

Das Prinzip der Selbstverantwortung im Lauterkeitsrecht

ALEXANDER PEUKERT *

Erscheint 2010 in:

Karl Riesenhuber (Hrsg.), Das Prinzip der Selbstverantwortung, Mohr Siebeck, Tübingen

I. Einführung: Lauterkeitsrecht und Selbstverantwortung

Weder das deutsche noch das europäische Recht gegen unlauteren Wettbewerb werden unter dem Topos der Selbstverantwortung der Marktteilnehmer¹ problematisiert. Im Vordergrund der seit jeher geführten Diskussion, was denn der Zweck dieses Rechtsgebiets sei, stehen Aspekte wie Verbraucherschutz, Wettbewerbsfreiheit und Wettbewerbsfunktionen.² Durchsucht man die juris-Datenbank nach dem Begriff „Selbstverantwortung“ in Bezug auf das UWG, erhält man zunächst mehrere hundert Treffer.³ Eine Durchsicht dieser Dokumente und weitere Recherchen zeigen dann jedoch, dass von Selbst- oder synonym von Eigenverantwortung⁴ in den Urteilen zum UWG ohne nähere Erläuterung gesprochen wird und eine eingehende literarische Auseinandersetzung, ob es sich hierbei um ein Rechtsprinzip des Lauterkeitsrechts handelt, soweit ersichtlich fehlt. Zur Beantwortung dieser Frage ist es zunächst erforderlich, das Untersuchungsgebiet Lauterkeitsrecht und den Begriff der Selbstverantwortung näher zu bestimmen.

1. Gegenstand des Lauterkeitsrechts

Der gemeinsame Nenner des deutschen und europäischen Lauterkeitsrechts ist sein Regelungsgegenstand, der im Völkerrecht mit „Wettbewerbshandlung“⁵, im EU-Recht mit „Wettbewerbsverhalten“⁶ und im deutschen Recht mit „geschäftlichen Handlungen“⁷

* Univ.-Prof. Dr. iur., Lehrstuhl für Bürgerliches Recht und Wirtschaftsrecht mit Schwerpunkt im internationalen Immaterialgüterrecht, Goethe-Universität Frankfurt am Main, Exzellenzcluster Herausbildung normativer Ordnungen, <http://www.jura.uni-frankfurt.de/peukert/>.

¹ Siehe zu diesem Begriff §§ 1, 2 Abs. 1 Nr. 2 UWG.

² Siehe etwa *Thouvenin*, Funktionale Systematisierung von Wettbewerbsrecht (UWG) und Immaterialgüterrechten (2007); *Hilty/Henning-Bodewig* (Hrsg.), Lauterkeitsrecht und Acquis Communautaire (2009); *Wunderle*, Verbraucherschutz im Europäischen Lauterkeitsrecht (2010); *Henning-Bodewig*, UWG und Geschäftsethik, WRP 2010, 1094 ff.

³ Recherche am 17.5.2010.

⁴ Differenzierend hingegen *Heidbrink*, Verantwortung in der Zivilgesellschaft: Zur Konjunktur eines widersprüchlichen Prinzips, in: *Heidbrink/Hirsch* (Hrsg.), Verantwortung in der Zivilgesellschaft (2006), 13, 21 (Selbstverantwortung als selbständige Begründung von Handlungsregeln, Eigenverantwortung als eigenständige Erfüllung von Handlungszielen).

⁵ Art. 10bis Pariser Verbandsübereinkunft zum Schutz des gewerblichen Eigentums (PVÜ) v. 20.3.1883, zuletzt revidiert in Stockholm am 14.7.1967, BGBl. 1970 II, 391.

⁶ Art. 6 Abs. 1 Verordnung (EG) Nr. 864/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 11.7.2007 über das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (Rom II), ABl. 2007 L 199/40.

⁷ § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG („jedes Verhalten einer Person zugunsten des eigenen oder eines fremden Unternehmens vor, bei oder nach einem Geschäftsabschluss, das mit der Förderung des Absatzes oder des Bezugs von Waren oder Dienstleistungen oder mit dem Abschluss oder der Durchführung eines Vertrags über Waren oder Dienstleistungen objektiv zusammenhängt; als Waren gelten auch Grundstücke, als Dienstleistungen auch Rechte und Verpflichtungen“).

umschrieben wird.⁸ Das Lauterkeitsrecht legt fest, ob das Verhalten von Unternehmern im wirtschaftlichen Wettbewerb rechtmäßig (= lauter) oder rechtswidrig (= unlauter) ist. Es kann jedenfalls in Ländern wie Deutschland und Österreich, die die maßgeblichen Vorschriften in einem Gesetz (UWG) konzentrieren, als allgemeines Marktverhaltensrecht aufgefasst werden.⁹ Zugleich stellt es ein Sonderdeliktsrecht im Verhältnis zu den §§ 823 ff. BGB dar, da eben nur geschäftliches und nicht jedwedes Verhalten beurteilt wird.¹⁰ Der zentrale Maßstab der (Un-)Lauterkeit wird in der von allen Mitgliedstaaten der EU ratifizierten Pariser Verbandsübereinkunft (PVÜ) dahingehend beschrieben, dass „jede Wettbewerbshandlung, die den anständigen Gepflogenheiten in Gewerbe oder Handel zuwiderläuft“, verboten ist. Zu untersagen sind insbesondere alle Handlungen, die geeignet sind, eine Verwechslung mit der Niederlassung, den Erzeugnissen oder der Tätigkeit eines Wettbewerbers hervorzurufen; falsche, Wettbewerber herabsetzende Behauptungen; sowie das Publikum irreführende Angaben oder Behauptungen in Bezug auf Waren.¹¹ Diese völkerrechtlichen Vorgaben bilden den sachlichen Kern des Lauterkeitsrechts.¹²

Diese Gemeinsamkeiten dürfen jedoch nicht darüber hinwegtäuschen, dass das Lauterkeitsrecht insbesondere durch seine Europäisierung in starkem Maße systematisch und teleologisch fragmentiert ist. Seit den 1980er Jahren wurden viele sektorale, auf bestimmte Vertriebsmethoden bzw. Waren und Dienstleistungen bezogene europäische Richtlinien und Verordnungen erlassen.¹³ Dieses Regelungsgeflecht ist auch durch den vorläufigen Höhepunkt der europäischen Gesetzgebungsaktivitäten in diesem Bereich – die Richtlinie 2005/29 über unlautere Geschäftspraktiken¹⁴ – nicht konsolidiert worden. Zwar kennt das Unionsrecht seither eine vollharmonisierende Generalklausel.¹⁵ Gem. Art. 5 Abs. 1 RL 2005/29 sind alle „unlautere[n] Geschäftspraktiken ... verboten“. Der weit verstreute, medien- und produktspezifische *Acquis* bleibt jedoch vorrangig anzuwenden.¹⁶ Im

⁸ Siehe *Peukert*, Die Ziele des Primärrechts und ihre Bedeutung für das europäische Lauterkeitsrecht: Auflösungserscheinungen eines Rechtsgebiets?, in: Hilty/Henning-Bodewig (Hrsg.), Lauterkeitsrecht und *Acquis Communautaire* (2009), 27, 57 ff.

⁹ *Glöckner*, Europäisches Lauterkeitsrecht (2006), 7; *Micklitz/Keßler*, Europäisches Lauterkeitsrecht - Dogmatische und ökonomische Aspekte einer Harmonisierung des Wettbewerbsverhaltensrechts im europäischen Binnenmarkt, GRUR Int. 2002, 885, 886 (Marktverhaltensordnung).

¹⁰ Siehe *Peukert*, Güterzuordnung als Rechtsprinzip (2008), 338 ff. m.w.N.

¹¹ Art. 10bis PVÜ (Fn. 5).

¹² *Fikentscher*, Das Verhältnis von Kartellrecht und Recht des unlauteren Wettbewerbs im deutschen und europäischen Recht, in: Festschrift für Hallstein (1966), 127, 149 f. Zum Aussagegehalt von Art. 10bis PVÜ *Pflüger*, in: Cottier/Véron (Hrsg.), Concise International and European IP Law (2008), 254 ff. Zu weiteren internationalen Rechtsquellen mit Relevanz für das Lauterkeitsrecht *Bultmann u.a.*, Study on the Feasibility of a General Legislative Framework on Fair Trading, Volume 3 (2000), 465 ff., abrufbar unter http://ec.europa.eu/consumers/rights/studies_reports_en.htm.

¹³ Siehe die Übersichten bei *Bultmann u.a.* (Fn. 12), Volume 3, 322 ff.; *Wunderle* (Fn. 2), 80 ff., 192 ff.

¹⁴ Richtlinie 2005/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 11.5.2005 über unlautere Geschäftspraktiken im binnenmarktinternen Geschäftsverkehr zwischen Unternehmen und Verbrauchern und zur Änderung der Richtlinie 84/450/EWG des Rates, der Richtlinien 97/7/EG, 98/27/EG und 2002/65/EG des Europäischen Parlaments und des Rates sowie der Verordnung (EG) Nr. 2006/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates (Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken), ABl. 2005 L 149/22.

¹⁵ EuGH v. 23.4.2009 – verb. Rs. C 261/07 und C 299/07 *VTB-VAB/Total Belgium* Slg. 2009, I-02949 Rn. 51 f.; EuGH v. 14.0.1.2010 - Rs. C-304/08 *Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs/Plus* Slg. 2010, 0000 Rn. 41; *Europäische Kommission*, Commission Staff Working Document, Guidance on the Implementation/Application of Directive 2005/29/EC on Unfair Commercial Practices, 3.12.2009, SEC(2009) 1666, 17 f.; *Anagnostaras*, The Unfair Commercial Practices Directive in Context: From Legal Disparity to Legal Complexity?, CMLR 47 (2010), 147, 148.

¹⁶ Siehe Art. 3 Abs. 3, 4 RL 2005/29; Art. 8 Abs. 2 Richtlinie 2006/114/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 12.12.2006 über irreführende und vergleichende Werbung (kodifizierte Fassung), ABl. 2006 L 376/21; kritisch dazu *Glöckner/Henning-Bodewig*, EG-Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken - Was wird

Finanzdienstleistungs- und Immobiliensektor steht es den Mitgliedstaaten überdies frei, strengere Vorgaben als nach der Richtlinie 2005/29 zu kodifizieren.¹⁷

Doch damit nicht genug. Die Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken hat sogar zu einer regelrechten *Aufspaltung* des europäischen und nationalen Lauterkeitsrechts in einen Unternehmer- und einen Verbraucherzweig geführt. Denn die Richtlinie und damit auch die Generalklausel erfassen unter dem Terminus der „Geschäftspraktik“ nur Verhaltensweisen zwischen Unternehmen und Verbrauchern während und nach Abschluss eines auf ein Produkt bezogenen Handelsgeschäfts, die unmittelbar mit der Absatzförderung, dem Verkauf oder der Lieferung eines Produkts *an Verbraucher* zusammenhängen.¹⁸ Verhindert werden soll die unmittelbare Schädigung der wirtschaftlichen Interessen der Verbraucher bei geschäftlichen Entscheidungen.¹⁹ Dementsprechend sind vom Anwendungsbereich der Richtlinie solche nationalen Rechtsvorschriften ausgenommen, die unlauteres Wettbewerbsverhalten betreffen, das „lediglich“ die wirtschaftlichen Interessen von Mitbewerbern schädigt oder sich auf ein Rechtsgeschäft zwischen Gewerbetreibenden bezieht.²⁰ Hand in Hand mit dieser Fokussierung der Richtlinie 2005/29 auf das B2C- (*business to consumer*) Verhältnis ging die Einschränkung von Zweck und Anwendungsbereich der Regelungen über irreführende Werbung. Jene betreffen seither nur noch den Schutz von Gewerbetreibenden gegenüber anderen Mitbewerbern, also den in der Richtlinie 2005/29 ausgeklammerten B2B- (*business to business*) Bereich.²¹ Die Aufspaltung des Lauterkeitsrechts in einen verbraucherbezogenen (Richtlinie 2005/29) und einen unternehmerbezogenen Zweig (Richtlinie 2006/114) führt zu bisher ungelösten Abgrenzungsproblemen. Problematisch erscheint die vom europäischen Gesetzgeber vorgesehene Unterscheidung insbesondere unter Berücksichtigung des Umstands, dass jedes Wettbewerbsverhalten eines Unternehmens letztlich die wirtschaftlichen Interessen der privaten Konsumenten berührt, da ihre Entscheidung nur das letzte Glied einer Kette von Transaktionen bildet.²²

Wie auch immer die Demarkationslinie schließlich gezogen werden mag – sie steht auch für die Trennung unterschiedlicher Zielsetzungen. So soll die Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken in formaler Hinsicht zu einem reibungslosen Funktionieren des Binnenmarkts beitragen und dabei ein *hohes Verbraucherschutzniveau* erreichen.²³ Zweck der

aus dem „neuen“ UWG?, WRP 2005, 1311, 1313; Münchener Kommentar-Micklitz, Münchener Kommentar zum Lauterkeitsrecht, Band 1, (2006), EG E Rn. 63.

¹⁷ Art. 3 Abs. 9 RL 2005/29.

¹⁸ Siehe Art. 3 Abs. 1, 2 lit. d RL 2005/29; Entwurf eines Ersten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb v. 23.4.2008, BR-Drs. 345/08, 13 (nicht erfasst seien Geschäftspraktiken, welche die Interessen der Verbraucher erst über den Umweg einer Beeinträchtigung der Interessen anderer Unternehmen berühren).

¹⁹ Siehe ErwGrd. 6, 7 RL 2005/29.

²⁰ EuGH v. 14.1.2010 - Rs. C-304/08 *Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs/Plus* Slg. 2010, 0000 Rn. 28, 39, 41; *Europäische Kommission* (Fn. 15), 7 ff.

²¹ Siehe Art. 14 Nr. 1 RL 2005/29, Art. 1 RL 2006/114. Näher zu den Änderungen *Peukert*, Der Wandel der europäischen Wirtschaftsverfassung im Spiegel des Sekundärrechts - Erläutert am Beispiel des Rechts gegen unlauteren Wettbewerb, ZHR 173 (2009), 536, 558 ff.

