

Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb: UWG

Köhler / Bornkamm / Feddersen

42. Auflage 2024
ISBN 978-3-406-80334-5
C.H.BECK

schnell und portofrei erhältlich bei
beck-shop.de

Die Online-Fachbuchhandlung 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 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 für sein

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

II. Geschützte Interessen

Das Interesse der Mitbewerber ist auf den Schutz ihrer **wettbewerblichen Entfaltungsfreiheit** gerichtet. Diese Freiheit beschränkt sich nicht darauf, das eigene Angebot ungehindert am Markt zur Geltung zu bringen, sondern erstreckt sich auf **alle wettbewerblichen Aktionsparameter** (insbes. Forschung und Entwicklung, Einkauf, Herstellung, Personal, Finanzierung, Außendarstellung, Produktwerbung, Vertrieb usw; vgl. BGH GRUR 2004, 877 (879) – Werbeblocker zum Tatbestand des § 4 Nr. 4). Das schließt den Schutz der wirtschaftlichen Interessen des Mitbewerbers (vgl. § 4 Nr. 1 und 2) und den Schutz des Unternehmens und seiner Bestandteile (zB Geschäftsgeheimnisse, Schutzrechte) als Vermögensgegenstand (Bestandsschutz) vor Beeinträchtigungen ein (vgl. Schönemann WRP 2004, 925 (932)). Das Lauterkeitsrecht dient also auch dem Schutz der wirtschaftlichen Interessen des Unternehmers und dem Schutz des Unternehmens (zum früheren Streit über diese Frage vgl. Baumbach/Hefermehl, 22. Aufl. 2001, Einl. Rn. 44 ff.). Allerdings begründet das Lauterkeitsrecht keine entspr. subjektiven Rechte der Mitbewerber, und zwar auch nicht beim ergänzenden Leistungsschutz iSd § 4 Nr. 3. Vielmehr stellt es objektive Verhaltensnormen auf, deren Verletzung Ansprüche der verletzten Mitbewerber (iSd § 2 I Nr. 4) sowie der Verbände und Kammern (§ 8 III Nr. 2–4) auslöst. Seiner Struktur nach ist das Lauterkeitsrecht also nicht dem Regelungsmodell des § 823 I BGB, sondern dem des § 823 II BGB vergleichbar.

III. Schutzhöhe

Bei der Frage nach der Schutzhöhe geht es um das Maß an **Schutzbedürftigkeit** des Mitbewerbers oder – aus der Sicht des Handelnden – um das Maß an **Rücksicht** des Handelnden gegenüber dem Mitbewerber. Darüber sagt § 1 I 1 unmittelbar nichts aus. Es existiert auch (noch) kein Mitbewerberleitbild, an dem sich die Rspr. ähnlich wie beim Verbraucherleitbild orientieren könnte. Wenn in der Rspr. zu § 1 UWG 1909 bisweilen die Rede vom „verständigen Durchschnittsgewerbetreibenden“ ist, bezieht sich dies nicht auf den Schutz des Mitbewerbers, sondern auf die Feststellung dessen, was dem „Anstandsgefühl“ dieser Kreise entspricht (vgl. zB BGH GRUR 1995, 595 (597) – Kinderarbeit). Das Maß an Schutz für den betroffenen Mitbewerber ist vielmehr durch eine **Abwägung und Bewertung der Interessen** des Handelnden, des betroffenen Mitbewerbers und der sonstigen Marktteilnehmer und des Interesses der Allgemeinheit an einem unverfälschten Wettbewerb anhand insbes. der **verfassungsrechtlichen und unionsrechtlichen** Wertungen und des Grundsatzes der **Verhältnismäßigkeit** (eines Verbots) zu ermitteln. **Nicht schutzwürdig** sind insbes. folgende Interessen der Mitbewerber: das Interesse an der Erhaltung des bestehenden Kunden- oder Mitarbeiterstamms (→ § 4 Rn. 4.33, → § 4 Rn. 4.103); das Interesse, vor Preisunterbietungen verschont zu werden; das Interesse, auch von sachlicher Kritik ihres Unternehmens und ihrer Leistungen verschont zu bleiben (→ § 4 Rn. 1.16, → § 4 Rn. 1.21); das Interesse, keiner für sie nachteiligen vergleichenden Werbung ausgesetzt zu werden (→ § 6 Rn. 8); das Interesse, vor Testkäufen von Mitbewerbern zur Feststellung von Wettbewerbsverstößen bewahrt zu bleiben (→ § 4 Rn. 4.161); das Interesse, vor Störungen des selektiven Vertriebs durch Außenseiter bewahrt zu bleiben (→ § 4 Rn. 4.63); das Interesse, vor deep links zum eigenen Internet-Angebot verschont zu bleiben (vgl. BGH GRUR 2003, 958 – Paperboy). Die Auffassungen des „durchschnittlich empfindlichen Mitbewerbers“ können bei der Bewertung von Maßnahmen hilfreich sein, die sich im weiteren Sinn als Belästigung iSd § 7 darstellen (zB unerbetene telefonische Mitarbeiterabwerbung).

