

Verhaltenskodizes im Recht des unlauteren Wettbewerbs

Zum Verhältnis von Selbstverpflichtung zu formellem Recht



Benjamin Carl Reichelt

Verhaltenskodizes im Recht des unlauteren Wettbewerbs

Benjamin Carl Reichelt

Verhaltenskodizes im Recht des unlauteren Wettbewerbs

**Zum Verhältnis von Selbstverpflichtung
zu formellem Recht**

Tectum Verlag

Benjamin Carl Reichelt

Verhaltenskodizes im Recht des unlauteren Wettbewerbs.

Zum Verhältnis von Selbstverpflichtung zu formellem Recht

© Tectum Verlag – ein Verlag in der Nomos Verlagsgesellschaft, BadenBaden,
2017

Zugl. Diss. Philipps-Universität Marburg 2017

eISBN 978-3-8288-6814-4

(Dieser Titel ist zugleich als gedrucktes Werk unter der ISBN
978-3-8288-3968-7 im Tectum Verlag erschienen.)

Umschlagabbildung: © Daniela Reichelt, Frankfurt am Main

Umschlaggestaltung: Heike Amthor, Fernwald

Satz und Layout: Heike Amthor, Fernwald

Besuchen Sie uns im Internet

www.tectum-verlag.de

Bibliografische Informationen der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation
in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Angaben
sind im Internet über <http://dnb.ddb.de> abrufbar.

Danksagung

Die vorliegende Arbeit entstand nach längerer Suche des für mich passenden Untersuchungsgegenstandes zwischen Frühjahr 2013 und Winter 2015. Anfang 2016 erfolgte noch eine Anpassung an die Reform des Lauterkeitsrechts vom 10. Dezember 2015. Die Arbeit wurde von der Philipps-Universität Marburg am 29.11.2016 als Dissertation angenommen. Am 6. Februar 2017 fand die mündliche Prüfung statt.

An erster Stelle möchte ich meinem Doktorvater Herrn Prof. Dr. Michael Kling ganz herzlich für die Offenheit zu diesem breiten, aber auch interessanten Forschungsthema, seine jederzeit offene Tür bei Fragestellungen und die kreativen Anregungen für meine Arbeit danken. Ebenso danke ich Herrn Prof. Dr. Florian Mösllein für die Erstellung des Zweitgutachtens und die hiermit verbundenen Impulse.

Zugleich möchte ich auch allen Menschen meinen Dank aussprechen, die mich während dieser Zeit motivierend, fachlich beratend, wenn notwendig kritisierend und – besonders wichtig – auch mit notwendiger Ablenkung unterstützt haben. Besonderer Dank gebührt meinem Freund Dr. Carsten Rast, der die Arbeit sowohl mit Rat aus nicht-juristischer Perspektive bereichert als auch bei der Korrektur wertvolle Unterstützung geleistet hat.

Die Arbeit wäre schließlich nicht ohne meine Frau und meine Mutter möglich gewesen. Beide haben mit großem Verständnis und beständiger Unterstützung dafür gesorgt, dass die Dissertation auch tatsächlich vollendet wurde.

Meinem Vater

Inhaltsübersicht

Kapitel 1 Einleitung	1
I. Gegenstand der Untersuchung	1
II. Gang der Darstellung	3
Kapitel 2 Grundlagen	7
I. Untersuchungsgegenstand: Das Instrument des Verhaltenskodex	7
1. Hintergrund: Verhaltenskodizes als Ausdruck unternehmerischer Verantwortung	7
2. Das Instrument des Verhaltenskodex nach allgemeinem Verständnis	17
3. Die heutige praktische Bedeutung von Verhaltenskodizes	31
II. Prüfungsrahmen: UWG – Grundlagen des Lauterkeitsrechts	40
1. Schutzzweck, Schutzsubjekte und Begrenzung des Anwendungsbereiches	40
2. Begriff der Unlauterkeit und Gesetzesystematik	44
3. Anspruchsinstrumentarium und Anspruchsberechtigte	46
4. Kollisionsrechtliche Einordnung	46
Kapitel 3 Merkmale eines Verhaltenskodex im UWG	49
I. Urheber eines Verhaltenskodex	49
II. Vereinbarungen oder Vorschriften	51
1. Rechtstechnische Ausgestaltung von Verhaltenskodizes	51
2. Einseitige unternehmerische Erklärungen als Verhaltenskodex i.S.d. § 2 I Nr. 5 UWG?	52
3. Die Verbindlichkeit eines Verhaltenskodex als Voraussetzung der Definition des § 2 I Nr. 5 UWG?	53
4. Kein Einfluss der Bezeichnung des Verhaltenskodex auf dessen Vorliegen i.S.d. § 2 I Nr. 5 UWG	55
5. Die Wirksamkeit des Verhaltenskodex als notwendiges Kriterium der Definition des § 2 I Nr. 5 UWG?	56
III. Anwendungsbereich	57
1. Materieller Anwendungsbereich	57

2. Persönlicher Anwendungsbereich	62
IV. Das Merkmal der Freiwilligkeit	63
V. Unerhebliche Kriterien	64
1. Billigung durch öffentliche Stelle	64
2. Sanktionsmechanismen	65
3. Beteiligenvoraussetzungen	65
VI. Abgrenzungen	66
1. Internationale Übereinkommen und Empfehlungen von internationalen Organisationen oder staatlicher Seite	66
2. Wettbewerbsregeln	66
3. Handelsbräuche	68
4. Vertriebsverträge und Vertriebsbindungssysteme	70
5. Der Deutsche Corporate Governance Kodex (DCGK)	72
VII. Ergebnisse des 3. Kapitels	76
Kapitel 4 Rechtswirkungen der Werbung mit Verhaltenskodizes	79
I. Die Werbung mit Verhaltenskodizes	79
1. Einleitung	79
2. Einordnung des Werbetypus anhand der Reichweite des Produktbezugs ...	82
3. Die Wirkungsweise von Werbemaßnahmen mit Verhaltenskodizes	86
4. Rechtliche Beurteilung korrespondierender Werbegruppen	90
5. Fazit	98
II. Informationspflichten im Rahmen des § 5a UWG	100
1. Einleitung: Vom Wahrheitsgebot zum Informationsgebot	100
2. Die Informationsanforderungen des § 5a III, IV UWG	102
3. Umfang des Informationsgebotes für Werbemaßnahmen mit Verhaltenskodizes im Rahmen des § 5a II UWG	104
4. Verschweigen von Tatsachen i.S.d. § 5a I UWG	129
5. Fazit	130
III. Aktive Irreführung der Marktgegenseite (§ 3 III UWG i.V.m. Nr. 1 und Nr. 3 des Anhangs sowie § 5 UWG)	132
1. Einleitung	132
2. Die Tatbestände der »schwarzen Liste« des § 3 III UWG	134
3. Irreführende Aussagen über den Inhalt von Verhaltenskodizes und deren Beurteilung nach § 5 I UWG	144
IV. Ergebnisse des 4. Kapitels	195
Kapitel 5 Rechtswirkungen durch Konkretisierung von Sorgfaltstests	199
I. Der Einfluss von Verhaltenskodizes auf die Auslegung der lauterkeitsrechtlichen Generalklausel des § 3 UWG	199
1. Private Normgebung und formelles Recht	199