²² Kritisch insoweit etwa *Handig*, Harmonisierung des Lauterkeitsrechts in der EU (2006), 99; *Micklitz/Keßler*, GRUR Int. 2002, 885, 895; *Glöckner/Henning-Bodewig*, WRP 2005, 1311, 1313 f.; *de Vrey*, Towards a European Unfair Competition Law (2006), 62 f.; *Ohly*, Bausteine eines europäischen Lauterkeitsrechts, WRP 2008, 177, 181 („künstlich und praktisch kaum durchführbar“). Offengelassen wird die Abgrenzung der beiden Richtlinien von OGH v. 11.3.2008 - 4 Ob 225/07b, MR 2008, 114, 119 mit Anm. *Heidinger*; für konkurrierende Anwendung beider Richtlinien *Gamerith*, Der Richtlinienvorschlag über unlautere Geschäftspraktiken - Möglichkeiten einer harmonischen Umsetzung, WRP 2005, 391, 427 f.; für einen weitgehenden Vorrang der Geschäftspraktiken-Richtlinie Münchener Kommentar-Micklitz (Fn. 16), EG E Rn. 66; ebenso in der Tendenz EuGH v. 14.1.2010 Rs. C-304/08 *Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs/Plus* Slg. 2010, 0000 Rn. 28, 39, 41.

²³ Art. 1, ErwGrd. 1 RL 2005/29 mit Verweis auf Art. 169 Abs. 1, 2 AEUV (Art. 153 Abs. 1 und 3 EG a.F.).

Vorschriften über irreführende Werbung ist hingegen der Schutz von *Gewerbetreibenden*.²⁴ Gleichzeitig wurden die Allgemeininteressen an der Verhinderung irreführender Werbung und ihrer unlauteren Auswirkungen aus der Irreführungs-Richtlinie *gestrichen*.²⁵ Damit wendet sich der europäische Gesetzgeber explizit von einem Lauterkeitsrecht ab, das im übergreifenden Interesse der Allgemeinheit die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs stabilisiert.²⁶

Ein solch wettbewerbsfunktionales Verständnis des Lauterkeitsrechts liegt jedoch dem autonomen deutschen Lauterkeitsrecht zugrunde. Nach dem bei der Umsetzung der Geschäftspraktiken-Richtlinie unverändert geblieben § 1 UWG hat dieses Gesetz nicht nur Konsumentenbelange im Auge, sondern dient in integrativer Weise „dem Schutz der Mitbewerber, der Verbraucherinnen und Verbraucher sowie der sonstigen Marktteilnehmer vor unlauteren geschäftlichen Handlungen.“ Kollisionen der gleichrangigen wirtschaftlichen Handlungsfreiheiten aller dieser Marktteilnehmer werden im Hinblick auf das übergeordnete Ziel beurteilt, das „Interesse der Allgemeinheit an einem unverfälschten Wettbewerb“ zu schützen.²⁷ Aufgrund des Vorrangs des EU-Rechts kann dieses Konzept indes nur noch jenseits der vereinheitlichten oder vollharmonisierten Bereiche zum Tragen kommen, also namentlich dort, wo eine geschäftliche Handlung „lediglich“ die wirtschaftlichen Interessen von Mitbewerbern schädigt oder sich auf ein Rechtsgeschäft zwischen Gewerbetreibenden bezieht.²⁸ Das wettbewerbsfunktional orientierte, deutsche B2B-Lauterkeitsrecht dürfte damit etwa noch für den wettbewerbsrechtlichen Leistungsschutz, gezielte Behinderungen oder Fälle des Rechtsbruchs zwischen Gewerbetreibenden einschlägig bleiben.²⁹

Ob und wie diese systematische und teleologische Aufspaltung überwunden und ein kohärentes, ganzheitliches Lauterkeitsrecht re-etabliert werden kann, ist Gegenstand intensiver Diskussion.³⁰ Für die hiesigen Zwecke galt es lediglich darzulegen, dass und warum auch im Hinblick auf einen etwaigen Grundsatz der Selbstverantwortung zwischen einem verbraucherbezogenen Lauterkeitsrecht insbesondere in Gestalt der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken einerseits (dazu II) und einem unternehmerbezogenen Lauterkeitsrecht andererseits (dazu III) zu unterscheiden ist. Ersteres wird im Hinblick auf die Selbstverantwortung von Verbrauchern betrachtet, Letzteres in Bezug auf die Selbstverantwortung von Unternehmern.

2. Vorbemerkungen zur Selbstverantwortung

Mit der Rede von der Selbst- oder Eigenverantwortung soll im Kern zum Ausdruck gebracht werden, dass die Folgen eigener Handlungen und Unterlassungen dem jeweiligen Akteur

²⁴ Art. 1 RL 2006/114.

²⁵ Siehe Art. 14 RL 2005/29.

²⁶ *Gamerith*, WRP 2005, 391, 427; a.A. *Brömmelmeyer*, Der Binnenmarkt als Leitstern der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken, GRUR 2007, 295, 297; *Glöckner/Henning-Bodewig*, WRP 2005, 1311, 1324 f. (weder Verbraucher noch Mitbewerber dürften auf der Grundlage des Lauterkeitsrechts mehr verlangen als der Schutz des funktionsfähigen Wettbewerbsgebiete).

²⁷ § 1 S. 2 UWG; dazu *Peukert* (Fn. 10), 340 ff. m.w.N.; RegE UWG 2008 (Fn. 18), 16 f.

²⁸ Siehe EuGH 14.1.2010 - Rs. C-304/08 *Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs/Plus* Slg. 2010, 0000 Rn. 28, 39, 41; *Fezer*, Der Dualismus der Lauterkeitsrechtsordnungen des b2c-Geschäftsverkehrs und des b2b-Geschäftsverkehrs im UWG, WRP 2009, 1163 ff.; ferner § 3 Abs. 2 UWG, der die Unlauterkeit geschäftlicher Handlungen gegenüber Verbrauchern speziell regelt.

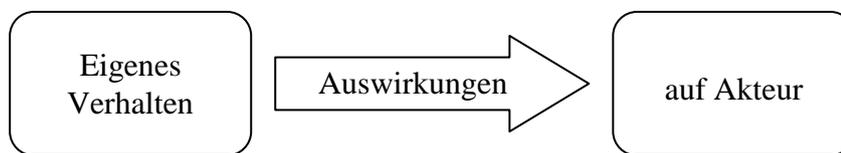
²⁹ Siehe § 4 Nr. 9-11 UWG; zum Leistungsschutz *Peukert* (Fn. 10), 313 ff.

³⁰ Siehe *Peukert* (Fn. 8), 27 ff.; *Henning-Bodewig*, WRP 2010, 1094 ff.; *Wunderle* (Fn. 2), 331 ff.

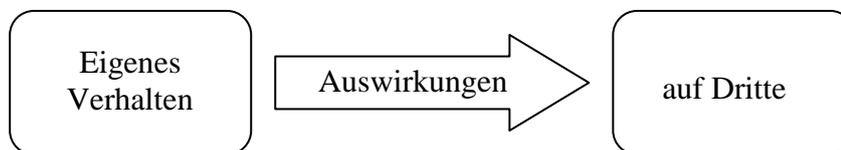
zugerechnet werden.³¹ Zum Appell und auf das Lauterkeitsrecht gewendet: Verbraucher/Unternehmer! Stehe ein für die Folgen Deines eigenen Marktverhaltens!

Mit diesem reflexiven Fokus betrifft die Selbstverantwortung einen besonderen Aspekt eines umfassenderen Begriffs der Verantwortung.³² Jener beschreibt eine mindestens dreistellige Relation zwischen einem Subjekt, einem Objekt der Zuschreibung (ein Verhalten, ein Zustand) und einer Rechtfertigungsinstanz.³³ Subjekt und Objekt fallen bei der Eigenverantwortung zusammen, da es um die Zurechnung eigenen Verhaltens geht. Auch ist die Rechtfertigungsinstanz hier zumindest in einem ersten Schritt im handelnden Subjekt angesiedelt.³⁴ Schließlich stehen die Folgen des eigenen Handelns für den Akteur selbst in Rede.³⁵ Von dieser selbstbezüglichen Eigenverantwortung ist eine drittbezogene Eigenverantwortung zu unterscheiden. Jene betrifft nicht die Auswirkungen eigenen Verhaltens auf den Handelnden, sondern auf Dritte.³⁶

Selbstbezügliche Eigenverantwortung



Drittbezogene Eigenverantwortung



³¹ F. Bydlinski, System und Prinzipien des Privatrechts (1996), 100 m.w.N.; Larenz, Allgemeiner Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts (7. Aufl. 1989), 37; Günther, Aufgaben- und Zurechnungsverantwortung, in: Heidbrink/Hirsch (Hrsg.), Verantwortung in der Zivilgesellschaft (2006), 295, 318 f.

³² Siehe Buddeberg, Verantwortung im Diskurs, Diss. phil. Frankfurt/M. 2009, 1 ff.; Günther, Zwischen Ermächtigung und Disziplinierung. Verantwortung im gegenwärtigen Kapitalismus, in: Honneth, Befreiung aus der Mündigkeit. Paradoxien des gegenwärtigen Kapitalismus (2002), 117 f., jeweils m.w.N.

³³ Siehe Buddeberg (Fn. 32), 38.

³⁴ Heidbrink (Fn. 4), 21 (im Unterschied zu einer auf Partizipation am Gemeinwesen ausgerichteten Mitverantwortung); zur moralischen Pflicht, sich gegenüber anderen zu verantworten, Buddeberg (Fn. 32), 294. Anschließend kann sich die Erzwingung der Eigenverantwortung durch staatliche Instanzen. Zu denken ist hierbei an die Insolvenz bei der selbstbezüglichen Eigenverantwortung und an gerichtlich verfolgbare und vollstreckbare Haftungsansprüche bei der drittbezogenen Eigenverantwortung; zu dieser Unterscheidung sogleich.

³⁵ Z.B. Erwerb eines nicht gebrauchsfähigen Produkts durch einen Verbraucher oder Verlust von Marktanteilen aufgrund einer vom Unternehmer verpassten Gelegenheit.

³⁶ Z.B. Haftung eines Unternehmers für Irreführungen von Verbrauchern oder Behinderung eines Mitbewerbers durch einen Konkurrenten. Näher unten II 1. (S. 404 ff.) und III 1. (S.413 ff.) Nicht aufgegriffen wird hingegen die Unterscheidung zwischen einer auf die Vergangenheit gerichteten Zurechnungsverantwortung für die Verletzung von Verhaltenspflichten einerseits und einer prospektiven Aufgabenverantwortung für die Erfüllung von Aufgaben andererseits; siehe Günther, Verantwortung in vernetzten Systemen, in: Gamm/Hetzel (Hrsg.), Unbestimmtheitssignaturen der Technik. Eine neue Deutung der technisierten Welt (2005), 337, 342 f.; ders. (Fn. 36), 295 ff. Diese Differenzierung versagt beim in die Zukunft gerichteten Unterlassungsanspruch, der gerade im Lauterkeitsrecht von hervorragender Bedeutung ist.

Dabei ist mit „Selbstverantwortung“ stets die *normative* Frage nach der Zurechnung von Handlungsfolgen und nicht etwa eine *empirische* Kausalannahme über Ursache und Wirkung angesprochen. v. Hayek hat diesen Unterschied zwischen Sollen und Sein besonders deutlich herausgearbeitet. Eigenverantwortung ist demnach ein kontrafaktischer Appell mit dem Zweck, die Handlungen eines Menschen „anders zu machen, als sie wären, wenn er an Verantwortung nicht glaubte“.³⁷ Zugespielt zielen ethische Anrufungen der Selbstverantwortung ebenso wie rechtliche Regeln, die auf einem solchen Grundsatz beruhen, darauf ab, die Menschen zu einer rationalen Wahrnehmung ihrer Freiheit *zu erziehen*.³⁸ Haben die Menschen diese Anforderung in einer Kultur der Freiheit³⁹ erst einmal verinnerlicht, wünschen sie sich geradezu einen Bereich, den sie eigenverantwortlich ausfüllen können.⁴⁰ Dadurch wird individuelles Wissen mobilisiert, das keine zentrale Stelle akkumulieren kann.⁴¹ Im Wirtschaftsleben sorgt insbesondere die Haftung der Unternehmer für falsche Entscheidungen und ökonomische Verluste dafür, dass Ressourcen nicht vergeudet, sondern effizient eingesetzt werden.⁴² Um diese Ziele zu erreichen, darf die *selbstbezügliche* Eigenverantwortung nicht über Gebühr eingeschränkt und auf Dritte (den Staat, die Gläubiger usw.) abgewälzt werden.⁴³ Die *drittbezogene* Eigenverantwortung hingegen muss auf bestimmte, vorhersehbare Handlungsfolgen begrenzt sein.⁴⁴ Werden beide Aspekte betont – nicht zu wenig Verantwortung für das eigene Fortkommen und nicht zu viel Verantwortung für dasjenige anderer –, öffnet sich ein Korridor freier Entscheidungen, der weder durch die Suche nach Entlastung von den Folgen eigener Handlungen noch durch übermäßige Haftungsrisiken im Verhältnis zu Dritten verstellt wird.⁴⁵

Wie sich am Beispiel der Rechtfertigung verbraucherschützender Vorschriften im Lauterkeitsrecht zeigen wird, setzt die *Kritik* am Grundsatz der Eigenverantwortung häufig empirisch an. Demnach wird bezweifelt, ob bestimmte Folgen (etwa eine Kaufentscheidung) tatsächlich auf einem „freien“ Entschluss des Akteurs beruhen oder ob hierfür nicht vielmehr externe Umstände (etwa irreführende oder aggressive Werbung) überwiegend ursächlich sind. Der Unfreie aber könne nicht für seine Handlungen verantwortlich gemacht werden. Wurde solche Kritik früher im Namen eines pauschalen Determinismus geführt,⁴⁶ so sind es heute vor allen Dingen die Neurowissenschaften, die Freiheits- und Verantwortungsethik unter Rechtfertigungsdruck bringen.⁴⁷ Im Wirtschafts- und speziell im Lauterkeitsrecht haben ferner verhaltensökonomische Forschungen besondere Bedeutung erlangt. Sie beschäftigen sich mit den Grenzen rationalen Verhaltens von Marktteilnehmern und haben systematische Defizite im klassischen Modell des rational nutzenmaximierenden homo oeconomicus

³⁷ v. Hayek, Die Verfassung der Freiheit (4. Aufl. 2005), 98.