IV. Sanktionen

1. Individueller Mitbewerberschutz

Nur solche Mitbewerber können individuelle Unterlassungs-, Beseitigungs- und Schadensersatzansprüche gegen den Verletzer geltend machen, die in einem konkreten Wettbewerbsverhältnis zu ihm stehen (§ 2 I Nr. 4; zum unionsrechtlichen Mitbewerbersbegriff in § 6 → § 6 Rn. 34) und damit als unmittelbar Verletzte anzusehen sind. Anders als im UWG 1909 (vgl. § 13 II Nr. 1 UWG 2009) reicht ein nur abstraktes Wettbewerbsverhältnis dazu nicht aus. Die nur abstrakt betroffenen Konkurrenten sind darauf beschränkt, eine der in § 8 III Nr. 2–4

anspruchsberechtigten Organisationen zur Bekämpfung eines Wettbewerbsverstoßes einzuschalten (vgl. Begr. RegE UWG zu § 8 III Nr. 1, BT-Drs. 15/1487, 23).

2. Kollektiver Mitbewerberschutz

- 13 Unabhängig davon, ob die verletzten Mitbewerber ihre Ansprüche geltend machen, können die in § 8 III Nr. 2–4 genannten Organisationen auch deren Interessen wahrnehmen und insoweit einen kollektiven Mitbewerberschutz gewährleisten. Eine andere Frage ist es, ob diese Anspruchsberechtigung auch dann besteht, wenn sich die Verletzung unmittelbar gegen einen ganz bestimmten Mitbewerber richtet, wie zB bei der Herabsetzung (§ 4 Nr. 1; § 6 II Nr. 5), bei der Rufausbeutung (§ 6 II Nr. 4), bei der Anschwärzung (§ 4 Nr. 2), bei der unlauteren Leistungsübernahme (§ 4 Nr. 3; vgl. auch § 5 II, § 6 II Nr. 3 und 6) sowie in den Fällen der gezielten Behinderung (§ 4 Nr. 4) und vielen Fällen des Rechtsbruchs (§ 3a). Insoweit muss es dem verletzten Mitbewerber überlassen bleiben, ob er sich gegen den Verstoß zur Wehr setzt (→ § 8 Rn. 3.5 f.), es sei denn, dass die Verletzung auch zu einer Wettbewerbsbeeinträchtigung und damit zu einer Beeinträchtigung der Interessen Dritter, insbes. der Verbraucher führt.

C. Schutz der Verbraucher und sonstigen Marktteilnehmer

I. Allgemeines

- 14 Nach § 1 I 1 dient das Gesetz auch dem Schutz der „**Verbraucher**“ sowie der „**sonstigen Marktteilnehmer**“. Zum Begriff des „Verbrauchers“ vgl. § 2 II (→ § 2 Rn. 12.1 ff.); zum Begriff der „sonstigen Marktteilnehmer“ vgl. § 2 Nr. 3 (→ § 2 Rn. 3.1 ff.). Der Schutz der Verbraucher und sonstigen Marktteilnehmer vor unlauteren geschäftlichen Handlungen betrifft das **Vertikalverhältnis** zu (potenziellen) Marktpartnern (Anbietern oder Nachfragern). Typischerweise treten Verbraucher als Nachfrager auf. Jedoch können Verbraucher auch Anbieter gegenüber Unternehmern sein (zB beim Verkauf privater Gegenstände an Händler) und sind insoweit zwar nicht durch die UGP-RL (arg. Art. 3 I UGP-RL), wohl aber durch das UWG geschützt.