2. Meinungsstand und Beurteilung im Lauterkeitsrecht	208
3. Legitimitätskriterien von Verhaltenskodizes im Tatbestand des § 3 UWG	221
II. Die Reichweite des lauterkeitsrechtlichen Schutzzwecks	257
1. Die Schutzzweckentwicklung des Lauterkeitsrechts	257
2. Der maßgebliche Anknüpfungspunkt lauterkeitsrechtlicher Überprüfung im Rahmen des § 3 UWG	265
3. Die heutige Auslegung des Schutzzwecks in der Praxis und Konsequenzen für die Anwendung der Generalklausel des UWG	269
4. Der Verstoß gegen Sorgfaltssstandards des § 3 I, II UWG in wettbewerbsfunktionaler Beurteilung	286
III. Ergebnisse des 5. Kapitels	299
Kapitel 6 Rechtsfolgen	305
I. Anspruch auf Beseitigung und Unterlassung gem. § 8 I UWG	305
1. Einleitung	305
2. Ansprüche aufgrund Erweckung begründeter Erwartungshaltung in kommerziellen Mitteilungen	306
3. Ansprüche aufgrund von Verstößen gegen Sorgfaltssstandards	312
II. Anspruch auf Schadensersatz gem. § 9 UWG	315
1. Einleitung	315
2. Schuldner	316
3. Verschuldensvoraussetzung	316
4. Schadenskausalität und Schadensumfang	317
III. Anspruch auf Gewinnabschöpfung gem. § 10 I UWG	318
1. Einleitung und Normzweck	318
2. Schuldner, Gläubiger und Gewinnabführung	319
3. Die einzelnen Voraussetzungen	320
4. Rechtsfolge	327
IV. Ergebnisse des 6. Kapitels	329
Kapitel 7 Untersuchungsergebnisse und Ausblick	331
I. Untersuchungsergebnisse	331
1. Untersuchungsergebnisse des 2. Kapitels: Die Hintergründe einer Verpflichtung in Form von Verhaltenskodizes	331
2. Untersuchungsergebnisse des 3. Kapitels: Die Definition des Verhaltenskodex in § 2 I Nr. 5 UWG	332
3. Untersuchungsergebnisse des 4. Kapitels: Rechtswirkungen aus dem Aufbau von Erwartungshaltung in kommerziellen Mitteilungen	334
4. Untersuchungsergebnisse des 5. Kapitels: Rechtswirkungen durch die Verletzung eines Branchenstandards	338
5. Untersuchungsergebnisse des 6. Kapitels: Rechtsfolgen	344

II. Fazit	345
III. Ausblick	346

Inhaltsverzeichnis

Kapitel 1 Einleitung	1
I. Gegenstand der Untersuchung	1
II. Gang der Darstellung	3
Kapitel 2 Grundlagen	7
I. Untersuchungsgegenstand: Das Instrument des Verhaltenskodex	7
1. Hintergrund: Verhaltenskodizes als Ausdruck unternehmerischer Verantwortung	7
a) Einführung	7
b) Die Grenzen staatlicher Regulierung	8
aa) Wandel der politischen und wirtschaftlichen Machtstrukturen	9
bb) Territoriale Grenzen der Rechtssysteme	10
cc) Der völkerrechtliche Rahmen	12
dd) Inhaltliche Grenzen formeller Rechtsetzung	14
c) Der ökonomische Nutzen der Corporate Social Responsibility	15
d) Zwischenergebnis	16
2. Das Instrument des Verhaltenskodex nach allgemeinem Verständnis	17
a) Begriff	17
b) Rechtsnatur und Einordnung in das Rechtsgefüge	19
c) Entwicklung von Verhaltenskodizes	21
d) Arten von Verhaltenskodizes	24
aa) Unternehmensinterne (unilaterale) Verhaltenskodizes	24
bb) Verhaltenskodizes auf sektoraler Ebene	25
cc) Multi-Stakeholder-Initiativen	25
dd) Verhaltenskodizes internationaler Organisationen	26
e) Kontrollsysteme	27
aa) Ziele von Überwachungsverfahren	27
bb) Instrumente der Überwachung	28

(1) Reporting	28
(2) Auditing und Monitoring	29
cc) Unabhängigkeit, Effektivität und Reichweite der Überwachung	30
3. Die heutige praktische Bedeutung von Verhaltenskodizes	31
a) Verbreitung	31
b) Einhaltung	32
aa) In der Praxis	32
bb) Hintergrund	35
c) Rechtsprechung	37
d) Zwischenergebnis	39
II. Prüfungsrahmen: UWG – Grundlagen des Lauterkeitsrechts	40
1. Schutzzweck, Schutzsubjekte und Begrenzung des Anwendungsbereiches	40
a) Schutz der Mitbewerber	40
b) Schutz der Verbraucher und sonstiger Marktteilnehmer	41
c) Schutz der Allgemeinheit	42
d) Begrenzung des geschützten Allgemeininteresses	43
2. Begriff der Unlauterkeit und Gesetzessystematik	44
3. Anspruchsinstrumentarium und Anspruchsberechtigte	46
4. Kollisionsrechtliche Einordnung	46
Kapitel 3 Merkmale eines Verhaltenskodex im UWG	49
I. Urheber eines Verhaltenskodex	49
II. Vereinbarungen oder Vorschriften	51
1. Rechtstechnische Ausgestaltung von Verhaltenskodizes	51
2. Einseitige unternehmerische Erklärungen als Verhaltenskodex i.S.d. § 2 I Nr. 5 UWG?	52
3. Die Verbindlichkeit eines Verhaltenskodex als Voraussetzung der Definition des § 2 I Nr. 5 UWG?	53
4. Kein Einfluss der Bezeichnung des Verhaltenskodex auf dessen Vorliegen i.S.d. § 2 I Nr. 5 UWG	55
5. Die Wirksamkeit des Verhaltenskodex als notwendiges Kriterium der Definition des § 2 I Nr. 5 UWG?	56
III. Anwendungsbereich	57
1. Materieller Anwendungsbereich	57
a) Die Reichweite der Definition in § 2 I Nr. 5 UWG	57
b) Begrenzung durch den lauterkeitsrechtlichen Schutzzweck	61
c) Konsequenzen für die weitere rechtliche Einordnung	61
2. Persönlicher Anwendungsbereich	62
IV. Das Merkmal der Freiwilligkeit	63
V. Unerhebliche Kriterien	64

1. Billigung durch öffentliche Stelle	64
2. Sanktionsmechanismen	65
3. Beteiligenvoraussetzungen	65
VI. Abgrenzungen	66
1. Internationale Übereinkommen und Empfehlungen von internationalen Organisationen oder staatlicher Seite	66
2. Wettbewerbsregeln	66
a) Zweck	66
b) Wettbewerbsregeln und Verhaltenskodizes	67
c) Rechtliche Bedeutung von Wettbewerbsregeln im Vergleich zu Verhaltenskodizes	67
3. Handelsbräuche	68
4. Vertriebsverträge und Vertriebsbindungssysteme	70
5. Der Deutsche Corporate Governance Kodex (DCGK)	72
a) Das Verhältnis zu § 2 I Nr. 5 und § 5 I S. 2 Nr. 6 UWG	73
b) Weitere Irreführungstatbestände	75
c) Das Verhältnis zur Generalklausel des § 3 UWG	75
VII. Ergebnisse des 3. Kapitels	76
Kapitel 4 Rechtswirkungen der Werbung mit Verhaltenskodizes	79
I. Die Werbung mit Verhaltenskodizes	79
1. Einleitung	79
a) Kommerzielle Mitteilungen und Vertrauenschutz	79
b) Die Anknüpfungspunkte lauterkeitsrechtlicher Bewertung und der Anwendungsbereich der UGP-RL	80
2. Einordnung des Werbetypus anhand der Reichweite des Produktbezugs	82
a) Fragestellung	82
b) Stellungnahme	83
aa) Einordnung als produktqualitätsbezogene Werbemaßnahme?	83
bb) Einordnung in den Bereich unternehmensbezogener Werbung?	85
c) Zwischenergebnis	85
3. Die Wirkungsweise von Werbemaßnahmen mit Verhaltenskodizes	86
a) Marktbedingte Hintergründe	87
b) Wirkungsweise von CSR in Bezug auf das Markenimage	88
c) Zwischenergebnis: Einfluss auf die Konsumentenentscheidung	89
4. Rechtliche Beurteilung korrespondierender Werbegruppen	90
a) Korrespondierende Werbegruppen in der Rechtspraxis	90
b) Die Entwicklung dieser Fallgruppen in der Rechtsprechung	91
aa) Ursprüngliche Beurteilung	92
bb) Ursachen für die Liberalisierung in der Rechtsprechung	94

(1) Das europäische Verbraucherleitbild	95
(2) Die Bedeutung des Art. 5 I GG	95
cc) Der heutige Schwerpunkt rechtlicher Einordnung	96
c) Zwischenergebnis	98
5. Fazit	98
II. Informationspflichten im Rahmen des § 5a UWG	100
1. Einleitung: Vom Wahrheitsgebot zum Informationsgebot	100
2. Die Informationsanforderungen des § 5a III, IV UWG	102
a) Wesentliche Informationspflichten im Rahmen von Angeboten, § 5a III UWG	102
b) Wesentliche Informationspflichten aufgrund gemeinschaftsrechtlicher Informationsanforderungen, § 5a IV UWG	103
c) Zwischenergebnis	103
3. Umfang des Informationsgebotes für Werbemaßnahmen mit Verhaltenskodizes im Rahmen des § 5a II UWG	104
a) Das Informationsgebot des § 5a II UWG	104
b) Die Wesentlichkeit der Information	104
aa) Bedeutung des Merkmals	104
bb) Existiert bereits ein Informationsgebot hinsichtlich ethischer oder ökologischer Belange?	105
(1) Stimmen in der Literatur für die Einführung eines Informationsgebotes	105
(2) Ablehnende Literaturansichten	107
(3) Die Haltung der Rechtsprechung	108
(4) Zwischenergebnis	109
cc) Reichweite eines Informationsgebotes im Bereich von Verhaltenskodizes	111
(1) Notwendigkeit der Informationsvermittlung: Konsumentensouveränität und Marktversagen	111
(2) Grenzen und Probleme im Rahmen der Informationsbereitstellung	116
(a) Strukturelle Anforderung an Informationen	116
(b) Selektion und Verarbeitung der Information	118
(c) Gegenläufige Unternehmerinteressen	120
(3) Abwägung: Reichweite der Informationspflichten	121
(4) Individuelle Informationspflichten im Rahmen von Verhaltenskodizes?	123
(a) Veröffentlichung des Verhaltenskodex	123
(b) Art und Umfang der Verpflichtungen	125
(c) Verbindlichkeit	126
(d) Grundsätze der Überwachung	127

c) Vorenthalten	127
d) Spürbarkeiterfordernis und Verstoß gegen die unternehmerische Sorgfalt	128
4. Verschweigen von Tatsachen i.S.d. § 5a I UWG	129
5. Fazit	130
III. Aktive Irreführung der Marktgegenseite (§ 3 III UWG i.V.m. Nr. 1 und Nr. 3 des Anhangs sowie § 5 UWG)	132
1. Einleitung	132
a) Einführung	132
b) Erläuterung der verwendeten Prüfungsmethodik im Rahmen des § 5 I UWG	133
2. Die Tatbestände der »schwarzen Liste« des § 3 III UWG	134
a) § 3 III UWG i.V.m. Nr. 1 des Anhangs – Unterzeichner eines Verhaltenskodex	134
aa) Allgemeines	134
bb) Tatbestandsmerkmale	135
(1) Verhaltenskodex	135
(2) Unterzeichner	135
(3) Unwahre Angabe	136
cc) Besondere Fragestellungen	137
dd) Unbeachtliche Kriterien	139
b) § 3 III UWG i.V.m. Nr. 3 des Anhangs – Billigung eines Verhaltenskodex	140
aa) Allgemeines	140
bb) Tatbestandsmerkmale	140
(1) Verhaltenskodex	140
(2) Öffentliche oder andere Stelle als Zertifizierungsinstanz	140
(3) Unwahre Angabe, der Kodex sei gebilligt	142
cc) Unbeachtliche Voraussetzungen	142
c) Fazit: Bedeutung der »schwarzen Liste« im Zusammenhang mit Verhaltenskodizes	143
3. Irreführende Aussagen über den Inhalt von Verhaltenskodizes und deren Beurteilung nach § 5 I UWG	144
a) Die einschlägigen Tatbestände des § 5 I UWG und deren Bedeutungsgehalt	144
aa) § 5 I S. 2 Nr. 6 UWG	144
(1) Anforderungen an die Verbindlichkeit des Verhaltenskodex in § 5 I S. 2 Nr. 6 UWG	145
(2) Anforderungen an den Hinweis auf die Bindung an den Verhaltenskodex in § 5 I S. 2 Nr. 6 UWG	148
(3) Die Ausschlusswirkung des § 5 I S. 2 Nr. 6 UWG	148
bb) § 5 I S. 2 Alt. 1 UWG	150

cc) § 5 I S. 2 Nr. 1 UWG	152
dd) § 5 I S. 2 Nr. 3 UWG	153
ee) Zwischenergebnis	154
b) Beurteilung der Auffassung der Werbeaussage durch den Verbraucher	155
aa) Parameter für den Informationsstand des Werbeadressaten	156
(1) Der beachtliche Verkehrskreis	156
(2) Informationsstand und verweisende Verkehrsvorstellungen des Verkehrskreises	158
bb) Schlussfolgerungen aus dem Erfordernis angemessener Aufmerksamkeit des Verkehrskreises	160
(1) Der Einfluss der Darstellungsform und die Zulässigkeit von Verweisen	160
(2) Differenzierung in Fällen vorhandenen Produktbezuges	162
cc) Schlussfolgerungen aus der angemessenen Kritikfähigkeit des Verkehrskreises	163
(1) Das grundsätzlich erwartete Maß an Verbesserung durch pauschale Angaben	164
(a) Unterscheidung zwischen relativem und absolutem Vorteil	164
(b) Vergleichsmaßstab des relativen Vorteils	168
(c) Maßgebliche Aspekte des relativen Vorteils	168
(d) Zwischenergebnis	169
(2) Beurteilung verallgemeinernder Formulierungen in Verhaltenskodizes	170
(a) Irreführung über den Inhalt des Verhaltenskodex	171
(aa) Begriff der »Nachhaltigkeit«	171
(bb) Begriff »führend« sowie andere Superlative	172
(cc) Umweltbezogene Begriffe »Umweltschutz« und »Umweltverträglichkeit«	174
(dd) Die Konzeption »existenzsichernder Löhne« und »Mindestlöhne«	176
(ee) Begriff »Sicherheit/Sichere Produktionsprozesse«	178
(ff) Begriff »Verantwortung« bzw. »verantwortlich«	179
(gg) Begriffe »branchenüblich«, »geltende Standards« und andere Verweise auf das Gebräuchliche	180
(b) Irreführung über die Durchsetzung des Verhaltenskodex ..	181
(3) Unverbindlichkeitsvorbehalte und relativierende Formulierungen	184
(4) Die Verpflichtung zur Einhaltung geltender Gesetze und die Fallgruppe der Werbung mit Selbstverständlichkeiten	187
dd) Sachverhalte mit besonderen Abwägungskriterien	189
ee) Zwischenergebnis	190

c) Die geschäftliche Relevanz	192
IV. Ergebnisse des 4. Kapitels	195
Kapitel 5 Rechtswirkungen durch Konkretisierung von Sorgfaltssstandards	199
I. Der Einfluss von Verhaltenskodizes auf die Auslegung der lauterkeitsrechtlichen Generalklausel des § 3 UWG	199
1. Private Normgebung und formelles Recht	199
a) Einführung in die Problematik	199
aa) Einleitung	199
bb) Das Konzept der Europäischen Kommission	201
cc) Branchenübliche Sorgfaltmaßstäbe und die Schnittstelle zum formellen Recht	203
b) Einordnung und Parallelen	204
c) Die Ambivalenz privater Normgebung	206
d) Zwischenergebnis	207
2. Meinungsstand und Beurteilung im Lauterkeitsrecht	208
a) Die Haltung der Rechtsprechung	208
aa) Tendenzen in der instanzgerichtlichen Judikatur	208
bb) Frühere Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs und der Beschluss des Bundesverfassungsgerichts zum anwaltlichen Standesrecht (BVerfGE 76, 171)	209
cc) Die Rechtsprechung (vornehmlich) des BGH seit BVerfGE 76, 171 ..	211
b) Meinungsstand in der Literatur und Stellungnahme	212
aa) Kodexverstoß als Rechtsbruch i.S.d. § 3a UWG?	213
bb) Regelungen des Verhaltenskodex als Konkretisierung der unternehmerischen Sorgfalt bzw. Unlauterkeit i.S.d. § 3 UWG? ..	214
cc) Keine tatsächlichen oder normativen Wirkungen auf das Lauterkeitsrecht?	216
dd) Indizwirkung zur Bestimmung unlauteren Handelns bzw. der unternehmerischen Sorgfalt?	217
ee) Weitere Konzepte	218
c) Abschließende Beurteilung	219
3. Legitimitätskriterien von Verhaltenskodizes im Tatbestand des § 3 UWG ..	221
a) Normkonkretisierung und die Legitimität privater Regeln	221
aa) Richterliche Gesetzesauslegung und private Regeln	221
bb) Legitimitätskriterien privater Regeln im Sinne eines beweglichen Systems zur Normkonkretisierung	223
cc) Gang der Darstellung	226
b) Die Generalklausel des Lauterkeitsrechts im UWG 2015	227

aa) Der Sorgfaltsbegriff des § 3 II UWG als Synonym zur Unlauterkeit mit Umsetzung der UGP-RL im Jahr 2008 und nach der Reform im Jahr 2015	227
bb) Die Legaldefinition des Maßstabs der »unternehmerischen Sorgfalt« in § 2 I Nr. 7 UWG	227
cc) Die Systematik der Generalklauseln des § 3 I, II UWG 2015 und der Unlauterkeitsmaßstab von nicht verbraucherbezogenen geschäftlichen Handlungen (B2B)	228
dd) Die Bagatellschwelle in § 3 I, II UWG 2015	231
ee) Zwischenergebnis	232
c) Die Einbeziehung von Legitimitätskriterien privater Regeln in den Rechtsbegriff der unternehmerischen Sorgfalt des § 2 I Nr. 7 UWG	232
aa) Der Standard an Fachkenntnissen und Sorgfalt als Auslegungsziel und die Reichweite der Rezeption von privaten Regeln durch die Judikative	233
(1) Der Standard an Fachkenntnissen und Sorgfalt als Ausgangspunkt	233
(2) Die Reichweite einer Rezeption privater Regeln durch die Judikative	234
bb) Die Berücksichtigung der Marktgepflogenheiten im Sinne einer empirischen Feststellung	236
(1) Der Begriff der »Marktgepflogenheiten« in § 2 I Nr. 7 UWG	236
(2) Legitimitätskriterien, die für das Vorliegen einer Marktgepflogenheit sprechen	237
(a) Zustimmung in Form von Akzeptanz als Kennzeichen der Verbreitung	237
(b) Tatsächliche Übung (über einen gewissen Zeitraum) als Kriterium der Gepflogenheit	238
(aa) Verbindlichkeit i. S. v. verpflichtender Ausgestaltung des Verhaltenskodex als Merkmal tatsächlicher Übung	239
(bb) Kontroll- und Sanktionsinstrumente des Verhaltenskodex als Kennzeichen tatsächlicher Übung	241
(cc) Bestimmtheit als Kennzeichen tatsächlicher Übung	242
(c) Zwischenergebnis	242
cc) Die Begrenzung durch das Merkmal der »anständigen« Marktgepflogenheiten	243
(1) Der Begriff der »Anständigkeit« in § 2 I Nr. 7 UWG	243
(2) Legitimitätskriterien, die für das Vorliegen einer »anständigen« Marktgepflogenheit sprechen	245
(a) Repräsentation und Partizipation	245
(b) Organisatorische Unabhängigkeit des entscheidungsbefugten Gremiums	247

(c) Weitere ergänzende Kriterien	247
(d) Kartellrechtskonformität	248
(e) Zwischenergebnis	250
dd) Das Billigkeitskriterium als Korrektiv zur Berücksichtigung des Einzelfallmaßstabes	251
ee) Der Maßstab von Treu und Glauben als Alternativreferenz oder bestätigende Kontrolle	252
ff) Zwischenergebnis	254
II. Die Reichweite des lauterkeitsrechtlichen Schutzzwecks	257
1. Die Schutzzweckentwicklung des Lauterkeitsrechts	257
a) Einleitung	257
b) Entwicklung am Beispiel der Fallgruppe des Vorsprungs durch Rechtsbruch	259
aa) Die Unterscheidung zwischen wertbezogenen und wertneutralen Normen in der Rechtsprechung zu § 1 UWG 1909	259
bb) Die Begrenzung des lauterkeitsrechtlichen Schutzzwecks mit der Entscheidung »Abgasemissionen« des BGH vom 11.5.2000	261
c) Das wettbewerbsfunktionale Verständnis des Lauterkeitsrechts und hieraus folgende Fragestellungen der Untersuchung	264
2. Der maßgebliche Anknüpfungspunkt lauterkeitsrechtlicher Überprüfung im Rahmen des § 3 UWG	265
a) Die maßgeblichen Handlungen beim Verstoß gegen Sorgfaltssstandards und ihr Wettbewerbsbezug in eigenständiger Betrachtung	265
b) Produktionsinterne Sorgfaltssverstöße und Vertrieb als unselbstständige Akte eines lauterkeitsrechtlich relevanten Gesamtgeschehens	267
3. Die heutige Auslegung des Schutzzwecks in der Praxis und Konsequenzen für die Anwendung der Generalklausel des UWG	269
a) Die Drittewirkung der Grundrechte und der Einfluss des europäischen Rechts auf den Schutzzweck des UWG	269
b) Die Veränderungen der wettbewerbsfunktionalen Auslegung am Beispiel des § 4 Nr. 11 UWG 2008	271
aa) Abgrenzungsschwierigkeiten in der Rechtspraxis	271
bb) Schlussfolgerung: Unklarheiten im Rahmen der Feststellung einer »sekundär wettbewerbsbezogenen Schutzfunktion« und Schutzlücken der geltenden Rechtslage bei § 3a UWG	274
cc) Die »verantwortete Marktwirtschaft« als Alternativmodell?	276
dd) Begrenzung des wettbewerbsfunktionalen Schutzzwecks auch auf die Marktteilnehmer?	279
c) Das Verhältnis von § 3 I, II UWG zu § 3a UWG	281
d) Zwischenergebnis	284
4. Der Verstoß gegen Sorgfaltssstandards des § 3 I, II UWG in wettbewerbsfunktionaler Beurteilung	286

a) Der Verstoß Sorgfaltssstandards des § 3 I, II UWG mit »wettbewerbsbezogener Schutzfunktion«	286
b) Der Verstoß gegen einen Sorgfaltssstandard des § 3 I, II UWG ohne »wettbewerbsbezogene Schutzfunktion«	287
aa) Die Notwendigkeit des Vorsprungsgedankens nach heutigem Verständnis eines wettbewerbsfunktionalen Schutzzwecks des UWG	287
bb) Kritik am Vorsprungsgedanken und Stellungnahme	292
cc) Die konkrete Anwendung des Vorsprungsgedankens	295
III. Ergebnisse des 5. Kapitels	299
Kapitel 6 Rechtsfolgen	305
I. Anspruch auf Beseitigung und Unterlassung gem. § 8 I UWG	305
1. Einleitung	305
2. Ansprüche aufgrund Erweckung begründeter Erwartungshaltung in kommerziellen Mitteilungen	306
a) Organ- und Repräsentantenhaftung gem. §§ 31, 89 BGB	307
b) Täterschaftliche Haftung aufgrund von Organisationsmängeln	308
c) Haftung für Mitarbeiter und Beauftragte, § 8 II UWG	308
d) Darlegungs- und Beweislast	311
3. Ansprüche aufgrund von Verstößen gegen Sorgfaltssstandards	312
a) Einleitung	312
b) Täterschaftliche Haftung des Betriebsinhabers	312
c) Haftung für Mitarbeiter und Beauftragte gem. § 8 II UWG	313
d) Haftung Dritter aufgrund eigener Verletzung von Verkehrspflichten ...	314
II. Anspruch auf Schadensersatz gem. § 9 UWG	315
1. Einleitung	315
2. Schuldner	316
3. Verschuldensvoraussetzung	316
4. Schadenskausalität und Schadensumfang	317
III. Anspruch auf Gewinnabschöpfung gem. § 10 I UWG	318
1. Einleitung und Normzweck	318
2. Schuldner, Gläubiger und Gewinnabführung	319
3. Die einzelnen Voraussetzungen	320
a) Gewinnerzielung zu Lasten einer Vielzahl von Abnehmern	320
aa) Merkmal »zu Lasten«	320
bb) Merkmal einer »Vielzahl« von »Abnehmern«	323
b) Vorsatz	324
c) Kausaler Gewinn	326
4. Rechtsfolge	327

a) Berechnung und Bestandteile des Gewinns	327
b) Beweislast	328
IV. Ergebnisse des 6. Kapitels	329
Kapitel 7 Untersuchungsergebnisse und Ausblick	331
I. Untersuchungsergebnisse	331
1. Untersuchungsergebnisse des 2. Kapitels: Die Hintergründe einer Verpflichtung in Form von Verhaltenskodizes	331
2. Untersuchungsergebnisse des 3. Kapitels: Die Definition des Verhaltenskodex in § 2 I Nr. 5 UWG	332
3. Untersuchungsergebnisse des 4. Kapitels: Rechtswirkungen aus dem Aufbau von Erwartungshaltung in kommerziellen Mitteilungen	334
a) Wirkungsweise, Werbetypus und rechtliche Einordnung	334
b) Informationspflichten bei Werbemaßnahmen mit Verhaltenskodizes ..	335
c) Aktive Irreführung im Rahmen von Werbemaßnahmen mit Verhaltenskodizes	336
4. Untersuchungsergebnisse des 5. Kapitels: Rechtswirkungen durch die Verletzung eines Branchenstandards	338
a) Das Verhältnis von Verhaltenskodizes zum Lauterkeitsmaßstab der »unternehmerischen Sorgfalt« des § 2 I Nr. 7 UWG	338
b) Die Reichweite des lauterkeitsrechtlichen Schutzzwecks bei solchen Verhaltenskodizes, die einen legitimen unternehmerischen Sorgfaltmaßstab i.S.d. § 2 I Nr. 7 UWG repräsentieren	342
5. Untersuchungsergebnisse des 6. Kapitels: Rechtsfolgen	344
II. Fazit	345
III. Ausblick	346

Abkürzungsverzeichnis

ASA	Advertising Standards Authority (britische Behörde für Werbestandards)
B2B	Business to Business (Geschäftsbeziehung zwischen Unternehmen untereinander)
B2C	Business to Consumer (Geschäftsbeziehung zwischen Unternehmer und Verbraucher)
BMZ	Bundesministerium für Wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung
BSCI	Business Social Compliance Initiative (von der FTA gegründete Initiative zur Verbesserung weltweiter Arbeitsstandards)
CAP-Code	British Code of Advertising Practice (Werbekodex der ASA)
CCC	Clean Clothes Campaign (Nichtregierungsorganisation)
CoC	Code of Conduct (engl. Pendant zu Verhaltenskodex)
CSR	Corporate Social Responsibility
DCGK	Deutscher Corporate Governance Kodex
DIN	Deutsches Institut für Normung
ECCHCR	European Center for Constitutional and Human Rights
FLA	Fair Labor Association (Nichtregierungsorganisation)
FSA	Freiwillige Selbstkontrolle für die Arzneimittelindustrie e. V.
FTA	Foreign Trade Association (Verband des europäischen und internationalen Handels)
IFA	International Framework Agreements (internationale Rahmenabkommen)
ILO	International Labour Organization (Internationale Arbeitsorganisation)
ISO	International Organization for Standardization (Internationale Organisation für Normung)
MNU	Multinationale Unternehmen
NGO	Non-Governmental Organization (Nichtregierungsorganisation)
OECD	Organisation for Economic Cooperation and Development (Organisation für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung)

OECD-Guidelines	OECD-Leitsätze für multinationale Unternehmen
PVÜ	Pariser Verbandsübereinkunft zum Schutz des gewerblichen Eigentums
SA 8000	Internationaler Zertifizierungsstandard zur Verbesserung der Arbeitsbedingungen von Arbeitnehmern
SRI	Selbstregulierungsinitiative
TNU	Transnationale Unternehmen
UGP-RL	Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken im binnenmarktinternen Geschäftsverkehr zwischen Unternehmen und Verbrauchern vom 11. Mai 2005 (2005/29/EG)
UNCTC	United Nations Centre on Transnational Corporations (1992 aufgelöst)
VDZ	Verband deutscher Zeitschriftenverleger e. V.
ZAW	Zentralverband der deutschen Werbewirtschaft e. V.

Literaturverzeichnis

I Rechts- und wirtschaftswissenschaftliche Literatur

- Akerlof**, George A.: The Market for »Lemons«: Quality Uncertainty and the Market Mechanism, The Quarterly Journal of Economics, Bd. 84, Nr. 3, S. 488.
- Alexander**, Christian: Die Neufassung von § 5a UWG, WRP 2016, 139.
- Alexander**, Christian: Die strafbare Werbung in der UWG-Reform, WRP 2004, 407.
- Alexander**, Christian: Grundfragen des neuen § 3 UWG – Systematik, Anwendungsbereich, Abgrenzungen: Verbraucherbezogenes und unternehmensbezogenes Lauterkeitsrecht, WRP 2016, 411.
- Alexander**, Christian: Schadensersatz und Abschöpfung im Lauterkeits- und Kartellrecht: privatrechtliche Sanktionsinstrumente zum Schutz individueller und überindividueller Interessen im Wettbewerb, Tübingen 2010 (zit.: *Alexander, Schadensersatz und Abschöpfung*).
- Arndt**, Dominik E.: Sinn und Unsinn von Soft Law: Prolegomena zur Zukunft eines indeterminierten Paradigmas, Baden-Baden 2011 (zit.: *Arndt, Soft Law*).
- Auer**, Karl Heinz: Das Menschenbild als rechtsethische Dimension der Jurisprudenz, Wien 2005 (zit.: *Auer, Menschenbild*).
- Augsberg**, Steffen: Rechtsetzung zwischen Staat und Gesellschaft: Möglichkeiten differenzierter Steuerung des Kapitalmarktes, Berlin 2003 (zit.: *Augsberg, Rechtsetzung*).
- Augsburger**, Matthias: Lauterkeitsrechtliche Beurteilung von Corporate Responsibility Codes – Verbindliche Standards im Wettbewerb?, MMR 2014, 427.
- Bachmann**, Gregor: Private Ordnung – Grundlagen ziviler Regelsetzung, Tübingen 2006 (zit.: *Bachmann, Private Ordnung*).
- Balitzky**, Anja: Werbung mit ökologischen Selbstverpflichtungen, GRUR 2013, 670.
- Bamberger**, Heinz Georg/Roth, Herbert: Beckscher Online-Kommentar BGB, 34. Auflage, München 2015 (zit.: *Bamberger/Roth/Bearbeiter, BGB Kommentar*).
- Barth**, Regine/Wolff, Franziska: Corporate Social Responsibility in Europe – Rhetoric and Realities, Cheltenham, UK 2009 (zit.: *Barth/Wolff, CSR in Europe*).
- Baumbach**, Adolf/Hefermehl, Wolfgang: Wettbewerbsrecht, 22. Auflage, München 2001 (zit.: *Baumbach/Hefermehl/Bearbeiter, Wettbewerbsrecht*).
- Beater**, Axel: Allgemeinheitsinteressen und UWG, WRP 2012, 6.
- Beater**, Axel: Europäisches Recht gegen unlauteren Wettbewerb – Ansatzpunkte, Grundlagen, Entwicklung, Erforderlichkeit, ZeuP 2003, 11.
- Beater**, Axel: Unlauterer Wettbewerb, Tübingen 2011 (zit.: *Beater, Unlauterer Wettbewerb*).
- Beck**, Wolf: Verhaltenskodizes im Lauterkeitsrecht: Zur Frage der Unzulässigkeit von Verstößen gegen Verhaltenskodizes und sonstigen Verhaltensweisen im Zusammenhang mit Verhaltenskodizes nach dem UWG, Göttingen 2015 (zit.: *Beck, Verhaltenskodizes im Lauterkeitsrecht*).
- Biedermann**, Reinhard: Sozialstandards durch Private Governance: Zwei-Stufen-Kooperation in der globalen Spielzeugbranche, Baden-Baden 2007 (zit.: *Biedermann, Sozial-standards durch Private Governance*).

- Birk**, Axel: Corporate Responsibility, unternehmerische Selbstverpflichtungen und unlauterer Wettbewerb, GRUR 2011, 196.
- Birk**, Axel: Irreführung über CSR – Informationspflichten über CSR?, in: Corporate Social Responsibility – Verbindliche Standards des Wettbewerbsrechts?, (hrsg. von Reto M. Hilty, Frauke Henning-Bodewig), Berlin, Heidelberg 2014, S. 169ff. (zit.: *Birk*, Corporate Social Responsibility).
- Birk**, Axel: Wann enthält eine Werbung ein »Angebot«?, GRUR-Prax 2014, 100.
- Bodewig**, Theo: Das Recht des unlauteren Wettbewerbs in Großbritannien: Ein Dreiklang von Fallrecht, Gesetzesrecht und Selbstkontrolle, GRUR Int 2004, 543.
- Böhler**, Roland: Alter und neuer Rechtsbruchatbestand: aufgezeigt am Beispiel des Marktzutritts kommunaler Unternehmen, Berlin 2009 (zit.: *Böhler*, alter und neuer Rechtsbruchatbestand).
- Brandmair**, Lothar: Die freiwillige Selbstkontrolle der Werbung: Rechtstatsachen, Rechtsvergleichung, internationale Bestrebungen, Köln, Berlin, Bonn, München 1978 (zit.: *Brandmair*, freiwillige Selbstkontrolle).
- Brandner**, Thilo/Michael, Gerhard: Wettbewerbsrechtliche Verfolgung von Umweltverstößen, NJW 1992, 278.
- Brühl**, Tanja/Feldt, Heidi/Hamm, Brigitte/Hummel, Hartwig/Martens, Jens: Unternehmen in der Weltpolitik: Politiknetzwerke, Unternehmensregeln und die Zukunft des Multilateralismus, Bonn 2004 (zit.: *Brühl*/Bearbeiter, Unternehmen in der Weltpolitik).
- Brupbacher**, Stefan: Fundamentale Arbeitsnormen der internationalen Arbeitsorganisation: eine Grundlage der sozialen Dimension der Globalisierung, Zürich 2002 (zit.: *Brupbacher*, Arbeitsnormen der internationalen Arbeitsorganisation).
- Buck-Heeb**, Petra/Diekmann, Andreas: Selbstregulierung im Privatrecht, Tübingen 2010 (zit.: *Buck-Heeb*/Diekmann, Selbstregulierung).
- Büllesbach**, Eike: Auslegung der irreführenden Geschäftspraktiken des Anhangs I der Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken, München 2008 (zit.: *Büllesbach*, Auslegung der irreführenden Geschäftspraktiken des Anhangs).
- Buntenbroich**, David: Menschenrechte und Unternehmen – Transnationale Rechts-wirkungen »freiwilliger« Verhaltenskodizes, Frankfurt am Main 2007 (zit.: *Buntenbroich*, Menschenrechte und Unternehmen).
- Büscher**, Wolfgang: Aus der Rechtsprechung des EuGH und des BGH zum Lauterkeitsrecht seit Ende 2014, GRUR 2016, 113.
- Canaris**, Claus-Wilhelm: Handelsrecht – Ein Studienbuch, 24. Auflage, München 2006 (zit.: *Canaris*, Handelsrecht).
- Dause**s, Manfred A.: Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, Band 1, 37. Auflage, München 2015 (zit.: *Dause*s/Bearbeiter, EU-Wirtschaftsrecht).
- Doepner**, Ulf: Unlauterer Wettbewerb durch Rechtsbruch – Quo vadis?, GRUR 2003, 825.
- Dohrn**, Thomas: Die Generalklausel der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken – Ihre Interpretation und Umsetzung, Köln 2008 (zit.: *Dohrn*, Die Generalklausel).
- Dreyer**, Gunda: Verhaltenskodizes im Referentenentwurf eines ersten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen unlauteren Wettbewerb, WRP 2007, 1294.

- Duong Dinh**, Hai Van: Corporate Social Responsibility – Determinanten der Wahrnehmung, Wirkungsprozesse und Konsequenzen, Münster 2011 (zit.: *Duong Dinh, Corporate Social Responsibility*).
- Dzida**, Boris/Reinhard, Christian: Globale Rahmenabkommen: Zwischen Corporate Social Responsibility und gewerkschaftlichen Kampagnen, BB 2012, 2241.
- Ebenroth**, Carsten-Thomas: Code of Conduct – Ansätze zur vertraglichen Gestaltung internationaler Investitionen, Konstanz 1987 (zit.: *Ebenroth, Code of Conduct*).
- Ellen**, Pam Scholder/Webb, Deborah J./Mohr, Lois A.: Building Corporate Associations: Consumer Attributions for Corporate Socially Responsible Programs, Journal of the Academy of Marketing Science 34 (2), 147.
- Ernst**, Fabian: Corporate Social Responsibility (CSR) und das Wettbewerbsrecht, WRP 2010, 1304.
- Ewert**, Jonas: Wettbewerbsrechtliche Beurteilung von Umweltwerbung ohne Produktqualitätsbezug nach deutschem Recht und europäischem Gemeinschaftsrecht, Frankfurt am Main 1999 (zit.: *Ewert, Umweltwerbung*).
- Faber**, Angela: Gesellschaftliche Selbstregulierungssysteme im Umweltrecht – Unter besonderer Berücksichtigung von Selbstverpflichtungen, Köln 2001 (zit.: *Faber, Gesellschaftliche Selbstregulierungssysteme*).
- Federhoff-Rink**: Gerlind: Umweltschutz und Wettbewerbsrecht – Wettbewerbsrechtliche Prinzipien umweltbezogener Unternehmenskommunikation im europäischen Binnenmarkt, Heidelberg 1994 (zit.: *Federhoff-Rink, Unternehmens-kommunikation*).
- Fezer**, Karl-Heinz: Das Informationsgebot der Lauterkeitsrichtlinie als subjektives Verbraucherrecht – Zur Umsetzung des Art. 7 der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken in § 5 UWG, WRP 2007, 1021.
- Fezer**, Karl-Heinz: Lauterkeitsrecht – Kommentar zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), Band 1 §§ 1 – 4, 2. Auflage, München 2009 (zit.: *Fezer/Bearbeiter, Lauterkeitsrecht*).
- Fezer**, Karl-Heinz: Lebensmittelimitate, gentechnisch veränderte Produkte und CSR-Standards als Gegenstand des Informationsgebots im Sinne des Art. 7 UGP-RL – Lauterkeitsrechtliche Informationspflichten nach § 5a UWG zum Schutz vor irreführender Lebensmittelvermarktung, WRP 2010, 577.
- Frenzel**, Sten: Die Unlauterkeit anwaltlicher Berufsrechtsverstöße: zugleich: der Rechtsbruchstatbestand nach § 4 Nr. 11 UWG, Bonn 2005 (zit.: *Frenzel, Berufsrechtsverstöße*)
- Friedrich**, Roland: Umweltschutz durch Wettbewerbsrecht, WRP 1996, 1.
- Glinski**, Carola: Die rechtliche Bedeutung der privaten Regulierung globaler Produktionsstandards, Baden-Baden 2011 (zit.: *Glinski, Die rechtliche Bedeutung der privaten Regulierung*).
- Glöckner**, Jochen: Europäisches Lauterkeitsrecht, München 2006 (zit.: *Glöckner, Lauterkeitsrecht*).

- Glöckner**, Jochen: Corporate Social Responsibility und die Vorgaben des Unionsrechts, in: Corporate Social Responsibility – Verbindliche Standards des Wettbewerbsrechts? (hrsg. von Reto M. Hilty, Frauke Henning-Bodewig), Berlin, Heidelberg 2014, S 127ff. (zit.: *Glöckner, Corporate Social Responsibility*).
- Glöckner**, Jochen: Rechtsbruchtatbestand oder ... The Saga Continues!, GRUR 2013, 568.
- Glöckner**, Jochen: Richtlinienvorschlag über unlautere Geschäftspraktiken, deutsches UWG oder die schwierige Umsetzung von europarechtlichen Generalklauseln, WRP 2004, 936.
- Glöckner**, Jochen: Wettbewerbsbezogenes Verständnis der Unlauterkeit und Vorsprungserlangung durch Rechtsbruch, GRUR 2008, 960.
- Gloy**, Wolfgang/Loschelder, Michael: Handbuch des Wettbewerbsrechts, 3. Auflage, München 2005 (zit.: *Gloy/Loschelder/Bearbeiter, Wettbewerbsrecht*).
- Götting**, Horst-Peter/Meyer, Justus/Vormbrock, Ulf: Gewerblicher Rechtsschutz und Wettbewerbsrecht – Praxishandbuch, Baden-Baden 2011 (zit.: *Götting/Meyer/Vormbrock/ Bearbeiter, Gewerblicher Rechtsschutz*).
- Götting**, Horst-Peter/Nordemann, Axel: UWG – Handkommentar, 2. Auflage, Baden-Baden 2013 (zit.: *Götting/Nordemann/Bearbeiter, UWG*).
- Grabitz**, Eberhard/Hilf, Meinhard: Das Recht der Europäischen Union (hrsg. von Martin Nettesheim), Band I EUV/AEUV, 53. Ergänzungslieferung, München 2014 (zit.: *Grabitz/Hilf/Bearbeiter, Recht der Europäischen Union*).
- Grotelüschen**, Henning/Karenfort, Jörg: Die Herstellerpflichten nach dem neuen ElektroG und ihre wettbewerbsrechtliche Relevanz, BB 2006, 955.
- Harrigan**, Kathryn Rudie: Unternehmensstrategien für reife und rückläufige Märkte, Frankfurt am Main 1989 (zit.: *Harrigan, Unternehmensstrategien*).
- Harte-Bavendamm**, Henning/Henning-Bodewig, Frauke: Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb – Kommentar, 4. Auflage, München 2016 (zit.: *Harte/Henning/Bearbeiter, UWG, 4. Auflage*).
- Harte-Bavendamm**, Henning/Henning-Bodewig, Frauke: Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb – Kommentar, 3. Auflage, München 2013 (zit.: *Harte/Henning/Bearbeiter, UWG*).
- Harte-Bavendamm**, Henning/Henning-Bodewig, Frauke: Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb – Kommentar, 2. Auflage, München 2009 (zit.: *Harte/Henning/Bearbeiter, UWG, 2. Auflage*).
- Hartwig**, Henning: »H.I.V. Positive II« – zugleich Abschied vom Verbot »gefühlsbetonter Werbung«?, WRP 2003, 582.
- Hartwig**, Henning: Über das Verhältnis von informativer und suggestiver Werbung, WRP 1997, 825.
- Heermann**, Peter W.: Anmerkung zu BGH, Urt. v. 22.9.2005 – I ZR 55/02 (zur Zulässigkeit gefühlsbetonter Werbung), JZ 2006, 318.
- Heermann**, Peter W.: Lauterkeitsrechtliche Informationspflichten bei Verkaufsförderungsmaßnahmen, WRP 2005, 141.
- Hefermehl**, Wolfgang: Grenzen des Lauterkeitsschutzes, GRUR Int 1983, 507.

Helm, Horst: Hohes Verbraucherschutzniveau – Zur Umsetzung der UGP-Richtlinie 2005/29/EG, WRP 2013, 710.

Henning-Bodewig, Frauke/Schricker, Gerhard: Stellungnahme des Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Patent-, Urheber- und Wettbewerbsrecht zum Grünbuch zum Verbraucherschutz in der EU KOM (2002) 531 endg, GRUR Int 2002, 319.

Henning-Bodewig, Frauke/Liebenau, Diana: Corporate Social Responsibility (CSR) – verbindliche Standards des Wettbewerbsrechts? – Tagungsbericht über einen am 16./17.5.2013 vom Max-Planck-Institut für Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht veranstalteten Workshop, GRUR-Int 2013, 753.

Henning-Bodewig, Frauke: Der Schutzzweck des UWG und die Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken, GRUR 2013, 238.

Henning-Bodewig, Frauke: Neue Aufgaben für die Generalklausel des UWG? – Von »Benetton« zu »Büsengrapscher« –, GRUR 1997, 180.

Henning-Bodewig, Frauke: Richtlinievorschlag über unlautere Geschäftspraktiken und UWG-Reform, GRUR Int 2004, 183 (190).

Henning-Bodewig, Frauke: Der »ehrbare Kaufmann«, Corporate Social Responsibility und das Lauterkeitsrecht, WRP 2011, 1014.

Henning-Bodewig, Frauke: UWG und Geschäftsethik, WRP 2010, 1094.

Hennings, Antje: Über das Verhältnis von multinationalen Unternehmen zu Menschenrechten – Eine Bestandsaufnahme aus juristischer Perspektive, Göttingen 2009 (zit.: *Hennings*, Verhältnis von multinationalen Unternehmen).

Herberg, Martin: Codes of Conduct und kommunikative Vernunft – Rechtssoziologische Überlegungen zu den umweltbezogenen Selbstverpflichtungen transnationaler Chemiekonzerne, Zeitschrift für Rechtssoziologie 22 (1), 25.

Herberg, Martin: Globalisierung und private Selbstregulierung – Umweltschutz in multinationalen Unternehmen, Frankfurt am Main 2007 (zit.: *Herberg*, Globalisierung und private Selbstregulierung).

Herrnberger, Christian: Wettbewerbsrechtlicher Schutz vor Kinderarbeit, Frankfurt am Main 2013 (zit.: *Herrnberger*, Wettbewerbsrechtlicher Schutz).

Heitmark, Sven: »Wettbewerbsfunktionales Verständnis« im Lauterkeitsrecht, GRUR 2014, 437.

Himmels, Sabine: Behavioural Targeting im Internet: Datenschutz durch lauterkeitsrechtlich gestützte Selbstregulierung?, Frankfurt am Main 2013 (zit.: *Himmels*, Behavioural Targeting).

Hobe, Stephan: Der offene Verfassungsstaat zwischen Souveränität und Interdependenz – eine Studie zur Wandlung des Staatsbegriffs der deutschsprachigen Staatslehre im Kontext internationaler institutionalisierter Kooperation, Berlin 1998 (zit.: *Hobe*, Der offene Verfassungsstaat)

Hoeren, Thomas: Das neue UWG – Der Regierungsentwurf im Überblick, BB 2008, 1182.

Hoeren, Thomas: Selbstregulierung im Banken- und Versicherungsrecht, Münster 1995 (zit.: *Hoeren*, Selbstregulierung).

Huff, Martin W.: Wettbewerbswidrigkeit eines Fernsehspots mit Kindereinsatz, EwiR 1992, 701.

- Hüffer**, Uwe/Koch, Jens: *Aktiengesetz*, 12. Auflage, München 2016 (zit.: Hüffer/Koch/*Bearbeiter*, AktG).
- Immenga**, Ullrich/Mestmäcker, Ernst-Joachim: *Wettbewerbsrecht Band 2 – Kommentar zum deutschen Kartellrecht*, 5. Auflage, München 2014 (zit.: Immenga/Mestmäcker /*Bearbeiter*, *Wettbewerbsrecht*, Band 2)
- Immenga**, Ullrich/Mestmäcker, Ernst-Joachim: *Wettbewerbsrecht Band 1 – Kommentar zum europäischen Kartellrecht*, 5. Auflage, München 2012 (zit.: Immenga/Mestmäcker /*Bearbeiter*, *Wettbewerbsrecht*, Band 1)
- Isele**, Jan-Felix: Von der »Wettbewerbshandlung« zur »geschäftlichen Handlung«: Hat die »Änderung der Voreinstellung« ausgedient?, *GRUR* 2009, 727.
- Jacobs**, Rainer: Zur wettbewerbsrechtlichen Beurteilung der Werbung für eine Zigarette unter der Bezeichnung »mild«, *WRP* 1993, 699.
- John**, Martin: Lauterkeitsrechtliche Grenzen kommunikativer Sponsoringmaßnahmen im Sport, *Tübingen* 2012 (zit.: *John*, *Sponsoringmaßnahmen*).
- Jonker**, Jan/Stark, Wolfgang/Tewes, Stefan: *Corporate Social Responsibility und nachhaltige Entwicklung – Einführung, Strategie und Glossar*, Heidelberg 2011 (zit.: *Jonker/Stark/Tewes*, *Corporate Social Responsibility*).
- Kerkow**, Uwe/Martens, Jens: *Sonderwirtschaftszonen – Entwicklungsmotoren oder teure Auslaufmodelle der Globalisierung?* (hrsg. von DGB Bildungswerk BUND, Global Policy Forum Europe, terre des hommes) Düsseldorf, Bonn, Osnabrück 2010 (zit.: *Kerkow/Martens*, *Sonderwirtschaftszonen*).
- Keßler**, Jürgen/Micklitz, Hans-W.: *BB-Europareport: Der Richtlinienvorschlag über unlautere Praktiken im binnenmarktinternen Geschäftsverkehr*, BB 2003, 2073.
- Keßler**, Jürgen/Micklitz, Hans-W.: Die Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken im binnenmarktinternen Geschäftsverkehr zwischen Unternehmen und Verbrauchern, *BB-Special* 2005, Nr. 13, 1.
- Kießling**, Erik/Kling, Michael: Die Werbung mit Emotionen, *WRP* 2002, 615.
- Kisseler**, Marcel: Die Werbeselbstkontrolle in Deutschland, in: *Festschrift für Henning Piper zum 65. Geburtstag* (hrsg. von Willi Erdmann, Wolfgang Gloy, Rolf Herber), München 1996, S. 283ff. (zit.: *Kisseler*, FS Piper).
- Kisseler**, Marcel: *Wettbewerbsrecht und Umweltschutz*, *WRP* 1994, 149.
- Klindt**, Thomas: Der »new approach« im Produktrecht des europäischen Binnenmarkts: Vermutungswirkung technischer Normung, *EuZW* 2002, 133.
- Kocher**, Eva: *Corporate Social Responsibility – Eine gelungene Inszenierung?*, *KJ* 2010, 29.
- Kocher**, Eva: Unternehmerische Selbstverpflichtungen im Wettbewerb – Die Transformation von »soft law« in »hard law« durch das Wettbewerbsrecht, *GRUR* 2005, 647.
- Koeltz**, Kristina: *Menschenrechtsverantwortung multinationaler Unternehmen – Eine Untersuchung »weicher« Steuerungsinstrumente im Spannungsfeld Wirtschaft und Menschenrechte*, Berlin 2010 (zit.: *Koeltz*, *Menschenrechtsverantwortung*).
- Köhler**, Helmut/Bornkamm, Joachim: *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb – Kommentar*, 34. Auflage, München 2016 (zit.: Köhler/Bornkamm/*Bearbeiter*, UWG, 34. Auflage).

- Köhler**, Helmut/Bornkamm, Joachim: Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb – Kommentar, 33. Auflage, München 2015 (zit.: Köhler/Bornkamm/*Bearbeiter*, UWG).
- Köhler**, Helmut: Das neue UWG 2015: Was ändert sich für die Praxis?, NJW 2016, 593.
- Köhler**, Helmut: »Fachliche Sorgfalt« – Der weiße Fleck auf der Landkarte des UWG, WRP 2012, 22.
- Köhler**, Helmut: Die UWG-Novelle 2008, WRP 2009, 109.
- Köhler**, Helmut: UWG-Reform 2015: Im Regierungsentwurf nicht angesprochene Defizite bei der Umsetzung der UGP-Richtlinie, WRP 2015, 1037.
- Kolvenbach**, