen Handlung gehört weiterhin, dass sie in einem **objektiven Zusammenhang** mit einer Absatz- oder Bezugsförderung steht.

Vom **Gegenstand** her kann sich die Handlung auf alle marktfähigen Güter des Handels, Handwerks und der Industrie beziehen und sie kann sich auf jeder Marktstufe auswirken. Auch ein Monopolunternehmen, das wegen seiner starken Marktstellung keinem Wettbewerb ausgesetzt ist, unterliegt daher dem UWG.

Bezüglich der **Maßnahmen** kommt jedes Verhalten in Betracht, das sich irgendwie positiv auf die Marktposition eines Unternehmens auswirken kann, um dessen Absatz- oder Bezugchancen zu verbessern. Darauf, ob der erhoffte Effekt auch eintritt, kommt es nicht an. Gezielte Kundenumfragen zur Verbesserung geplanter Werbekampagnen stellen deshalb als Vorbereitungshandlung ebenso eine geschäftliche Handlung dar, wie Testkäufe zur Überprüfung des Wettbewerbsverhaltens der Konkurrenz.

Das Spektrum möglicher Handlungsweisen ist also denkbar weit. Es wird dadurch eingegrenzt, dass ein objektiver Zusammenhang mit einer Absatz- oder Bezugsförderung vorliegen muss. Dieses Erfordernis kam mit der Novelle 2008 neu in das UWG. Es dient dazu, nicht erwerbswirtschaftliche Verhaltensweisen nicht den strengen wettbewerbsrechtlichen Maßstäben zu unterwerfen. Zu denken ist dabei etwa an „gute“ Testergebnisse, die bekanntermaßen zu einer Absatzförderung bei den betreffenden Herstellern führen, ebenso wie Lieferanten von Aldi sich nach einem mangelhaften Testergebnis umgehend mit Tonnen ihrer zurückgeschickten Produkte konfrontiert sahen. Desgleichen haben wissenschaftliche Veröffentlichungen über die Wirksamkeit bestimmter Medikamente oder medizinischer Verfahren Einfluss auf den Absatz der besprochenen Produkte. Hierbei wird zwar Einfluss auf das Marktgeschehen genommen, die Handelnden treten aber **nicht** als **wettbewerbliche Akteure** in Erscheinung.

### 6.4.1 Förderung des eigenen Unternehmens

Erfasst wird zunächst das Naheliegende: jedes Handeln, mit dem das **eigene** Unternehmen gefördert werden soll – also z.B. das Verteilen von Prospekten oder das Platzieren von Werbespots im Funk, Fernsehen oder Printmedien, mit denen für das eigene Unternehmen oder Produkt geworben wird.

In Betracht kommt jede Maßnahme, die der Gewinnung neuer Kunden dient, und ebenso fallen darunter alle Aktivitäten zur Pflege und Erhaltung des bisherigen Kundenkreises. Eine unmittelbare Gewinnerzielungsabsicht muss damit nicht verbunden sein und die Absatzförderung muss auch nicht der **alleinige** Zweck der Maßnahme sein.

### Beispiele

- Der McHappy-Tag, bei dem der Erlös aus jedem verkauften Bic Mac an das Deutsche Kinderhilfswerk gespendet wurde,
- die Regenwaldkampagne, „Mit jedem verkauften Kasten Krombacher schützen Sie 1 m<sup>2</sup> Regenwald“,
- das Verschenken von Originalware,
- reine Imagewerbung, wie die von Benneton benutzte ölverschmutzte Ente,
- Stellenanzeigen, in denen blickfangmäßig die eigenen Produkte hervorgehoben werden,

dienen jedenfalls langfristig **auch** der eigenen Absatzförderung und sind deshalb geschäftliche Handlungen. Bei Maßnahmen, die das eigene Unternehmen betreffen, gilt grds. die Regel-Annahme, dass nach allgemeiner Lebenserfahrung ein objektiver Absatz- oder Bezugsförderungszusammenhang vorliegt. Diese Annahme kann allerdings im Einzelfall durch konkrete Umstände widerlegt werden.

### 6.4.2 Förderung eines fremden Unternehmens

Es reicht auch aus, wenn mit einer Maßnahme ein **fremdes** Unternehmen gefördert werden soll. Das ist z.B. der Fall beim Anzeigengeschäft der Zeitungen. Denn damit steigert der Verlag nicht nur seinen eigenen, sondern auch den Umsatz seiner Anzeigenkunden.

### Beispiel

Sammelt ein Arzt in seiner Praxis Verschreibungen ein, um sie einem bestimmten Apotheker zwecks Auflieferung an die Patienten zu übergeben, fördert er damit den Wettbewerb der begünstigten Apotheke.<sup>20</sup>

---

<sup>20</sup> Beispiel nach BGH GRUR 1981, 280/281.