II. Geschützte Interessen

1. Durch das Unionsrecht geschützte Interessen

- 15 Nach Art. 169 AEUV soll die Union einen Beitrag zur Förderung der Interessen der Verbraucher und zur Gewährleistung eines **hohen Verbraucherschutzniveaus** (→ Rn. 28a) zum Schutze ua der **wirtschaftlichen Interessen** der Verbraucher und ihres **Rechts auf Information** leisten (vgl. auch Art. 38 GRCh). Dem Schutz der wirtschaftlichen Interessen der Verbraucher dient insbes. die **UGP-RL** (vgl. Art. 1 UGP-RL und ErwGr. 6 und 8 UGP-RL). Sie will die Verbraucher davor schützen, dass ihre geschäftlichen Entscheidungen durch unlautere, insbes. irreführende und oder aggressive Geschäftspraktiken beeinflusst werden, nämlich veranlasst werden können, geschäftliche Entscheidungen zu treffen, die sie andernfalls nicht getroffen hätten (vgl. Art. 5–9 UGP-RL). Den Schutz sonstiger Verbraucherinteressen, insbes. das Interesse an der Respektierung ihrer **Privatsphäre**, bezweckt die UGP-RL hingegen nicht. Dies ist bspw. Aufgabe der **DS-GVO**. Im Übrigen überlässt die UGP-RL es den Mitgliedstaaten, die Privatsphäre der Verbraucher zu schützen, auch wenn ihre Wahlfreiheit nicht beeinträchtigt wird (vgl. ErwGr. 7 S. 4–6 UGP-RL). Auch der Schutz der **Gesundheit** und **Sicherheit** der Verbraucher ist nicht das Anliegen der UGP-RL (vgl. ErwGr. 9 S. 2 und 3 UGP-RL, Art. 3 III UGP-RL).

2. Durch das UWG geschützte Verbraucherinteressen

- 16 In Übereinstimmung mit dem Unionsrecht (→ Rn. 12) ist der Verbraucherschutz im UWG auf den **Schutz der geschäftlichen Entscheidungsfreiheit** (Begr. RegE UWG, BT-Drs. 15/1487, 13), daneben aber auch auf den **Schutz der sonstigen Rechte und Rechtsgüter des Verbrauchers** gerichtet.
- 17 **a) Schutz der geschäftlichen Entscheidungsfreiheit.** Der Verbraucher soll in seinen geschäftlichen Entscheidungen (iSd § 2 I Nr. 1) frei sein. Er soll also frei entscheiden können, ob

er sich mit einem Angebot näher befassen will und ob, wie und unter welchen Bedingungen er mit einem Unternehmer einen Vertrag über den Erwerb einer Ware oder Dienstleistung schließt. Auch soll er frei entscheiden können, wie er sich bei Durchführung des Vertrages verhält, insbes. ob er Rechte aus einem Vertrag geltend macht. Das bedeutet aber nicht, dass jegliche Beeinflussung des Verbrauchers unzulässig ist. Denn Wettbewerb ist ohne Einflussnahme auf den Verbraucher nicht möglich. Beim Schutz der Entscheidungsfreiheit geht es darum, die Grenzen der noch zulässigen Beeinträchtigung der freien Entscheidung aufzuzeigen. Diese Grenzen sind überschritten, wenn der Verbraucher auf Grund des Verhaltens des Unternehmers zu einer **informierten Entscheidung** außerstande ist oder wenn er unmittelbar in seiner **Entscheidungsfreiheit** beeinträchtigt wird. Die UGP-RL verwendet dafür den Begriff der „**wesentlichen Beeinflussung des wirtschaftlichen Verhaltens des Verbrauchers**“ (Art. 5 II UGP-RL) und definiert ihn in Art. 2 lit. k UGP-RL als „Anwendung einer Geschäftspraxis, um die Fähigkeit des Verbrauchers, eine informierte Entscheidung zu treffen, spürbar zu beeinträchtigen, und damit den Verbraucher zu einer geschäftlichen Entscheidung zu veranlassen, die er andernfalls nicht getroffen hätte“. Die Umsetzung ist in § 3 II iVm § 2 I Nr. 11 erfolgt (näher → § 2 Rn. 11.1 ff.). Während das **Vertragsrecht** eine unangemessene Beeinflussung des Verbrauchers repressiv durch Gewährung von Vertragslösungsrechten (Anfechtungs-, Widerrufs-, Rücktrittsrechten usw) und Ausgleichsansprüchen (zB aus Mängelhaftung oder culpa in contrahendo) bekämpft, ist es Aufgabe des **Lauterkeitsrechts**, den Verbraucher **generalpräventiv** vor unlauteren Beeinflussungen vor, bei oder nach Vertragsschluss zu schützen und damit seine (rechtsgeschäftliche) Entscheidungsfreiheit zu gewährleisten. Dies dient nicht nur dem Schutz des Verbrauchers, sondern mittelbar auch dem Schutz der Mitbewerber und gewährleistet einen unverfälschten Wettbewerb. Denn zur Freiheit des Wettbewerbs gehört nicht nur die freie Entfaltungsmöglichkeit der Mitbewerber, sondern auch die freie Entscheidung der Verbraucher darüber, ob und welches Angebot sie annehmen (**Konsumentensouveränität**). Hier wird vielfach von einer **Schiedsrichterfunktion** des Verbrauchers gesprochen (vgl. Beater FS Tilmann, 2003, 87; Lettl, Der lauterkeitsrechtliche Schutz vor irreführender Werbung in Europa, 2004, S. 88 ff.).

aa) Gewährleistung richtiger und pflichtgemäßer Informationen. Das Lauterkeitsrecht hat zum einen dafür zu sorgen, dass der Unternehmer den „durchschnittlichen Verbraucher“ nicht falsch informiert, zum anderen dafür, dass der Unternehmer – soweit möglich und zumutbar – alle Informationen liefert, die „der durchschnittliche Verbraucher je nach den Umständen benötigt, um eine informierte geschäftliche Entscheidung zu treffen“ (Art. 7 I UGP-RL). Dem tragen die §§ 5, 5a, 5b und 6 Rechnung. Informationspflichten können sich als geschriebene (vgl. § 5b) oder ungeschriebene Pflichten (vgl. § 5a I, II) aus dem UWG ergeben. Soweit sie in anderen Gesetzen (zB dem BGB und dem EGBGB) angeordnet sind, kann ihre Einhaltung nicht nur über die § 5a I, § 5b IV, sondern ggf. auch über den Rechtsbruchtatbestand (§ 3a) lauterkeitsrechtlich sanktioniert werden. 18

bb) Gewährleistung der freien Willensbildung. Der Unternehmer will auf die Willensbildung des Verbrauchers Einfluss nehmen. Dabei ist das Verhalten des Unternehmers nicht nur **vor**, sondern auch **bei** und **nach Vertragsschluss** (arg. Art. 3 I UGP-RL) zu berücksichtigen. Um den Verbraucher zu erreichen, wird er idR nicht bei der Bereitstellung von Informationen über das Unternehmen und sein Angebot stehen bleiben. Er wird auch versuchen, den Willen des Verbrauchers zu beeinflussen. Das kann im Rahmen der Werbung insbes. durch die Schaffung von Kaufmotiven geschehen. Dass diese Motive vielfach „unsachlich“ sind, also mit dem Kaufgegenstand als solchem nichts zu tun haben, macht die Beeinflussung aber nach heutigem Verständnis nicht ohne Weiteres unlauter. Vielmehr ist ein Großteil der Werbung durch das Bestreben gekennzeichnet, durch emotionale („gefühlbetonte“) Motive Aufmerksamkeit zu erregen und Sympathie zu gewinnen (vgl. BVerfG GRUR 2001, 170 – Schockwerbung; GRUR 2002, 455 (456) – Tier- und Artenschutz; näher → § 3 Rn. 9.1 ff.). Dementsprechend heißt es in der Begründung zum RegE UWG 2004, „dass der Versuch einer gewissen unsachlichen Beeinflussung der Werbung nicht fremd und auch nicht per se unlauter ist“ (Begr. RegE UWG 2004 zu § 4 Nr. 1, BT-Drs. 15/1487, 17). Unlauterkeit ist demnach, wenn nicht einer der Per-se-Tatbestände des Anh. § 3 III erfüllt ist, erst dann anzunehmen, wenn das Verhalten entweder den Tatbestand des § 4a oder des § 3 II erfüllt, wobei diese Vorschriften richtlinienkonform am Maßstab der Art. 5 II und IV UGP-RL auszulegen sind. 19

- 20 **b) Schutz sonstiger Rechte und Rechtsgüter.** Wettbewerbsmaßnahmen können einen Eingriff in sonstige Rechte (allgemeines Persönlichkeitsrecht, Eigentum, Besitz) und Rechtsgüter (Gesundheit, Freiheit, Vermögen) des Verbrauchers darstellen (Fälle der **Belästigung** iSd § 7). Davor soll ihn das Lauterkeitsrecht auch dann schützen, wenn seine Entscheidungsfreiheit nicht beeinträchtigt wird. Denn jedenfalls werden seine Zeit, seine Aufmerksamkeit und vielfach auch seine Ressourcen ohne oder sogar gegen seinen Willen in Anspruch genommen. Das Problem ist dabei, festzulegen, von welchem Punkt an die Belästigung für den Verbraucher **unzumutbar** wird (vgl. § 7 I). Dies lässt sich nur unter Berücksichtigung des jeweils eingesetzten Kommunikationsmittels (Ansprechen auf öffentlichen Verkehrswegen, Vertreterbesuch, Telefonwerbung, Faxwerbung, E-Mail-Werbung usw.) beurteilen. Dementsprechend sieht § 7 II und III eine differenzierte Regelung vor, die freilich nicht alle Formen der belästigenden Werbung erfasst. Soweit eine geschäftliche Handlung eine unerlaubte Handlung iSd §§ 823 ff. BGB gegenüber dem Verbraucher darstellt, wird dadurch auch ihre Unlauterkeit indiziert und umgekehrt.

III. Schutzhöhe (Verbraucherleitbild)

1. Fragestellung

- 21 Bei der Frage nach der **Schutzhöhe** geht es um das Maß an **Schutzbedürftigkeit** des Verbrauchers. Das ist eine Frage der Wertung und die Antwort darauf hängt von den jeweils herrschenden wirtschafts- und gesellschaftspolitischen Anschauungen ab. Damit ist das sog **Verbraucherleitbild** angesprochen. Die Funktion des Verbraucherleitbilds und seine Rechtsnatur sind nicht eindeutig geklärt. Auszugehen ist davon, dass das Lauterkeitsrecht Verhaltensnormen aufstellt und dementsprechend Verhaltensanforderungen an den Unternehmer stellt. Es geht also um die Sicht aus der Warte des Unternehmers, genauer um das **Maß an Rücksicht auf den Verbraucher**, das er aufzubringen hat. Damit wird auch klar, dass es beim Verbraucherleitbild in Wahrheit um eine **Abwägung der Interessen des Unternehmers und der Verbraucher** geht. Bezogen auf die **Informationen**, die der Verbraucher für eine sachgerechte Entscheidung benötigt, ist zu fragen, welchen Informationsstand und welches Informationsbemühen der Unternehmer beim Verbraucher voraussetzen darf. Bezogen auf die **Willensbildung** ist zu fragen, in welchem Maße der Unternehmer auf den Willen des Verbrauchers Einfluss nehmen darf. Bezogen auf die **sonstigen Rechte und Rechtsgüter** des Verbrauchers ist zu fragen, welches Maß an Einwirkung der Verbraucher hinnehmen muss.

2. Das Verbraucherleitbild im Unionsrecht

- 22 **a) Grundsatz.** Der EuGH stellte bei der Auslegung des primären und sekundären Unionsrechts auf das Kriterium des „**durchschnittlich informierten, aufmerksamen und verständigen Durchschnittsverbrauchers**“ ab (vgl. EuGH Slg. 1998, I-4657 Rn. 31, 37 = GRUR-Int. 1998, 795 – Gut Springenheide; Slg. 1999, I-513 = GRUR-Int. 1999, 345 – Sektkellerei Kessler; GRUR 1999, 723 – Windsurfing Chiemsee; GRUR-Int. 1999, 734 – Lloyds/Loints; Slg. 2000, I-117 Rn. 27 f. = GRUR-Int. 2000, 354 – Lifting-Creme; GRUR 2002, 354 Rn. 52 – Toshiba/Katun; GRUR 2003, 533 Rn. 55 – Pippig Augenoptik/Hartlauer). Diese Formulierung ist unterschiedlichen Auslegungen zugänglich. So ist zB umstritten, ob sich das Adverb „durchschnittlich“ nur auf das Adjektiv „informiert“ bezieht (so Ackermann WRP 2000, 807 (808)) oder auch auf die Adjektive „aufmerksam“ und „verständlich“ (so Bornkamm FG 50 Jahre BGH, 2000, 343 (361); Helm FS Tilmann, 2003, 135 (140 ff.); Lettl, Der lauterkeitsrechtliche Schutz vor irreführender Werbung in Europa, 2004, S. 93 f.; Sack WRP 2000, 327 (339); Spätgens WRP 2000, 1023 (1026 f.)). Zum besseren Verständnis der Formel des EuGH sind daher ergänzend die entspr., in gleicher Weise verbindlichen Fassungen anderer Amtssprachen, insbes. die englische und französische Fassung, heranzuziehen (vgl. EuGH Slg. 1997, I-1111 Rn. 30 – Ebony). Sie lauten: „**Average consumer who is reasonably well-informed and reasonably observant and circumspect**“ und „**consommateur moyen, normalement informé et raisonnablement attentif et avisé**“ (vgl. WRP 1998, 1213 (1214); eingehend dazu Helm FS Tilmann, 2003, 135 ff.). Dieses Verbraucherleitbild lag bereits dem englischen und französischen Recht zu Grunde (vgl. Köhler/Lettl WRP 2003, 1019 (1032)). Es beruht letztlich auf einer Abwägung zwischen den Gefahren einer Wettbewerbsmaßnahme für den Verbraucher einerseits und den Erfordernissen des freien Waren- und Dienstleistungsverkehrs (Art. 34, 56 AEUV) andererseits und trägt insoweit dem Grundsatz der **Verhältnismäßigkeit** von Eingriffen in die unternehmerische Freiheit Rechnung (vgl. EuGH Slg. 2000, I-117 Rn. 27,

28 – Lifting-Creme sowie ErwGr. 18 S. 2 UGP-RL: „Dem Verhältnismäßigkeitsprinzip entsprechend ...“).

Die **UGP-RL** spricht vom „**Durchschnittsverbraucher, der angemessen gut unterrichtet und angemessen aufmerksam und kritisch ist**“ (vgl. ErwGr. 18 S. 2 UGP-RL; dazu Helm WRP 2005, 931). Damit ist aber kein sachlicher Unterschied zu den früher vom EuGH gewählten Formulierungen verbunden. Vielmehr handelt es sich nur um **unterschiedliche deutsche Übersetzungen ein und desselben englischen und französischen Richtlinienartextes**, der auf die Rspr. des EuGH zurückgeht. Das setzt sich in den späteren Entscheidungen fort (vgl. EuGH WRP 2012, 189 Rn. 22: „kritischer“, Rn. 23: „verständiger“ Verbraucher – Ving Sverige; WRP 2015, 847 Rn. 36: „verständiger“ und Rn. 42: „kritischer“ Verbraucher – Teekanne; WRP 2016, 1342 Rn. 32 – Deroo-Blanquart „kritischer“; EuGH WRP 2018, 1049, 1049 Rn. 56: „kritischer“ – Dyson). Letztlich gehen die unterschiedlichen Formulierungen auf die jeweiligen Übersetzer der Entscheidungen des EuGH zurück. Der sprachliche Unterschied zwischen „kritisch“ und „verständlich“ sollte daher (entgegen Helm WRP 2013, 710 (714 f.)) nicht überbewertet werden (zutr. Scherer WRP 2013, 977 (979)).

Die Grundsätze zum Verbraucherleitbild gelten sinngemäß auch für **sonstige Marktteilnehmer** (vgl. EuGH GRUR 2002, 354 Rn. 52 – Toshiba Europe: „durchschnittlich informierte, aufmerksame und verständige Person“, betreffend eine an Fachhändler gerichtete vergleichende Werbung).

b) Konkretisierung. Das Leitbild des „durchschnittlich informierten, aufmerksamen und verständigen Durchschnittsverbrauchers“ könnte dahin verstanden werden, dass gerade die **unterdurchschnittlich** informierten, aufmerksamen und verständigen Verbraucher durch das Wettbewerbsrecht nicht mehr ausreichend geschützt werden („The poor pay more“; dazu Beater, Unlauterer Wettbewerb, 2011, § 13 Rn. 43 ff.; Köhler GRUR 2001, 1067 (1069)). Dies dürfte indessen nicht der Intention des EuGH entsprechen. Vielmehr ist seiner Rspr. durchaus zu entnehmen, dass es darauf ankommt, ob das Angebot an jedermann oder an eine bestimmte **Zielgruppe** gerichtet ist und welches **Produkt** beworben wird (vgl. EuGH Slg. 2000, I-117 Rn. 29 = GRUR-Int. 2000, 354 – Lifting-Creme; GRUR 2003, 604 Rn. 46 – Libetel; WRP 2015, 847 Rn. 36–42 – Himbeer-Vanille-Abenteuer). Dem trägt auch die UGP-RL in **Art. 5 III 1 UGP-RL** für Geschäftspraktiken gegenüber Gruppen besonders schutzbedürftiger Verbraucher Rechnung (dazu EuGH WRP 2012, 1509 Rn. 53 ff. – Purely Creative). – Im Übrigen sind stets die **Umstände des Einzelfalles** zu berücksichtigen (EuGH Slg. 2000, I-117 Rn. 30 – Lifting-Creme). Dazu gehören – wie auch in ErwGr. 18 S. 2 UGP-RL betont – insbes. **soziale, kulturelle und sprachliche Eigenheiten** bzw. **Faktoren** (EuGH WRP 2016, 1342 Rn. 32 – Deroo-Blanquart; WRP 2018, 1049 Rn. 56 – Dyson: „kritischer“). Ferner ist die Situation, in der die Werbung dem Verbraucher gegenübertritt, zu berücksichtigen (vgl. Bornkamm FG 50 Jahre BGH, 2000, 343 (359 ff.)). – Zu Einzelheiten vgl. Helm FS Tilmann, 2003, 135 (138 ff.); Lettl, Der lauterkeitsrechtliche Schutz vor irreführender Werbung in Europa, 2004, S. 94 ff.; Möstl WRP 2014, 906; Jahn/Palzer K&R 2015, 444.

aa) Informiertheit des Verbrauchers. Bei der Informiertheit des Verbrauchers geht es darum, welchen Informationsstand der Unternehmer beim Verbraucher voraussetzen darf (Lettl, Der lauterkeitsrechtliche Schutz vor irreführender Werbung in Europa, 2004, S. 93). Da dieser Informationsstand bei den einzelnen Verbrauchern unterschiedlich hoch sein kann, braucht sich der Unternehmer grds. nur an dem (bezogen auf die von ihm angesprochene Zielgruppe; vgl. Art. 5 II lit. b, III UGP-RL) „durchschnittlich“ oder „normal“ oder „angemessen gut“ informierten Verbraucher zu orientieren. Weitergehende Informationen braucht er dann nicht zu geben. **Beispiel:** Wird für eine Erdbeerkonfitüre mit der Angabe „naturrein“ geworben, weiß der Durchschnittsverbraucher, dass dies nicht auch die Freiheit von jeglichen Cadmium- und Bleirückständen bedeuten kann. Denn diese Stoffe sind infolge der Verschmutzung von Luft und Wasser in der natürlichen Umwelt vorhanden. Folglich wird er insoweit durch die Angabe „naturrein“ auch nicht irreführt (EuGH Slg. 2000, I-2297 Rn. 27, 28 = WRP 2000, 489 (492) – darbo).

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, S. 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; Slg. 1995, I-2955 Rn. 31 – Piageme II; Slg. 2000, I-6579 Rn. 23, 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 Geliermittel 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 Geliermittel enthält (EuGH Slg. 2000, I-2297 Rn. 22 = WRP 2000, 489 (491) – darbo).

28 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, S. 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; Slg. 1987, 1227 Rn. 32 – Reinheitsgebot; GRUR 2007, 511 Rn. 37–41 – de Landtsheer). – Im Übrigen ist im Auge zu behalten, dass das Konzept des „verständigen“ Verbrauchers wertungs Offen ist (Möstl WRP 2014, 906).

28a 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 UGP-RL und ErwGr. 11, 23 UGP-RL; EuGH GRUR 2012, 1269 Rn. 44 – Purely Creative; 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; WRP 2014, 38 Rn. 43, 47 – CHS Tour Services; 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; 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; GRUR 1984, 741 (742) – patented; GRUR 1990, 604 (605) – Dr. S.-Arzneimittel; 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 meistgekauft der Welt, andererseits 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; GRUR 2001, 1061 (1063) – Mitwohonzentrale.de; GRUR 2002, 828 (829) – Lottoschein; GRUR 2002, 976 (978) – Kopplungsangebot I; GRUR 2002, 979 (981) – Kopplungsangebot II; GRUR 2003, 626 (627) – Umgekehrte Versteigerung II). Eine entspr. Entwicklung vollzog sich im **Markenrecht** (vgl. BGH GRUR 2000, 875 (877) – Davidoff; GRUR 2002, 160 (162) – Warsteiner III; GRUR 2002, 809 (811) – FRÜHSTÜCKS-DRINK I; GRUR 2002, 812 (813) – FRÜHSTÜCKS-DRINK II; GRUR 2002, 814 (815) – Festspielhaus; GRUR 2002, 1067 (1070) – DKV/OKV; GRUR 2003, 332 (334) – Abschlussstück), ferner im **Arzneimittel-** und **Lebensmittelrecht** (vgl. BGH GRUR 2002, 528 (529) – L-Carnitin).

b) Rechtentwicklung 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; 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 Werbeverhalten 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** (→ Einl. Rn. 3.13). So legt die **UGP-RL** in ErwGr. 18 UGP-RL 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. 2) 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**.

c) Konkretisierung des Verbraucherleitbilds. aa) Allgemeines. Das Verbraucherleitbild bedarf der Konkretisierung durch die Gerichte unter stetiger 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, S. 94 ff.):

(1) Maßgeblichkeit der jeweiligen Zielgruppe. Das Abstellen auf den „Durchschnitt“ bedeutet nicht, dass es stets auf den Durchschnitt der Bevölkerung insgesamt ankommt. Maßgebend 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.).

- 33 (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; 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“ (→ § 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 Adressbuchschwindel). – 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 15–20 % 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; → § 5 Rn. 2.106 ff.).
- 34 **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.
- 35 **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, S. 93). Werden dem Durchschnittsverbraucher die Informationen in verkehrsbüblicher Weise so nahe gebracht, dass er sie un schwer zur Kenntnis nehmen kann, so ist von ihm eine entspr. Kenntnisnahme auch zu erwarten (vgl. auch BGH GRUR 2002, 160 (162) – Warsteiner 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; GRUR 2004, 162 (163) – Mindestverzinsung; GRUR 2004, 605 (606) – Dauertiefpreise; WRP 2015, 1098 Rn. 22 – TIP der Woche; WRP 2018, 413