³⁸ v. Hayek (Fn. 37), 99 („In diesem Sinn bedeutet die Zuschreibung von Verantwortung keine Aussage über eine Tatsache. Sie hat vielmehr den Charakter einer Konvention mit dem Zweck, die Menschen zur Befolgung gewisser Regeln zu bringen.“), 105 („Erziehung zur Freiheit“); Heidbrink (Fn. 4), 13, 26; kritisch Günther (Fn. 32), 117, 121 ff. (disziplinierende Effekte einer Eigenverantwortungsrhetorik und -politik).

³⁹ Di Fabio, Die Kultur der Freiheit (2005).

⁴⁰ Klages, Eigenverantwortung als zivilgesellschaftliche Ressource, in: Heidbrink/Hirsch (Hrsg.), Verantwortung in der Zivilgesellschaft (2006), 109 ff. (hochrangige, weitgehend konsensuelle und stabile Rangposition der Eigenverantwortung in der Wertekonstellation der deutschen Bevölkerung).

⁴¹ v. Hayek (Fn. 37), 93, 99.

⁴² Hamm, Selbstverantwortung in ordnungspolitischer Sicht, ORDO 57 (2006), 191, 193; Mestmäcker, Recht und Politik in der EU (2008), 9 f.

⁴³ v. Hayek (Fn. 37), 107 (Entlastung von Verantwortung für eigenes Handeln problematisch).

⁴⁴ v. Hayek (Fn. 37), 107 (Ausdehnung des Verantwortungsbereichs gegenüber Dritten problematisch); Mestmäcker (Fn. 42), 9 f.

⁴⁵ Zur Rechtfertigung dieses Konzepts unten IV. (S. 419 ff.)

⁴⁶ v. Hayek (Fn. 37), 94 ff.; Günther (Fn. 32), 117, 127.

⁴⁷ Siehe Biebricher, (Ir-)Responsibilization, Genetics and Neuroscience, erscheint im European Journal of Social Theory (2011).

nachgewiesen.⁴⁸ Dadurch wird mittelbar auch die Zurechnung der Folgen eigener wirtschaftlicher Entscheidungen in Zweifel gezogen, da jene unter bestimmten äußeren Umständen in einer vorhersagbaren Weise „irrational“ getroffen würden und daher dem Einzelnen auch nicht vorbehaltlos zugeschrieben werden könnten.⁴⁹

Die herkömmliche Verteidigung gegen solche Anfechtungen eines Grundsatzes der Selbstverantwortung besteht darin, den Kritikern einen Kategorienfehler vorzuwerfen. Demnach sei das Prinzip der Eigenverantwortung wie gezeigt ein normatives, das auch und gerade auf der Annahme beruhe, dass viele, wenn nicht gar die Mehrzahl der Folgen eigener Handlungen jedenfalls nicht ausschließlich individuell beeinflussbar sind.⁵⁰ Doch kann das Recht nicht ignorieren, was den Menschen möglich und damit zurechenbar ist.⁵¹ Wo Kinder und Geistesranke „offensichtlich“ nicht Herr ihrer Handlungen sind, wo dem Subjekt ein „Minimum an Fähigkeit“ fehlt, sein Verhalten zu steuern, schränken auch die Verfechter der Eigenverantwortung diesen Grundsatz ein.⁵² Würde man die Folgen eigenen Verhaltens in solchen Konstellationen dem Akteur zuschreiben, stünde dies mit den Grundannahmen eines eigenverantwortlich-freien Subjekts in Widerspruch und wäre daher selbst innerhalb einer liberalen Theorie nicht zu rechtfertigen. Auch wenn mithin ein Grundsatz der Eigenverantwortung anzuerkennen wäre, bliebe zu bestimmen, in welchen Fällen seine Durchsetzung nicht Selbst-, sondern Fremdbestimmung generiert.

Nach alledem kann man einen Grundsatz der Selbstverantwortung prinzipiell oder lediglich dem Maße nach problematisieren. Beide Fragen werden im Folgenden auf das Lauterkeitsrecht bezogen. Gilt in diesem Rechtsgebiet überhaupt ein Grundsatz der Selbstverantwortung? Und wenn ja, in welchem Umfang haben Verbraucher (dazu II) und Unternehmer (dazu III) die Folgen eigenen Verhaltens auch selbst zu (er-)tragen?

II. B2C-Lauterkeitsrecht und die Selbstverantwortung von Verbrauchern

1. Relevanz der Selbstverantwortung von Verbrauchern

Im Hinblick auf das europäische B2C-Lauterkeitsrecht kann nach der Eigenverantwortung der Unternehmer oder der Verbraucher gefragt werden. Da die Konsumenten jedoch nur hier und nicht im autonomen deutschen B2B-Lauterkeitsrecht angesprochen sind, werden die an sie gerichteten Anforderungen im Vordergrund stehen. Dabei geht es um die Frage, inwieweit die Verbraucher sich an ihrer eigenen Konsumententscheidung festhalten lassen müssen. Sind Geschäftspraktiken weitreichend zulässig und spätere Verträge bindend, wäre das Ausmaß der Selbstverantwortung von Verbrauchern relativ groß. Unterliegen Geschäftspraktiken und sogar abgeschlossene Verträge einer engen lauterkeitsrechtlichen Kontrolle, würde die Rechtsordnung den Verbrauchern hingegen die Last abnehmen, auf ggf. nachteilige Geschäftspraktiken nach sorgfältiger Prüfung gar nicht erst einzugehen. Konsumenten-Eigenverantwortung spielte dann eine vergleichsweise geringe Rolle. Dabei kann nur die Dimension der selbstbezüglichen, nicht jedoch die einer drittbezogenen Eigenverantwortung relevant werden.⁵³ Denn Verbraucher sind im Lauterkeitsrecht nicht passivlegitimiert; für die

⁴⁸ Allgemein zu *behavioral economics* etwa *Jolls/Sunstein/Thaler*, A Behavioral Approach to Law and Economics, in: Sunstein (Hrsg.), Behavioral Law and Economics (2000), 13 ff.; *Engel u.a.*, Recht und Verhalten (2007).

⁴⁹ Zu den Auswirkungen dieses Denkens auf das B2C-Lauterkeitsrecht unten II 2. (S. 405 ff.) und Fn. 98.

⁵⁰ Siehe v. Hayek (Fn. 37), 95 ff.

⁵¹ Larenz (Fn. 31), 37.

⁵² v. Hayek (Fn. 37), 93, 100.

⁵³ Die drittbezogene, nämlich auf die Verbraucher bezogene Eigenverantwortung, trifft die Unternehmer. Sie müssen für ihre Geschäftspraktiken einstehen. Das Ausmaß dieser drittbezogenen Eigenverantwortung steht in umgekehrter Korrelation zur selbstbezüglichen Eigenverantwortung der Verbraucher. Werden die Konsumenten

Beeinträchtigung von Drittinteressen durch eigenes Wettbewerbsverhalten haften allenfalls Unternehmer.⁵⁴

Die so präzierte Fragestellung impliziert bereits, dass das geltende Lauterkeitsrecht von einem grundsätzlich eigenverantwortlich entscheidenden Verbraucher ausgeht. Und in der Tat regulieren das europäische und das deutsche Lauterkeitsrecht die Ausübung gleicher wirtschaftlicher Handlungsfreiheiten von Marktteilnehmern, die im Wettbewerb dezentrale Angebots- und Nachfrageentscheidungen treffen.⁵⁵ Insbesondere setzt die Richtlinie 2005/29 „informierte“ geschäftliche Entscheidungen der Verbraucher voraus, die nicht durch irreführende, aggressive oder sonst unlautere Geschäftspraktiken manipuliert werden dürfen. Verhindert werden soll, dass der Konsument zu einer geschäftlichen Entscheidung veranlasst wird, die er „andernfalls“ – soll heißen: frei und eigenverantwortlich – nicht getroffen hätte.⁵⁶ Fraglich ist daher nicht, ob der Verbraucher überhaupt auf dieser Basis konsumieren soll. Zu prüfen ist lediglich, in welchem Ausmaß das Lauterkeitsrecht darauf vertraut, dass Konsumenten die Auswirkungen ihrer Nachfrageaktivitäten auf das eigene Vermögen (Stichwort Überschuldung) und die eigene Person (Stichwort Ernährung) zu ihrem Besten und demjenigen stets mittelbar berührter Dritter (z.B. Gläubiger) sowie der Allgemeinheit beurteilen.

Insofern lassen sich Wandlungen des Lauterkeitsrechts konstatieren. Phasenweise wird der Selbstverantwortung von Verbrauchern größerer Raum geschenkt und das wettbewerbsrechtliche Verbotarsenal zurückgenommen. Zu anderen Zeiten herrscht hingegen die Meinung vor, der leichtgläubige Konsument sei durch Produkt- oder Marketingverbote vor ggf. schwerwiegenden „Fehl“-Entscheidungen zu bewahren.

2. Wandel der zugemuteten Selbstverantwortung

Letztgenanntes Leitbild dominierte im deutschen UWG bis in die 1990er Jahre. Berühmt geworden ist die im Bocksbeutel-Urteil des EuGH nachzulesende Einschätzung des Südtiroler Weinhändlers *Prantl*, das deutsche Wettbewerbsrecht sei eines der unflexibelsten der Welt, und der deutschen Rechtsprechung liege „das Leitbild eines absolut unmündigen, fast schon pathologisch dummen und fahrlässig unaufmerksamen Durchschnittsverbrauchers“ zugrunde.⁵⁷ Auch wenn diese Polemik überzeichnen mag, so waren die Vorgaben für zulässiges Marktverhalten aus heutiger Sicht in der Tat eng gesteckt. Cassis de Dijon durfte in der Bundesrepublik nicht in Verkehr gebracht werden, weil dieser Likör weniger Alkoholgehalt aufwies als das damalige Branntweinmonopolgesetz für Fruchtsaftliköre vorschrieb.⁵⁸ Und Herr *Prantl* wurde vor einer Münchener Strafkammer angeklagt, weil er Wein in Bocksbeutelflaschen importiert hatte, obwohl sich nach der Wein-Verordnung in der Fassung des Jahres 1971 in solch bauchig-runden Flaschen nur Qualitätswein aus Franken, dem badischen Taubertal, dem Schüpfergrund sowie aus den Gemeinden Neuweiher,

weitreichend an ihrer selbst getroffenen Konsumententscheidung festgehalten (ist ihre selbstbezügliche Eigenverantwortung also relativ groß), ist die drittbezogene der Unternehmer relativ klein; sie haften also für relativ wenige Geschäftspraktiken und deren Auswirkungen auf Verbraucher. Werden die Verbraucher hingegen vor vielen Geschäftspraktiken bewahrt, ist ihre selbstbezügliche Eigenverantwortung in geringerem Umfang, die drittbezogene der Unternehmer hingegen um so mehr relevant.

⁵⁴ Siehe Art. 2 lit. d RL 2005/29 und § 2 Abs. 1 Nr. 1, 6 UWG; *Europäische Kommission* (Fn. 15), 9 (private Geschäfte von Verbrauchern auch dann nicht von der Richtlinie 2005/29 erfasst, wenn ein Verkauf an Unternehmer stattfindet).

⁵⁵ Zu diesem Zusammenhang von Freiheit, Wettbewerb und somit auch Eigenverantwortung nur etwa Münchener Kommentar-*Sosnitzka* (Fn. 16), Grundl UWG Rn. 12 ff.; *Thouvenin* (Fn. 2), 72 f.

⁵⁶ Siehe Art. 2 lit. f, k, 6 Abs. 1, 7 Abs. 1, 8 RL 2005/29, § 3 Abs. 2 S. 1 UWG.

⁵⁷ EuGH v. 13.3.1984 - Rs. 16/83 *Prantl* Slg. 1984, 1299, 1306; *Meyer*, Das Verbraucherleitbild des Europäischen Gerichtshofs. Abkehr vom „flüchtigen Verbraucher“, WRP 1993, 215, 224.

⁵⁸ EuGH v. 20.2.1979 - Rs. 120/78 *Rewe/Bundesmonopolverwaltung für Branntwein* Slg. 1979, 649 Rn. 7 ff.

Steinbach, Umweg und Varnhalt befinden durfte.⁵⁹ Derartige Verbote wurden unter anderem mit der Figur des „flüchtigen“ Verbrauchers gerechtfertigt, der *tatsächlich* nicht darauf achte, welche Eigenschaften ein Produkt habe und der deshalb leicht in die Irre zu führen sei.⁶⁰ Konsequenterweise wurden Wettbewerbsbehandlungen schon dann als unlauter erachtet, wenn bei einem nicht unwesentlichen Teil der Verbraucher ein unzutreffender Eindruck vermittelt wurde, auch wenn dieser bei näherem Zusehen und Überlegen hätte korrigiert werden können.⁶¹ Solche Anstrengungen verlangte das UWG dem Konsumenten nicht ab, sondern entlastete ihn von einer rational-eigenverantwortlichen Entscheidung durch vorbeugende Verbote.

Doch nicht nur in Deutschland stießen grenzüberschreitend agierende Unternehmer auf nationale Vorschriften über die Eigenschaften von Waren oder zulässige Werbung, die ihnen den Zutritt zum jeweiligen Markt erschwerten.⁶² Die europarechtlichen Instrumente zur Überwindung solcher Hindernisse für den Binnenmarkt waren die Grundfreiheiten und das Diskriminierungsverbot. Auf ihrer Basis erklärte der EuGH Vertriebsverbote sowie mitgliedstaatliche Vorschriften, die nur geringfügige Irreführungsgefahren betrafen, für unvereinbar mit dem Primärrecht und folglich unanwendbar.⁶³ Nationale Verbrauchsgewohnheiten sollten nicht über produktbezogene Regelungen zementiert und auf diese Weise der grenzüberschreitende Marktzutritt erschwert werden.⁶⁴

An die Stelle der im Zuge dieser negativen Integration gefallenen nationalen Verbotsnormen traten nicht sofort europäische – denn solche konnte der EuGH nicht erlassen –, sondern gesteigerte Erwartungen an eine informierte, eigenverantwortliche Entscheidung des Verbrauchers. Jener sollte vom regional und national geprägten zum aufmerksamen europäischen Konsumenten heranwachsen. In diesem Zusammenhang stehen drei vom EuGH entwickelte Konzepte, die einen intensiven Wettbewerb im Binnenmarkt fördern sollen: erstens der durchschnittlich informierte, aufmerksame und verständige Verbraucher;⁶⁵

⁵⁹ EuGH v. 13.3.1984 - Rs. 16/83 *Prantl* Slg. 1984, 1299 Rn. 20 ff.; Piper/Ohly/Sosnitzka-Sosnitzka, UWG (5. Aufl. 2010), § 2 Rn. 95 f.

⁶⁰ Siehe EuGH v. 13.3.1984 - Rs. 16/83 *Prantl* Slg. 1984, 1299 Rn. 29.

⁶¹ Siehe etwa BGH v. 22.10.1992 - I ZR 284/90, GRUR 1993, 127 f. - Teilzahlungspreis II m.w.N.; *Beater*, Unlauterer Wettbewerb (2002), § 13 Rn. 40-42 m.w.N.

⁶² Siehe z.B. EuGH v. 11.7.1974. - Rs. 8/74 *Dassonville* Slg. 1974, 837 Rn. 6; EuGH v. 2.3.1982 - Rs. 6/81 *Industrie Diensten/Beele* Slg. 1982, 707 Rn. 7 (Nachahmungsverbot); EuGH v. 26.6.1980 - Rs. 788/79 *Gilli und Andres* Slg. 1980, 2071 Rn. 10; EuGH v. 10.11.1982 - Rs. 261/81 *Rau/De Smedt* Slg. 1982, 3961 Rn. 13 f.; EuGH v. 15.12.1982 - Rs. 286/81 *Oosthoek's Uitgeversmaatschappij* Slg. 1982, 4575 Rn. 15 (Zugabeverbot); EuGH v. 10.6.1982 - Rs. 231/83 *Cullet* Slg. 1985, 305 Rn. 25; EuGH v. 11.7.1985 - Rs. 60/84 *Cinéthèque/Fédération nationale des cinémas français* Slg. 1985, 2605 Rn. 21 f.; EuGH v. 16.5.1989 - Rs. 382/87 *Buet und SARL/Ministère public* Slg. 1989, 1235 Rn. 7; EuGH v. 7.3.1990 - Rs. 362/88 *GB-Inno-BM/Confederation du Commerce Luxembourgeois* Slg. 1990, I-667 Rn. 7 (Verbot der Werbung mit Preisnachlässen); EuGH v. 25.7.1991 - Rs. 1/90 *Aragonesa/Departamento de Sanidad* Slg. 1991, I-4115 Rn. 10 (Verbot der Werbung für hochprozentigen Alkohol); EuGH v. 24.11.1993 - verb. Rs. 267/91 und 268/91 *Keck und Mithouard* Slg. 1993, I-6097 Rn. 16 ff. (Verbot des Verkaufs zum Verlustpreis).

⁶³ Siehe z.B. EuGH v. 12.7.1983 - Rs. 170/78 *Kommission/Großbritannien* Slg. 1980, 417 Rn. 6; EuGH v. 13.12.1990 - Rs. 238/89 *Pall/Dahlhausen* Slg. 1990, I-4827 Rn. 17 ff.; EuGH v. 18.5.1993 - Rs. 126/91 *Schutzverband/Yves Rocher* Slg. 1993, I-2361 Rn. 15 ff.; EuGH v. 2.2.1994 - Rs. 315/92 *Verband sozialer Wettbewerb/Clinique Laboratories* Slg. 1994, 317 Rn. 20 ff.; EuGH v. 6.7.1995 - Rs. 470/93 *Verein gegen Unwesen im Handel/Mars* Slg. 1995, I-1923 Rn. 20; EuGH v. 4.4.2000 - Rs. 465/98 *Darbo* Slg. 2000, I-2297 Rn. 28; EuGH v. 4.10.2007 - Rs. 457/05 *Diageo* Slg. 2007, I-08075 Rn. 27; ferner etwa *Dethloff*, Europäisierung des Wettbewerbsrechts (2001), 140 ff.

⁶⁴ Siehe EuGH v. 13.3.1984 - Rs. 16/83 *Prantl* Slg. 1984, 1299 Rn. 27; EuGH v. 12.3.1987 - Rs. 178/84 *Kommission/Deutschland* Slg. 1987, 1227 Rn. 32; EuGH v. 26.11.1985 - Rs. 182/84 *Miro* Slg. 1985, 3731 Rn. 25.

⁶⁵ Z.B. EuGH v. 25.10.2001 - Rs. 112/99 *Toshiba/Katun* Slg. 2001, I-7945 Rn. 52; *Radeideh*, Fair Trading in EC Law (2005), 56 ff., der hierin sogar ein Prinzip lauterer Handels im Europäischen Recht erkennt („Consumers must be enabled to make their choice in full knowledge of the facts.“, a.a.O., 184 ff.); a.A. *Europäische*

zweitens das Informationsmodell, das diesem mündigen Konsumenten insbesondere in Gestalt von Standardisierungs-⁶⁶ und Etikettierungsnormen⁶⁷ sowie von Vorschriften über die Zulässigkeit vergleichender Werbung⁶⁸ eine selbstbestimmte Auswahlentscheidung ermöglichen soll;⁶⁹ und drittens das Herkunftsland- oder Binnenmarktprinzip, wonach Waren, die im Ursprungsland rechtmäßig in Verkehr gebracht wurden, im Einfuhrstaat nicht erneut einer vollständigen Kontrolle unterworfen werden dürfen.⁷⁰

Ein Mehr an unternehmerischer Freiheit im Binnenmarkt wurde also unter anderem durch eine verstärkte Anrufung der Eigenverantwortung des Verbrauchers ermöglicht.⁷¹ Hierfür operierte der EuGH mit einem explizit normativen Verbraucherleitbild: der europäische Konsument *soll* informiert, aufmerksam und verständig sein, auch wenn er *faktisch* seinen provinziellen Gewohnheiten nachhängen mag.⁷² Dementsprechend qualifizierte der EuGH die Feststellung einer Irreführungsgefahr als Rechtsfrage, die anders als nach früherer deutscher Praxis in der Regel ohne Einholung eines Sachverständigengutachtens geklärt werden könne.⁷³ Dahinter steht der Gedanke, dass eben nicht sämtliche, sondern nur die relevanten Täuschungsrisiken ein Verbot wettbewerblicher Aktivitäten im Binnenmarkt auslösen sollten. Nachdem die negative Integration nationale Marktzutrittschürden auch in Gestalt strenger Lauterkeitsmaßstäbe geschliffen hatte,⁷⁴ wurden die in die materialen Schutzpolitiken der Mitgliedstaaten gerissenen Lücken in der Phase der positiven Integration ab Mitte der 1980er Jahre und verstärkt ab den 1990er Jahren durch europäische Maßnahmen ausgefüllt, bei denen wiederum der Schutz der Verbraucher vor potentiell schädigenden Geschäftspraktiken im Vordergrund stand.⁷⁵ Dies gilt auch für den vorläufigen Höhepunkt der Europäisierung des Lauterkeitsrechts, die Richtlinie 2005/29 über unlautere Geschäftspraktiken:

Kommission, Grünbuch, Die Überprüfung des gemeinschaftlichen Besitzstands im Verbraucherschutz v. 8.2.2007, KOM (2006) 744 endg., 19.

⁶⁶ EuGH v. 20.2.1979 - Rs. 120/78 *Rewe/Bundesmonopolverwaltung für Branntwein* Slg. 1979, 649 Rn. 13; EuGH v. 26.11.1985 - Rs. 182/84 *Miro* Slg. 1985, 3731 Rn. 23.

⁶⁷ Angelegt bereits in EuGH v. 20.2.1979 - Rs. 120/78 *Rewe/Bundesmonopolverwaltung für Branntwein* Slg. 1979, 649 Rn. 13; ferner etwa EuGH v. 26.6.1980 - Rs. 788/79 *Gilli und Andres* Slg. 1980, 2071 Rn. 7; EuGH v. 10.11.1982 - Rs. 261/81 *Rau/De Smedt* Slg. 1982, 3961 Rn. 17; EuGH v. 12.3.1987 - Rs. 178/84 *Kommission/Deutschland* Slg. 1987, 1227 Rn. 35.

⁶⁸ EuGH v. 18.5.1993 - Rs. 126/91 *Schutzverband/Yves Rocher* Slg. 1993, I-2361 Rn. 22.

⁶⁹ Siehe Entschließung des Rates v. 19.5.1981 betreffend ein Zweites Programm der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft für eine Politik zum Schutz und zur Unterrichtung der Verbraucher, ABl. 1981 C 133/1 Rn. 40 ff.; EuGH v. 7.6.1988 - Rs. 362/88 *GB-Inno-BM/Confederation du Commerce Luxembourgeois* Slg. 1990, I-667 Rn. 13; EuGH v. 21.6.2001 - Rs. 30/99 *Kommission/Irland* Slg. 2001, I-4619 Rn. 32; EuGH v. 5.2.2004 - Rs. 24/00 *Kommission/Frankreich* Slg. 2004, 1277 Rn. 74 f.; *Radeideh* (Fn. 65), 43 ff.

⁷⁰ EuGH v. 26.11.1985 - Rs. 182/84 *Miro* Slg. 1985, 3731 Rn. 25 ff.; *Glöckner* (Fn. 9), 87.

⁷¹ *Köhler*, Zum Anwendungsbereich der §§ UWG § 1 und UWG § 3 UWG nach Aufhebung von RabattG und ZugabeVO, GRUR 2001, 1067, 1069.

⁷² Siehe *Piper/Ohly/Sosnizza-Sosnizza* (Fn. 59) § 2 Rn. 94, 99; *Europäische Kommission* (Fn. 15), 25 (das Verbraucherleitbild ziele darauf ab „to strike the right balance between the need to protect consumers and the promotion of free trade in an openly competitive market“).

⁷³ EuGH v. 16.7.1998 - Rs. C-210/96 *Gut Springenheide/Tusky* Slg. 1998, I-04657 Rn. 31 ff.; *Köhler/Bornkamm-Bornkamm*, UWG (28. Aufl. 2010), § 5 Rn. 1.49; kritisch zur Ersetzung eines faktisch flüchtigen durch einen normativ aufmerksamen Verbraucher *Köhler/Piper-Piper*, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (3. Aufl. 2002), § 3 Rn. 54-56.

⁷⁴ Siehe zur Absenkung der zuvor teilweise rigiden Anforderungen an zulässige Werbung im deutschen UWG etwa Münchener Kommentar-*Sosnizza* (Fn. 59), vor § 1 UWG Rn. 21.

⁷⁵ Siehe näher *Peukert*, ZHR 173 (2009), 542 ff.; *Unberath/Johnston*, The Double-headed Approach of the ECJ Concerning Consumer Protection, CMLR 44 (2007), 1237, 1283 („Free Trade is the priority of primary legislation while interventionist consumer protection lies at the heart of the case law on secondary legislation.“); siehe auch *Glöckner* (Fn. 9), 486 (fast alle Maßnahmen der Positivharmonisierung hätten eine „schutzintensivierende Tendenz“).

Zwar zielt die Richtlinie durch die Verbote von irreführenden und aggressiven Geschäftspraktiken auf die Wahrung der wirtschaftlichen Entscheidungsfreiheit der Konsumenten ab.⁷⁶ Sie enthält sich konkreter inhaltlicher Vorgaben für Werbung; Diskriminierungsverbote oder der gezielte Schutz von Kindern und Jugendlichen zählen nicht zu ihrem Programm.⁷⁷ Mit dem Konzept der Vollharmonisierung werden überdies gemeinschaftsweit einheitliche Marktbedingungen etabliert, von denen auch im Interesse eines höheren Verbraucherschutzniveaus nicht mehr abgewichen werden darf. Insbesondere dürfen nur noch die in der „schwarzen Liste“ des Anhangs zur Richtlinie explizit aufgeführten Geschäftspraktiken ohne Beurteilung eines Einzelfalls verboten werden. Diese Deckelung des Verbraucherschutzes hat zur Folge, dass bereits mehrere, insoweit überschießende nationale Verbote vom EuGH kassiert wurden.⁷⁸

Allerdings dürfen diese wettbewerbsfunktionalen, liberalisierenden Elemente der Richtlinie 2005/29 nicht darüber hinwegtäuschen, dass das EU-Recht hier wie an anderer Stelle die Tendenz aufweist, weniger auf die Selbstverantwortung informierter Konsumenten denn auf einen antizipierten Schutz vor unerwünschten Geschäftspraktiken abzustellen.⁷⁹ So sehen die Tabakwerberichtlinie⁸⁰ und die Richtlinie über audiovisuelle Mediendienste⁸¹ umfassende Verbote bzw. eingehende Regulierungen für die Werbung und das Sponsoring mit Tabakerzeugnissen, Alkohol und Arzneimitteln vor. Nährwert- und gesundheitsbezogene Angaben bei Lebensmitteln, wie z.B. „leicht“, „fettarm“ oder „bekömmlich“⁸², dürfen nach der sog. Health-Claim-Verordnung 1924/2006 nur noch verwendet werden, wenn die jeweilige Aussage den von der Kommission aufgrund wissenschaftlicher Studien entwickelten Nährwertprofilen für das betreffende Lebensmittel entspricht.⁸³ Ein solches Zulassungsverfahren mit Positivlisten stellt das Verteilungsprinzip einer freiheitlichen

⁷⁶ Siehe Art. 2 lit. e, 5 Abs. 4, 8 und ErwGrd. 14 S. 1, 16 RL 2005/29 (Schutz der Freiheit der Verbraucher, eine informierte und deshalb effektive Wahl zu treffen).

⁷⁷ *Europäische Kommission* (Fn. 15), 13. Zu einem konstitutiven, die Voraussetzungen wirtschaftlicher Selbstbestimmung adressierenden Verbraucherschutzmodell *Drexel*, Die wirtschaftliche Selbstbestimmung des Verbrauchers (1998), 9.

⁷⁸ EuGH v. 23.4.2009 - verb. Rs. C 261/07 und C 299/07 *VTB-VAB/Total Belgium* Slg. 2009, I-02949 Rn. 59 (Kopplungsangebote); EuGH v. 14.1.2010 - Rs. C-304/08 *Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs/Plus* Slg. 2010, 0000 Rn. 51 (Gewinnspiele); *Scherer*, Erdrutsch im deutschen Lauterkeitsrecht. Europarechtswidrigkeit des § 4 Nr. 6 UWG, NJW 2010, 1849 f.; *Anagnostaras*, CMLR 47 (2010), 147, 154 ff.

⁷⁹ *Drexel* (Fn. 77), 9; weitere Nachweise bei *Peukert*, ZHR 173 (2009), 536, 558 ff.

⁸⁰ Art. 3-5, ErwGrd. 3 Richtlinie 2003/33/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 26.5.2003 zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über Werbung und Sponsoring zugunsten von Tabakerzeugnissen, ABl. 2003 L 152/16; hierzu EuGH v. 12.12.2006 - Rs. 380/03 *Deutschland/Parlament und Rat* Slg. 2006, I-11573 Rn. 36 ff.

⁸¹ Siehe Art. 9 Abs. 1 lit. c-g, ErwGrd. 59 Richtlinie 2010/13/EU des Europäischen Parlaments und des Rates v. 10.3.2010 zur Koordinierung bestimmter Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Bereitstellung audiovisueller Mediendienste (Richtlinie über audiovisuelle Mediendienste), ABl. 2010 L 95/1 („Die Verfügbarkeit schädlicher Inhalte im Bereich der audiovisuellen Mediendienste gibt nach wie vor Anlass zur Sorge für den Gesetzgeber, die Medienbranche und die Eltern ... Vorschriften zum Schutz der körperlichen, geistigen und sittlichen Entwicklung Minderjähriger sowie zur Wahrung der Menschenwürde in allen audiovisuellen Mediendiensten, einschließlich der audiovisuellen kommerziellen Kommunikation, sind daher erforderlich.“).

⁸² Dazu OVG Rheinland-Pfalz v. 19.08.2009 - 8 A 10579/09, WRP 2009, 1418; zweifelnd OLG Düsseldorf v. 23.01.2010 - I-20 U 183/09, WRP 2010, 1062, 1063 – Uderberg.

⁸³ Siehe Art. 8 Abs. 1, 10 Abs. 1 Verordnung (EG) Nr. 1924/2006 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 20.12.2006 über nährwert- und gesundheitsbezogene Angaben über Lebensmittel, berichtigte Fassung in ABl. 2007 L 12/3; *Jung*, Die Health Claims Verordnung - Neue Grenzen gesundheitsbezogener Werbung für Lebensmittel, WRP 2007, 389, 391. Zur Umsetzung der VO 1924/2006 über den Rechtsbruchtatbestand der §§ 3, 4 Nr. 11 UWG z.B. LG Berlin v. 28.1.2010 - 52 O 185/09, BeckRS 2010, 08372.

Wirtschaftsordnung auf den Kopf, wonach erlaubt ist, was keinem Verbot unterliegt.⁸⁴ Zu einem so weitreichenden Regulierungsinstrument wird gegriffen, um einen Beitrag zur Ernährungserziehung zu leisten (Stichwort „dicke Kinder“).⁸⁵ Nährwert- und gesundheitsbezogene Angaben sollen „nicht zum übermäßigen Verzehr eines Lebensmittels ermutigen oder diesen wohlwollend darstellen“ und damit „den allgemein akzeptierten Ernährungs- und Gesundheitsgrundsätzen zuwiderlaufen“ bzw. „von vernünftigen Ernährungsgewohnheiten abbringen“.⁸⁶ Ob jedoch die von der Europäischen Behörde für Lebensmittelsicherheit für gut geheiene Aussage „WSTC I und II (wasserlösliches Tomatenkonzentrat) fördert die normale Blutpltchenaggregation und trägt zu einem gesunden Blutfluss bei“⁸⁷ bei einem durchschnittlichen Jugendlichen oder Senioren größere Lerneffekte auslöst als ein kräftiges Völlegefühl nach einer Mahlzeit, darf bezweifelt werden. Auch die generellen Anforderungen an zulässige Geschäftspraktiken wurden durch die Richtlinie 2005/29 verschärft, etwa im Hinblick auf vergleichende Werbung⁸⁸ und in Gestalt des Gebots, alle „wesentlichen Informationen“ ber ein Angebot offenzulegen.⁸⁹ Nicht zuletzt unterliegen einmal abgeschlossene Verträge über den Erwerb von Waren und Dienstleistungen seither⁹⁰ nicht mehr nur den vertragsrechtlichen Vorschriften zum Schutz der Verbraucher. Obwohl das Verbrauchervertragsrecht insbesondere durch Widerrufsrechte eine sorgsame Prüfung, ob man sich binden soll, ohnehin in erheblichem Umfang obsolet macht,⁹¹ unterwirft die Richtlinie 2005/29 das unternehmerische Handeln selbst *nach* Abschluss eines auf ein Produkt bezogenen Handelsgeschäfts der lauterkeitsrechtlichen Kontrolle.⁹² Nach Auffassung der Kommission folgt daraus zwar nicht, dass das Fehlen eines dauerhaften Serviceangebots als solches unlauter sei. Das vertraglich Versprochene aber müsse eingehalten werden.⁹³ Folglich kommt es zu einer lauterkeitsrechtlichen Kontrolle vertraglicher Beziehungen, die den auf der Eigenverantwortung der Partner fußenden Grundsatz, dass Verträge einzuhalten sind, jedenfalls nicht weiter stärken dürfte.⁹⁴

⁸⁴ Hierzu allgemein *Peukert* (Fn. 10), 77 ff. m.w.N. Für eine enge Auslegung der vom Einzelfall unabhängigen Werbeverbote vor diesem Hintergrund OLG Frankfurt am Main v. 16.4.2009 - 6 U 238/08, OLGR Frankfurt 2009, 750 f.; *Meisterernst*, Drei Jahre VO (EG) 1924/2006 über nährwert- und gesundheitsbezogene Angaben, WRP 2010, 481, 489; *Hagenmeyer*, Zweite Beleuchtung der Rechtsprechung zur VO (EG) 1924/2006 über nährwert- und gesundheitsbezogene Angaben, WRP 2010, 492, 499; zurückhaltend auch OLG Düsseldorf v. 23.01.2010 - I-20 U 183/09, WRP 2010, 1062 ff. - Underberg. Zur Vereinbarkeit solcher Positivlisten mit den Grundfreiheiten EuGH v. 5.2.2004 - Rs. 24/00 *Kommission/Frankreich* Slg. 2004, 1277 Rn. 21 ff. m.w.N.; EuGH v. 15.11.2007 - Rs. 319/05 *Kommission/Deutschland* Slg. 2007, I-09811 Rn. 79 ff.; für Unverhältnismäßigkeit der Verordnung vor diesem Hintergrund v. *Danwitz*, Nährwert- und gesundheitsbezogene Angaben im Visier des Gesetzgebers, GRUR 2005, 896, 897.

⁸⁵ *Meisterernst*, Ein Jahr VO (EG) 1924/2006 über nährwert- und gesundheitsbezogene Angaben, WRP 2008, 755.

⁸⁶ Siehe Art. 3 Abs. 2 lit. c, ErwGrd. 18 VO 1924/2006.

⁸⁷ *Meisterernst*, WRP 2010, 481, 486.

⁸⁸ Siehe Art. 4 lit. a RL 2006/114 und *Peukert*, ZHR 173 (2009), 536, 562.

⁸⁹ Siehe Art. 7 RL 2005/29; Münchener Kommentar-*Micklitz* (Fn. 16), EG E Rn. 42 („Es ist ja schließlich so, dass die Werbung den Verbraucher anspricht, und nicht der Verbraucher die Werbung nachfragt.“).

⁹⁰ Zum früheren deutschen UWG, das auf die Zeit nach Vertragsabschluss grundsätzlich nicht zur Anwendung kam, da die Wettbewerbshandlung beendet war, *Köhler/Bornkamm-Köhler* (Fn. 73), § 2 Rn. 70 ff.; *Beater* (Fn. 61), § 28 Rn. 39 ff.

⁹¹ Siehe die §§ 312-312g, 355-360, 495, 510 BGB sowie *Riesenhuber*, in diesem Band.

⁹² Siehe ErwGrd. 13 S. 3, Art. 3 Abs. 1 RL 2005/29; BGH v. 31.03.2010 - I ZR 34/08 - Gewährleistungsausschluss. Eingehend zum Verhältnis zwischen Vertrags- und Lauterkeitsrecht *Alexander*, Vertrag und unlauterer Wettbewerb (2002); *Leistner*, Richtiger Vertrag und lauterer Wettbewerb (2007).

⁹³ *Europäische Kommission* (Fn. 15), 7 f.

⁹⁴ Siehe zur Diskussion *Piper/Ohly/Sosnitza-Sosnitza* (Fn. 59), § 2 Rn. 21 f.; *Köhler/Bornkamm-Köhler* (Fn. 73), § 2 Rn. 74 ff.; *Köhler*, Unzulässige geschäftliche Handlungen bei Abschluss und Durchführung eines Vertrags, WRP 2009, 898 ff.; *Glöckner*, Der gegenständliche Anwendungsbereich des Lauterkeitsrechts nach der UWG-Novelle 2008 - ein Paradigmenwechsel mit Folgen, WRP 2009, 1175, 1181 ff.

Nicht zuletzt relativiert die Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken das Leitbild des verständigen Durchschnittsverbrauchers.⁹⁵ Gem. Art. 5 Abs. 3 RL 2005/29 werden Geschäftspraktiken, die voraussichtlich das wirtschaftliche Verhalten einer eindeutig identifizierbaren Gruppe schutzbedürftiger Verbraucher wesentlich beeinflussen, aus der Perspektive eines durchschnittlichen Mitglieds *dieser Gruppe* beurteilt. Kennzeichen schutzbedürftiger Konsumenten sind „geistige oder körperliche Gebrechen, Alter oder Leichtgläubigkeit“. Da eine geschäftliche Handlung nicht mehr aus der Sicht des aufmerksamen Durchschnittsverbrauchers, sondern z.B. eines schutzbedürftigen Durchschnittsjugendlichen eingeschätzt wird, stellt die Richtlinie strengere Anforderungen an zulässiges Marktverhalten als der EuGH im Rahmen der negativen Integration.⁹⁶ Handlungen, die gegenüber einer nicht besonders schutzwürdigen Zielgruppe noch zulässig sind, können gegenüber „geschäftlich Unerfahrenen“ unzulässig sein.⁹⁷ Zwar bewahrt eine solche Politik Jugendliche und andere Konsumentengruppen vor wirtschaftlichen Entscheidungen, die der Einzelne bereuen mag, weil sie etwa höhere finanzielle Belastungen auslösen als erwartet. Zugleich wird jedoch auch der Zustand „geschäftlicher Unerfahrenheit“ konserviert, da negative, aber deshalb lehrreiche Erfahrungen ausbleiben. Mit 18 Jahren wird man dann zum „nicht besonders schutzwürdigen“ Durchschnittskonsumenten, ist aber noch immer arglos, da es Raum zum Erlernen einer kritischen Konsumhaltung nicht gegeben hat.

Insgesamt erweist das B2C-Lauterkeitsrecht den Zusammenhang zwischen Selbstverantwortung und Freiheit. Wird Letztere großgeschrieben – wie unter dem Banner der Grundfreiheiten im Zuge der negativen Binnenmarktintegration – fungiert die Idee eines eigenverantwortlichen Verbrauchers als Regulativ, das unerwünschte Nebeneffekte kompensieren soll. Häufiger anzutreffen ist jedoch die gegenteilige Tendenz, bedenkliche Geschäftspraktiken von vornherein zu verbieten und mit dieser Einschränkung der Wettbewerbsfreiheit die Konsumenten von einer eigenverantwortlichen Entscheidung zu entlasten. Mehr denn je wird dieses Konzept von *empirischen* Kausalannahmen getragen, sei es in Bezug auf die Verbraucherpsychologie (Informationsökonomik)⁹⁸ oder die „Wahrheit“ werblicher Aussagen.⁹⁹ Über all diese Fakten droht die *normative* Funktion der Konsumenten-Selbstverantwortung in Vergessenheit zu geraten. Sie erzieht durch Erfahrungen, die in Ausübung von Freiheit gemacht werden, zu rationalem, auch kritischem Nachfrageverhalten. Wie der vor unerwünschten Konsequenzen weitestgehend geschützte

⁹⁵ BGH v. 6.4.2006 - I ZR 125/03, GRUR 2006, 776 Rn. 19 ff. - Handy-Klingeltöne; RegE UWG 2008 (Fn. 18), 17, 43 (der Schutz der erwähnten Gruppen sei der Richtlinie ein besonderes Anliegen); kritisch zu einer solchen Rücksichtnahme auf individuelle Befähigungen zu eigenverantwortlichem Handeln v. Hayek (Fn. 37), 102.

⁹⁶ Siehe *Europäische Kommission* (Fn. 15), 29 ff. (mit Beispielen problematischer Geschäftspraktiken, die sich an Behinderte, alte Menschen, Kinder oder Jugendliche richten); OGH v. 18.11.2008 - 4Ob163/08m, MR 2009, 52 - aonTV (für die Werbung für ein Finanzmarktprodukt sei das Verständnis der Kleinanleger und nicht eines Durchschnittsverbrauchers maßgeblich); Helm, Der Abschied vom „verständigen“ Verbraucher, WRP 2005, 931 ff.; Schumacher, The Unfair Commercial Practices Directive, in: Hilty/Henning-Bodewig (Hrsg.), Law Against Unfair Competition (2007), 127, 134; a.A. Glöckner/Henning-Bodewig, WRP 2005, 1311, 1330 (keine Rückkehr des leichtgläubigen Verbrauchers); Koch, Die Richtlinie gegen unlautere Geschäftspraktiken. Aggressives Geschäftsgebahren in Deutschland und England und die Auswirkungen der Richtlinie (2006), 295 (der Schutz der geschäftlich Unerfahrenen erhalte weniger Gewicht als bisher in Deutschland und England).

⁹⁷ BGH v. 6.4.2006 - I ZR 125/03, GRUR 2006, 776 Rn. 19 ff. - Handy-Klingeltöne (an Minderjährige gerichtete Werbung hat höhere Anforderungen an die Transparenz zu erfüllen).

⁹⁸ Siehe etwa Rehberg, Wettbewerb und Intervention, in: Zetzsche u.a. (Hrsg.), Recht und Wirtschaft, Jahrbuch junger Zivilrechtswissenschaftler 2007 (2008), 49, 67 f.; Leistner, Bestand und Entwicklungsperspektiven des Europäischen Lauterkeitsrechts, ZEuP 2009, 56, 74 ff. (verbraucherschützende Vorschriften im Sinne einer Verfeinerung ökonomischer Modelle gutzuheißen).

⁹⁹ Siehe ErwGrd. 14, 23, 28 VO 1924/2006.

Verbraucher eine solche Einstellung erlernen soll – darauf gibt das europäische Lauterkeitsrecht keine Antwort.¹⁰⁰

III. B2B-Lauterkeitsrecht und die Selbstverantwortung von Unternehmern

Während der Appell an die Selbstverantwortung die Verbraucher dazu bringen soll, ihre Nachfrageentscheidung sorgfältig zu bedenken, bezieht sich die selbstbezügliche Eigenverantwortung der Unternehmer¹⁰¹ auf deren Wettbewerbsposition (dazu 1). Die drittbezogene Selbstverantwortung, also eine Haftung für die Auswirkungen eigenen Verhaltens bei anderen, kommt lauterkeitsrechtlich ohnehin nur für die allein passivlegitimierten Unternehmer in Betracht.¹⁰² Auf diese Dimension der Eigenverantwortung im Verhältnis zwischen Unternehmern (B2B) wird abschließend einzugehen sein (dazu 2).

1. Verantwortung für die eigene Wettbewerbsposition

Die Rolle des Unternehmers im Wettbewerb erschöpft sich nicht in einzelnen, isoliert nebeneinanderstehenden Geschäften. Vielmehr zeichnet sich die gewerbliche, handwerkliche oder sonst selbständige berufliche Tätigkeit natürlicher und juristischer Personen durch ein aufeinander bezogenes Gewebe von Angebots- und Nachfrageaktivitäten aus.¹⁰³ Jene finden auf einem oder mehreren Märkten statt und sind dort jeweils mehr oder weniger intensivem Wettbewerb ausgesetzt. Ihren Niederschlag finden sie im Unternehmen als Summe der Rechte und Verpflichtungen, der Kundenbeziehungen und des Goodwill.

Die selbstbezügliche unternehmerische Eigenverantwortung bedeutet vor diesem Hintergrund, die Auswirkungen eigener geschäftlicher Handlungen auf das eigene Unternehmen und dessen Wert zu (er-)tragen. Dabei kann es um die Folgen der Einhaltung (lauterkeits-)rechtlicher Vorgaben gehen.¹⁰⁴ Regelmäßig bedeutsamer sind in einer Marktwirtschaft jedoch die genuin unternehmerischen Entscheidungen, wie diejenige, ob man die Nachfrage zutreffend eingeschätzt oder eine geschäftliche Gelegenheit wahrgenommen hat. Lag man richtig, streicht man eine Produzentenrente ein. Lag man falsch, scheidet man in letzter Konsequenz aus dem Wettbewerb aus. Soll die unternehmerische Selbstverantwortung ein Grundsatz des deutschen und europäischen Lauterkeitsrechts sein, dürfen diese Effekte nur *ausnahmsweise* durch vorbeugende Verbote konkurrenzierenden Verhaltens der Mitbewerber oder nachträglichen Ausgleich eigener Einbußen abgemildert werden. Erfolg und Misserfolg eines Unternehmers müssen sich grundsätzlich außerrechtlich im Wettbewerb entscheiden. Der unverfälschte, also namentlich der nicht auf Täuschung und Gewalt beruhende

¹⁰⁰ Aus dieser Warte könnte die teilweise konsumkritisch motivierte Verbraucherschutzbewegung ihr Gegenteil befördern, nämlich einen zwar widerrufsfreudigen, aber letztlich doch nachlässigen Konsumismus; siehe *Bauman*, *Leben als Konsum* (2009).

¹⁰¹ Dieser personifizierende Terminus wird hier wegen seiner Verwendung im deutschen (§ 2 Abs. 1 Nr. 6 UWG) und europäischen („Gewerbetreibender“, Art. 2 lit. b RL 2005/29) Lauterkeitsrecht gewählt. Diese Begrifflichkeit darf aber nicht darüber hinwegtäuschen, dass überwiegend juristische Personen agieren und sich unter Berücksichtigung des nur auf natürliche Personen wirkenden Erziehungseffekts der Selbstverantwortung die Folgefrage stellt, inwieweit jene als verfassungsmäßige Vertreter, Mitarbeiter etc. für lauterkeitsrechtliche Verstöße einzustehen haben; siehe dazu §§ 2 Abs. 1 Nr. 6, 8 Abs. 2 UWG und Köhler/Bornkamm-Köhler (Fn. 73), § 2 Rn. 120 ff., § 8 Rn. 2.32 ff.

¹⁰² Oben II 1. (S. 404 f.)

¹⁰³ Siehe §§ 2 Abs. 1 Nr. 1, 6, Abs. 2 UWG, 13 BGB.

¹⁰⁴ Siehe zur Einhaltung des UWG OLG Hamburg v. 16.1.2003 - 5 U 61/02, OLGR Hamburg 2003, 484, juris Rn. 18.

Wettbewerb ist der „Zufall“, der dem Herrn im Sonderdeliktsrecht UWG schadet.¹⁰⁵ Wäre dem nicht so, würde der normative Impetus der Eigenverantwortung verfehlt, der in diesem Kontext einen Anreiz zu aktivem und eine Bestrafung passiven Wettbewerbsverhaltens bedeutet.

Wie im Hinblick auf die Selbstverantwortung von Verbrauchern ausgeführt, beruhen das deutsche und europäische Lauterkeitsrecht in der Tat auf diesem wettbewerbspolitischen Leitbild.¹⁰⁶ Das deutsche UWG bringt dies durch seine überwölbende Zielsetzung zum Ausdruck, das Interesse der Allgemeinheit an einem unverfälschten Wettbewerb (§ 1 S. 2 UWG) und damit jene Funktionen zu schützen, die wirtschaftlichem Wettbewerb zugeschrieben werden. Das ist aber nur möglich, wenn die Lenkung von Angebot und Nachfrage, die leistungsgerechte Verteilung von Gewinnen und die Anreize zum Fortschritt wirklich vom Wettbewerb ausgehen können und nicht von der Rechtsordnung vorgegeben werden.¹⁰⁷

Dementsprechend steht es einem Unternehmer in ständiger Rechtsprechung „im Rahmen der geltenden marktwirtschaftlich orientierten Wirtschaftsordnung ... grundsätzlich frei, seine Preisgestaltung *in eigener Verantwortung* vorzunehmen und auch die Preise von Konkurrenten zu unterbieten“.¹⁰⁸ Hiervon gedeckt ist auch ein Verkauf unterhalb des Einstandspreises. Nur ausnahmsweise („unter besonderen Umständen“) untersagt die Rechtsprechung eine solche Verkaufsstrategie als unlautere Behinderung von Mitbewerbern bzw. als allgemeine Marktbehinderung (§§ 3, 4 Nr. 10 UWG), wenn die Preisunterbietung sachlich nicht gerechtfertigt ist *und* dazu führen kann, dass Mitbewerber vom Markt verdrängt werden *und* der Wettbewerb dadurch auf diesem Markt völlig oder nahezu aufgehoben wird. Der klagende Unternehmer muss substantiiert darlegen, dass sich das Verhalten des Preisunterbieters kaufmännisch nur damit erklären lässt, dass auf diese Weise Mitbewerber aus dem Markt gedrängt und auf längere Sicht auskömmliche Preise erzielt werden können. Bei diesen, auf Erhaltung einer dynamischen Wettbewerbsstruktur ausgerichteten Überlegungen, wird auch berücksichtigt, dass ein solches Vorgehen regelmäßig nur für Unternehmen mit hohem Marktanteil, großer Finanzkraft und auch nur auf Märkten mit hohen Zutrittsschranken in Betracht kommt.¹⁰⁹

Am Beispiel der grundsätzlichen Freiheit, Preise eigenverantwortlich festzulegen, lässt sich ersehen, dass die stete Herausforderung für das Lauterkeitsrecht in der Entscheidung darüber besteht, welche Handlungsverbote als Vorbedingungen eines im Übrigen unkontrolliert laufenden, unverfälschten Wettbewerbs erforderlich sind und welche auf eine dysfunktionale Sicherung bzw. Umverteilung von Marktanteilen und -chancen hinauslaufen. Nachweisen ließe sich dies etwa auch an der Frage, inwieweit es Mitbewerbern gestattet ist,

¹⁰⁵ Zum Grundsatz „casum sentit dominus“ im allgemeinen Deliktsrecht *Schaub*, in diesem Band. Dass es sich dabei nicht um Zufall, sondern um hoheitlich unkontrollierten, aber rechtlich gebilligten Zwang handelt, unten IV. (S. 419 ff.)

¹⁰⁶ Oben II 1.; ferner *Peukert* (Fn. 10), 349 ff. (deutsches Lauterkeitsrecht); *ders.*, ZHR 173 (2009), 536, 542 ff. (europäisches Lauterkeitsrecht)

¹⁰⁷ Siehe *Thouvenin* (Fn. 2), 77 ff. m.w.N.; *Beater* (Fn. 61), § 12 Rn. 37 f.; *Herdzina*, Wettbewerbspolitik (5. Aufl. 1999), 20 ff.

¹⁰⁸ St. Rspr.; vgl. BGH v. 31.1.1979 - I ZR 21/77, GRUR 1979, 321, 322 - Verkauf unter Einstandspreis I; BGH v. 27.10.1988 - I ZR 29/87, GRUR 1990, 371, 372 - Preiskampf; BGH v. 4.4.1995 - KZR 34/93, BGHZ 129, 203, 212 - Hitlisten-Platten; BGH v. 6.10.1983 - I ZR 39/83, GRUR 1984, 204, 206 - Verkauf unter Einstandspreis II; BGH v. 30.3.2006 - I ZR 144/03, GRUR 2006, 596 Rn. 13 ff. - 10% billiger; BGH v. 02.10.2008 - I ZR 48/06, GRUR 2009, 416 Rn. 13 ff. - Küchentieftpreis-Garantie; entsprechend für Mitgliedsbeiträge BAG v. 31.5.2005 - 1 AZR 141/04, NJW 2005, 3019 Rn. 35.

¹⁰⁹ BGH v. 31.1.1979 - I ZR 21/77, GRUR 1979, 321, 323 - Verkauf unter Einstandspreis I; BGH v. 29.9.1982 - I ZR 88/80, 95 - ADAC-Verkehrsrechtsschutz; BGH v. 27.10.1988 - I ZR 29/87, GRUR 1990, 371, 372 - Preiskampf; BGH v. 2.10.2008 - I ZR 48/06, GRUR 2009, 416 Rn. 25 - Küchentieftpreis-Garantie; Köhler/Bornkamm-Köhler (Fn. 73), § 4 Rn. 12.15 f.; Piper/Ohly/Sosnitza-Sosnitza (Fn. 59), § 4.1 Rn. 1/83.

Konkurrenzprodukte und Geschäftsmodelle zu imitieren. Auch insoweit gilt ein Grundsatz der *Nachahmungsfreiheit*, der jenseits der Immaterialgüterrechte nur ausnahmsweise bei vermeidbaren Herkunftstäuschungen, Rufschädigungen oder einer unredlichen Erlangung der hierfür erforderlichen Kenntnisse durchbrochen wird.¹¹⁰ Denn es ist wettbewerbsrechtlich nicht zu beanstanden, wenn ein Mitbewerber die Nachfrage ausnützt, die durch die erfolgreiche Tätigkeit eines Konkurrenten ausgelöst worden ist.¹¹¹

Jedoch ist auch für das B2B-Lauterkeitsrecht zu konstatieren, dass das UWG die grundsätzliche Freiheit zur eigenverantwortlichen Wahl der Preis- und Leistungsparameter nicht immer im selben Ausmaß akzeptiert. Exemplarisch hierfür ist die wettbewerbsrechtliche Beurteilung anzeigenfinanzierter Zeitungen, die das klassische Geschäftsmodell entgeltlich vertriebener Blätter in Frage stellen.¹¹² Zwar hat die Rechtsprechung in einschlägigen Entscheidungen stets betont, es sei nicht Aufgabe des Wettbewerbsrechts, den Bestand vorhandener wettbewerblicher Strukturen zu bewahren und wirtschaftlichen Entwicklungen entgegenzusteuern, in denen die bisherigen Marktteilnehmer eine Bedrohung ihres Kundenstamms erblicken. Denn es sei „gerade Sinn der Wettbewerbsrechtsordnung, dem freien Spiel der Kräfte des Marktes im Rahmen der gesetzten Rechtsordnung Raum zu gewähren“.¹¹³ In den 1950er und 60er Jahren waren das indes eher Lippenbekenntnisse. Unter Berufung auf ein Urteil des Reichsgerichts aus der NS-Zeit hielt der BGH 1958 ein „Offertenblatt“ bereits dann für sittenwidrig, wenn jenes auch nur eine ernstliche Gefährdung des Bestandes der übrigen Tageszeitungen bedeuten würde. Unter Berücksichtigung der „gesunden Anschauung der beteiligten Verkehrskreise“ seien „Auswüchse des Wettbewerbs“ zu steuern und eine „untragbare allgemeine Beunruhigung des wirtschaftlichen Lebens“ zu verhindern.¹¹⁴ 1968 waren derartige Formulierungen zwar verschwunden. „Das Informationsbedürfnis solcher Bevölkerungsteile, die keinerlei Entgelt für Informationen aufbringen wollen“, rechtfertigte jedoch noch immer „nicht die Billigung auch solcher Wettbewerbsmethoden, die wegen ihrer Auswirkungen für das übrige Pressewesen dem Allgemeininteresse zuwiderlaufen“.¹¹⁵ In den 1980er Jahren wurde der Gratisvertrieb bereits als „ein in sich konsequentes und einzelwirtschaftlich sinnvolles System, Werbekontakte herzustellen und zu vermarkten“ gewürdigt und nur noch in Frage gestellt, wenn hieraus „eine konkrete ernste Gefahr für den Bestand des Wettbewerbs“ erwachse.¹¹⁶ Doch erst im letzten Jahrzehnt rückte der BGH unter dem liberalisierenden Einfluss der Grundrechte und Grundfreiheiten wieder den Ausnahmecharakter des Verbots kostenloser Tageszeitungen in den Vordergrund. Demnach können entgeltlich vertriebene Zeitungen im Rahmen der

¹¹⁰ Siehe § 4 Nr. 9 UWG sowie ausführlich Peukert (Fn. 10), 376 ff. m.w.N.

¹¹¹ BGH v. 13.10.1965 - Ib ZR 111/63, BGHZ 44, 288, juris Rn. 41 - Apfel-Madonna.

¹¹² Dazu eingehend *Lux*, Der Tatbestand der allgemeinen Marktbehinderung (2006), 95 ff.

¹¹³ BGH v. 27.1.1956 - I ZR 146/54, GRUR 1956, 223, 224 - Freiburger Wochenblatt; BGH v. 18.12.1968 - I ZR 113/66, GRUR 1969, 287, 289 - Stuttgarter Wochenblatt; BGH v. 12.10.1989 - I ZR 155/87, GRUR 1990, 44, 45 - Annoncen-Avis; BGHZ v. 14.03.1991 - 114, 82, 84 - Motorboot-Fachzeitschrift; BGH v. 26.3.1998 - I ZR 222/95, GRUR 1999, 256, 258 - 1000,- DM Umwelt-Bonus; BGH v. 20.11.2003 - I ZR 151/01, BGHZ 157, 55 Rn. 24 - 20 Minuten Köln.

¹¹⁴ BGH v. 27.1.1956 - I ZR 146/54, GRUR 1956, 223, 225 - Freiburger Wochenblatt mit Verweis auf RG GRUR 1938, 207, 209 - Persil.

¹¹⁵ BGH v. 18.12.1968 - I ZR 113/66, GRUR 1969, 287, 289 f. - Stuttgarter Wochenblatt.

¹¹⁶ BGH v. 3.7.1981 - I ZR 84/79, GRUR 1982, 53, 55 - Bäckerfachzeitschrift; BGH v. 22.11.1984 - I ZR 98/82, GRUR 1985, 881, 882 - Bliestal-Spiegel; BGH v. 12.10.1989 - I ZR 155/87, GRUR 1990, 44, 45 - Annoncen-Avis. Mangels eines Nachweises von Umsatzrückgängen waren jedoch auch die früheren Verfahren gegen Anzeigenblätter letztlich überwiegend erfolglos geblieben; siehe BGH v. 27.1.1956 - I ZR 146/54, GRUR 1956, 223, 226 - Freiburger Wochenblatt; BGH v. 26.3.1971 - I ZR 128/69, GRUR 1971, 477 ff. - Stuttgarter Wochenblatt II; BGH v. 20.11.2003 - I ZR 151/01, BGHZ 157, 55 Rn. 21 ff. - 20 Minuten Köln; anders für einen „geschlossenen Markt weniger Zeitschriften“ BGH v. 14.3.1991 - I ZR 55/89, GRUR 1991, 616 f. - Motorboot-Fachzeitschrift; OLG Hamburg v. 28.9.2006 - 3 U 78/05, WRP 2007, 210, juris Rn. 65 ff.

wettbewerblichen Beurteilung nicht auf eine höhere Stufe gestellt werden als anzeigenfinanzierte. Im Gegenteil, die extrem hohen Marktzutrittschancen auf den Pressemärkten ließen neuen Anbietern kaum eine andere Wahl, als sich über Gratisverteilungen zu etablieren.¹¹⁷ Folglich lösen selbst nachweisbare Absatzrückgänge bei etablierten Marktteilnehmern kein Verbot mehr aus. Voraussetzung hierfür sind vielmehr greifbare Anhaltspunkte, dass der kostenlose Vertrieb zu einer dauerhaften Abgabe unter Selbstkosten führt und auf diese Weise der Bestand des Wettbewerbs auf Pressemärkten gefährdet wird.¹¹⁸

In dieser wie in anderen Fallgruppen hat sich das Lauterkeitsrecht so weit aus dem Marktgeschehen zurückgezogen, dass es in Komplementarität zum Kartellrecht nur noch für die Aufrechterhaltung eines unverfälschten Wettbewerbs im Allgemeininteresse sorgt.¹¹⁹ Über den Erfolg oder Misserfolg eines Unternehmers entscheidet dann nicht der Code des Rechtssystems, sondern der Code des Wirtschaftssystems.¹²⁰ Gleichwohl wird das Lauterkeitsrecht immer eine Rechtsgrundlage bleiben, auf die sich bedrängte Marktteilnehmer stützen, um aufstrebende Konkurrenten fernzuhalten und sich so dem Tadel des Wettbewerbs zu entziehen. Nicht selten haben deutsche Gerichte einer solchen Flucht aus der unternehmerischen Eigenverantwortung ihre Hand gereicht.¹²¹

2. Verantwortung für fremde Wettbewerbspositionen

Die Selbstverantwortung von Unternehmern wurde bisher in ihrer Bedeutung für die eigene Wettbewerbsposition beleuchtet. Anders als Verbraucher haften Unternehmer aber auch für die Auswirkungen ihrer geschäftlichen Handlungen auf Dritte. Während die selbstbezügliche Eigenverantwortung nicht zu stark eingeschränkt werden darf, um diese Triebfeder einer dezentralen Mehrplanwirtschaft nicht auf Dauer zu schwächen, sollte die drittbezogene Selbstverantwortung begrenzt sein, damit unternehmerische Aktivität nicht durch unkalkulierbare Haftungsrisiken ausgebremst wird.¹²²

Mit der Betrachtung der drittbezogenen Eigenverantwortung wechselt die Perspektive. Stand bisher der *reagierende* Marktteilnehmer im Vordergrund, der seine Pläne nach Maßgabe der Wettbewerbssituation ggf. anpassen muss, so ist es nunmehr der *proaktive* Mitbewerber, der sich dem Vorwurf unlauteren Verhaltens ausgesetzt sieht, weil hiervon andere in unhaltbarer

¹¹⁷ BGH v. 20.11.2003 - I ZR 120/00, WRP 2004, 746, 749 - Zeitung zum Sonntag; BGH v. 20.11.2003 - I ZR 151/01, BGHZ 157, 55 Rn. 20 - 20 Minuten Köln; BGH v. 29.10.2009 - I ZR 180/07, GRUR 2010, 455 Rn. 21 - Stumme Verkäufer II.

¹¹⁸ BGH v. 29.10.2009 - I ZR 180/07, GRUR 2010, 455 Rn. 20 ff. - Stumme Verkäufer II. Strenger zuvor noch BGH v. 20.11.2003 - I ZR 151/01, BGHZ 157, 55 Rn. 20 - 20 Minuten Köln (es genüge die Gefährdung des Bestands eines meinungsbildenden Blattes durch ein Konkurrenzprodukt, das diese Funktionen nicht wahrnehmen könne).

¹¹⁹ Siehe zur allgemeinen Marktstörung als Anwendungsfall des § 3 UWG *Lux* (Fn. 112), *passim*.

¹²⁰ Siehe *Luhmann*, Die Gesellschaft der Gesellschaft (1997), 388, 562 ff.

¹²¹ Beispiele aus der dem Bereich des wettbewerbsrechtlichen Leistungsschutzes: BGH v. 15.5.1968 - I ZR 105/66, GRUR 1968, 698 (Kläger mit größtem Marktanteil für Rekordspritzen gegen einen Kleinbetrieb, der Ersatzteile und identische Produkte vertrieb); BGH v. 28.01.1988 - I ZR 34/86, GRUR 1988, 385 ff. (Kläger belieferte 1100 von 1200 Wäschereien mit dem streitgegenständlichen Kennzeichnungsband; der Beklagte berief sich auf das Interesse der Wäschereien an niedrigeren Preisen); BGH v. 8.12.1999 - I ZR 101/97, GRUR 2000, 521, 523 - Modulgerüst (der unstrittige Marktanteil des klägerischen Unternehmens betrage 70%); BGH v. 12.12.2002 - I ZR 221/00, GRUR 2003, 359 (nur die beiden Parteien böten die streitgegenständlichen Pflegebetten an); BGH v. 28.10.2004 - I ZR 326/01, GRUR 2005, 166 (der Marktanteil der Klägerin betrage 82%, derjenige der Beklagten 9%); BGH v. 21.9.2006 - I ZR 270/03, GRUR 2007, 339, 343 (aus hohen Verkaufszahlen sei auf erhebliche Bekanntheit und aus dieser auf eine „mittlerweile“ durchschnittliche Bekanntheit zu schließen); LG Frankfurt v. 23.8.2006 - 2-06 O 272/06 ZUM-RD 2006, 530, 532 f. (Herkunftstäuschung in Bezug auf eine Reisebürosoftware mit einem Marktanteil von 80%).

¹²² Oben I 2. (S. 400 f.)

Weise betroffen seien. Geht es dabei um die Beeinträchtigung von Verbraucherinteressen, ergibt sich die Drittverantwortung von Unternehmern spiegelbildlich aus den Ausführungen zum B2C-Lauterkeitsrecht. Soweit den Konsumenten eine informierte, eigenverantwortliche Entscheidung abverlangt wird, haften die Unternehmer nicht. Bildet hingegen der flüchtige, geschäftlich unerfahrene Verbraucher das Leitbild, muss der Unternehmer seine Geschäftspraktiken entsprechend ausrichten und übernimmt ein höheres Maß drittbezogener Verantwortung.¹²³ Zu erörtern bleibt damit noch die Bedeutung der unternehmerischen Eigenverantwortung im Verhältnis zu Mitbewerbern (B2B).¹²⁴

Dargelegt wurde bereits, dass die lauterkeitsrechtlichen Verbotstatbestände das Wettbewerbsverhalten von Unternehmern nur ausnahmsweise unterbinden. Das UWG basiert also wie alle gesetzlichen Schuldverhältnisse auf dem Grundsatz enumerativer Haftung.¹²⁵ Bereits hieraus folgt eine maßgebliche Beschränkung drittbezogener Verantwortung. Wo die kodifizierten Verbote des Lauterkeitsrechts nicht hinreichen, hat jeder, gerade auch der nur mittelbar oder reflexhaft Berührte, die Folgen des wirtschaftlichen Wettbewerbs hinzunehmen.¹²⁶

Des Weiteren sind auch die in den §§ 8 ff. UWG geregelten Rechtsfolgen einer unlauteren geschäftlichen Handlung im Interesse der Vorhersehbarkeit der Haftung begrenzt. Dies gilt insbesondere für die Reichweite des Unterlassungs- und Beseitigungsanspruchs, wenn dieser sich nicht gegen den unmittelbaren Täter oder einen Teilnehmer an der unlauteren geschäftlichen Handlung richtet, sondern gegen einen Dritten, der zwar in irgendeiner Weise willentlich und adäquat kausal zum Gesetzesverstoß beigetragen hat, dessen Verhalten als solches jedoch nicht unlauter ist (z.B. Betreiber einer Auktionsplattform im Internet). Die Haftung eines solch mittelbaren Störers setzt stets die Verletzung zumutbarer Verhaltens-, insbesondere von Prüfungspflichten voraus. Inwieweit dem als Störer in Anspruch Genommenen eine Prüfung zuzumuten ist, richtet sich nach den jeweiligen Umständen des Einzelfalls unter besonderer Berücksichtigung der „Eigenverantwortung“ desjenigen, der die rechtswidrige Beeinträchtigung selbst unmittelbar vorgenommen hat.“¹²⁷

Erneut sei der Pressebereich als Beispiel herangezogen. Einerseits haftet ein Unternehmer nicht für die Gestaltung redaktioneller Beiträge, in denen über seine Produkte oder seine Geschäftstätigkeit berichtet wird, da dies „im eigenen Verantwortungsbereich des Presseorgans“ geschieht.¹²⁸ Andererseits ist die Haftung der Presse ebenfalls erheblich eingeschränkt. Gem. § 9 S. 2 UWG kann ein Schadensersatzanspruch wegen einer unlauteren

¹²³ Oben II 2. (S. 405 ff.)

¹²⁴ Im Verhältnis zur Allgemeinheit kann man von einer wettbewerbsrechtlichen Marktstrukturverantwortung der Unternehmer sprechen. So überprüfen die Gerichte das Verhalten eines Unternehmens um so genauer, „ob es seiner marktbedingt gesteigerten Verantwortung genügt“, je überragender seine Marktstellung, geringer der Restwettbewerb und höher die Marktzutrittschancen sind; siehe BGH v. 26.3.1998 - I ZR 222/95, GRUR 1999, 256, 258 - 1000,- DM Umwelt-Bonus.

¹²⁵ Dazu *Peukert* (Fn. 10), 527 ff. sowie *Schaub*, in diesem Band.

¹²⁶ So wurde der Werbehinweis eines Kreditvermittlers, dass Kredite „ohne Unterschrift des Ehepartners“ vermittelt würden, nicht deshalb als unlauter beurteilt, weil sie einen Ehegatten dazu verleiten kann, hinter dem Rücken des Ehepartners durch leichtfertige Kreditaufnahme den Familienhaushalt untragbar zu belasten oder sonst den Ehefrieden zu stören. Solche Konsequenzen seien hinzunehmen, denn „eine freiheitliche Wettbewerbsordnung geht von der Verantwortlichkeit des Werbenden, aber auch mit gleichem Rang von der Verantwortlichkeit und dem Verantwortungsbewusstsein des angesprochenen Bürgers aus“; OLG Hamm v. 14.8.1980 - 4 U 132/80, MDR 1981, 54, juris Rn. 33.

¹²⁷ BGH v. 10.10.1996 - I ZR 129/94, GRUR 1997, 313, 316 - Architektenwettbewerb; BGH v. 10.4.1997 - I ZR 3/95, GRUR 1997, 909, 911 - Branchenbuch-Nomenklatur; BGH v. 17.5.2001 - I ZR 251/99, BGHZ 148, 13, 17 f. - *ambiente.de*; BGH v. 21.2.2002 - I ZR 281/99, GRUR 2002, 902, 904 - *Vanity-Nummer*; BGH v. 15.5.2003 - I ZR 292/00, GRUR 2003, 969 Rn. 33 - Ausschreibung von Vermessungsleistungen; BGH v. 11.3.2004 - I ZR 304/01, BGHZ 158, 236, 251 - *Internet-Versteigerung*; BGH v. 1.4.2004 - I ZR 317/01, BGHZ 158, 343, 350 - *Schöner Wetten*; BGH v. 9.2.2006 - I ZR 124/03, WRP 2006, 1109 Rn. 32. Entsprechend v. *Hayek* (Fn. 37), 107.

¹²⁸ BGH v. 18.2.1993 - I ZR 14/91, GRUR 1993, 561, juris Rn. 18 - *Produktinformation*.

Publikation gegen verantwortliche Personen von periodischen Druckschriften nur bei einer vorsätzlichen Zuwiderhandlung geltend gemacht werden. Bei der Veröffentlichung wettbewerbswidriger Anzeigen kommt eine mittelbare Störerhaftung des Medienunternehmens nur im Fall grober, unschwer zu erkennender Verstöße in Betracht. Diese Haftungsschranken sollen verhindern, dass eine aktive Wahrnehmung der Kommunikationsgrundrechte über Gebühr erschwert wird.¹²⁹ Wiederum stehen Freiheit (hier der Presse) und Selbstverantwortung (hier der Werbenden) in engem Zusammenhang.

IV. Fazit: Freiheit, Selbstverantwortung und Zwang

Festzuhalten ist, dass das deutsche und das europäische Lauterkeitsrecht von einem Grundsatz der Selbstverantwortung ausgehen und diesen zugleich verwirklichen, indem sich eigenverantwortliches Wettbewerbsverhalten grundsätzlich nach Maßgabe der außerrechtlichen Bedingungen des Marktes abspielt und nur insoweit unterbunden wird, als ein Akteur die Funktionsweise des Wettbewerbs namentlich durch Täuschung und Gewalt beeinträchtigt. Der Zweck und zugleich die Begrenztheit der UWG-Haftung erzeugen einen Bereich, in dem die Folgen geschäftlicher Entscheidungen und wettbewerblicher Prozesse hingenommen werden müssen. Allerdings nimmt das Lauterkeitsrecht den Marktteilnehmern auch häufig die Last ab, geschäftliche Entscheidungen sorgfältig zu erwägen und deren Auswirkungen anschließend zu ertragen. Stattdessen werden unternehmerische Aktivitäten von vornherein untersagt, um unerfahrene Konsumenten oder etablierte Mitbewerber zu schützen.

Die Aufspaltung des Lauterkeitsrechts in einen B2C- und einen B2B-Zweig dürfte diese Tendenzen verstärken. Dadurch gerät nämlich aus dem Blick, dass Freiheit und Selbstverantwortung systemische Ordnungsprinzipien sind, die nur bei einer ganzheitlichen Perspektive auf der Basis eines Bedingungs Zusammenhangs zwischen Person, relationaler Freiheit und Verantwortung zutreffend erfasst werden. Nach *Kant* ist „Person ... dasjenige Subjekt, dessen Handlungen einer Zurechnung fähig sind.“¹³⁰ Wird diese Person als freie gedacht,¹³¹ kann die Zurechnung von Handlungsfolgen ihren Grund wiederum nur in dieser freien Person finden. Freiheit und Verantwortung sind dann untrennbar, *und zwar im Verhältnis aller zu allen*.¹³² Betrachtet man hingegen nur partikulare Interessen – wie der europäische Gesetzgeber den Schutz der Verbraucher oder wie zumindest ehemals die deutschen Gerichte den Schutz wohlbekannter Unternehmen –, bleiben damit notwendig verbundene Freiheitseinschränkungen aktiver Unternehmen und das Ausbleiben wertvoller Lernerfolge aus ggf. negativen Erfahrungen unberücksichtigt.

Freilich darf eine solche Rekonstruktion von Freiheit und Selbstverantwortung über eines nicht hinwegtäuschen: Eine mit diesen normativen Grundsätzen operierende Wirtschafts- und Gesellschaftsordnung ist alles andere als frei von *Zwängen*.¹³³ Unternehmer sind gezwungen,

¹²⁹ Siehe BGH v. 9.11.2000 - I ZR 167/98, GRUR 2001, 529, 531 - Herz-Kreislauf-Studie; BGH v. 10.10.1996 - I ZR 129/94, WRP 1997, 325 - Architektenwettbewerb; BGH v. 19.3.1992 - I ZR 166/90, GRUR 1993, 53, 54 - Ausländischer Inserent; BGH v. 7.5.1992 - I ZR 119/90, WRP 1992, 640 - Pressehaftung I und II; BGH v. 10.4.1997 - I ZR 3/95, WRP 1997, 1059 - Branchenbuch-Nomenklatur; BGH v. 17.5.2001 - I ZR 251/99, WRP 2001, 1305, 1308 - ambiente.de.

¹³⁰ *Kant*, Die Metaphysik der Sitten, Werke in zwölf Bänden, Band 8 (1798/1977), 329.

¹³¹ Dazu *Kant*, Grundlegung zur Metaphysik der Sitten, Werke in zwölf Bänden, Band 7 (2. Aufl. 1786/1977), 82 f.

¹³² *Kant* (Fn. 131), 82 f.; v. *Hayek* (Fn. 37), 93 ff.; *F. Bydlinski* (Fn. 31), 99 ff.; *Drexler* (Fn. 77), 9; *Flume*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Zweiter Band, Das Rechtsgeschäft (4. Aufl. 1992), 61 (zur Selbstbestimmung gehöre die Selbstverantwortung).

¹³³ Siehe *M. Weber*, Wirtschaft und Gesellschaft (5. Aufl. 1972), 439 f.; a.A. v. *Hayek* (Fn. 37), 101 („Es [die Zuschreibung von Verantwortung, A.P.] ist eine Einrichtung, die die Gesellschaft wegen unserer Unfähigkeit, in

sich an die Nachfrage und Konkurrenzangebote anzupassen. Eine geschäftliche Fehleinschätzung wird sonst „ihre unerbittliche Sühne in Verlusten und schließlich durch den Konkurs im Ausscheiden aus der Reihe der für die Produktion Verantwortlichen finde[n]“. ¹³⁴ Verbraucher müssen sich über günstige Angebote informieren, um Preis- und Qualitätsvorteile genießen zu können. Nicht zuletzt sind die meisten Menschen gezwungen, ihre Arbeitskraft in Konkurrenz zu anderen und entsprechend der Nachfrage zu Markte zu tragen. Gibt es für eine bestimmte Fähigkeit – und sei sie noch so außergewöhnlich – keinen Bedarf, muss man seinen Lebensunterhalt anderweitig bestreiten. ¹³⁵

Diese sehr wirksamen Zwänge, die weitreichende psychosozialen Folgen haben, ¹³⁶ werden nun nicht durch eine hierarchisch organisierte Zentralgewalt ausgeübt, sondern gehen in heterarchischer Weise von den Privatrechtssubjekten selbst aus. ¹³⁷ Sie werden von der Rechtsordnung institutionalisiert, indem diese die Entscheidung über den Erfolg von Angebot und Nachfrage auf außerrechtliche Kriterien verweist, die Ergebnisse des Prozesses grundsätzlich mit Bindungswirkung versieht und nötigenfalls mit dem staatlichen Gewaltmonopol durchsetzt. In einer sozialen Marktwirtschaft ¹³⁸ erfolgt diese Delegation wie dargestellt allerdings unter vielfältigen Kautelen und Einschränkungen. Einerseits stellt sich ein solch dezentrales System gegen die Konzentration von Macht. Niemand, auch nicht der Staat, kann und soll die unzähligen Transaktionen und ihre Zusammenhänge kontrollieren; niemand hält die Fäden in der Hand. Dies bedeutet einen Freiheitsgewinn im Sinne einer Abwesenheit dirigistisch-autoritärer Anordnungen. ¹³⁹ Andererseits intensiviert sich der Wirkungsgrad heterarchischen Zwangs, je breiter private Macht gestreut ist. Je mehr Anbieter bzw. Nachfrager mit jeweils relativ kleiner Marktmacht konkurrieren, desto weniger individuelle Entscheidungsfreiheit kommt ihnen jeweils zu. ¹⁴⁰

Der Appell der Selbstverantwortung dient dazu, diese Paradoxien unsichtbar zu machen und die bestehenden Zwänge einer liberalen Wirtschaftsordnung zu rechtfertigen. An diesem Punkt setzen denn auch Kritiker an und reklamieren, ein solches System generiere keine „Freiheit“, sondern Disziplinierung. ¹⁴¹ Wenn diese Kritik jedoch so weit geht, nicht mehr nur das Maß geforderter Eigenverantwortung zu beklagen, sondern das Prinzip als solches in Frage zu stellen, dann sollte dies nur im Vergleich zu Alternativen geschehen. Denn menschliches Zusammenleben impliziert stets ungefragte gegenseitige Einwirkungen. Der Organisation dieser Zwänge und damit auch dem Zwang kann sich keine Ordnung entziehen. ¹⁴² Die klassische Alternative zur heterarchischen Zwangsordnung, die Freiheit und Verantwortung allen Privatrechtssubjekten gleichermaßen zuspricht, ist die zentralisierte Macht in einem autoritären System, in der hoheitliche Instanzen umfassende, das Leben des Einzelnen reglementierende Kompetenzen beanspruchen, so dass den Bürgern keine

andere Menschen hineinzuschauen, entwickelt hat und die in unser Leben Ordnung bringen soll, ohne daß zu Zwang gegriffen werden muß.“); dann aber a.a.O., 106 („Druck[s] der Verantwortung“); ähnlich *Larenz* (Fn. 31), 37 („Verantwortung zu tragen und verantwortlich gemacht zu werden, ist Vorrecht und Bürde der Person.“).

¹³⁴ *Eucken*, Grundsätze der Wirtschaftspolitik (7. Aufl. 2004), 281.

¹³⁵ Zu dieser Zumutung v. *Hayek* (Fn. 37), 104.

¹³⁶ Siehe *Ehrenberg*, Das erschöpfte Selbst (2004), 12; *Reese-Schäfer*, Globalisierungsdruck und Verantwortungslast: Soziokulturelle Konsequenzen des Prinzips der Selbstverantwortung, in: Heidbrink/Hirsch (Hrsg.), Verantwortung in der Zivilgesellschaft (2006), 273 ff.

¹³⁷ *Weber* (Fn. 133), 440.

¹³⁸ Siehe Art. 3 Abs. 3 S. 2 EUV.

¹³⁹ Zu diesem negativen Freiheitsbegriff siehe *Berlin*, Liberty (2. Aufl. 2002), 167 f.

¹⁴⁰ *Herdzina* (Fn. 107), 37 ff.

¹⁴¹ Aus jüngerer Zeit *Günther* (Fn. 32), 117 ff.

¹⁴² Wenig überzeugend daher die Forderung von *Nullmeier*, Paradoxien der Eigenverantwortung, in: Heidbrink/Hirsch (Hrsg.), Verantwortung in der Zivilgesellschaft (2006), 151, 158 (Zuweisungen von Verantwortung seien nur dann legitim, wenn sie für alle Mitglieder der Gesellschaft autonomiesteigernde Wirkungen hätten).

Entscheidungsspielräume und damit auch keine nennenswerte Selbstverantwortung verbleiben. Einzustehen haben Sie vielmehr für die Einhaltung flächendeckender Vorschriften, namentlich zum Wirtschaften.¹⁴³ Lehnt man diese Option in Anbetracht der leidvollen Erfahrungen des 20. Jahrhunderts ab, bleibt Selbstverantwortung ein unabdingbarer ethischer und rechtlicher Grundsatz.¹⁴⁴

¹⁴³ Siehe *Weber* (Fn. 133), 440 (Vergleich zwischen den Zwangsstrukturen einer formal freiheitlichen und einer sozialistischen Wirtschafts- und Gesellschaftsordnung). Zu verschiedenen Stufen der Machtkonzentration *Eucken* (Fn. 134), 375; ferner a.a.O., 285 („Volle Klarheit muss vom allem über eines bestehen: Jede Beschränkung der Haftung löst eine Tendenz zur Zentralverwaltungswirtschaft aus.“); ferner v. *Hayek* (Fn. 37), 93 ff.; *Hamm*, *ORDO* 57 (2006), 191, 193; *Beater* (Fn. 61), § 2 Rn. 11.

¹⁴⁴ v. *Hayek* (Fn. 37), 106 („... denn an die Stelle des Drucks der Verantwortung für das eigene Schicksal träte dort der viel schlimmere Druck von persönlichen Befehlen, denen man gehorchen muß“).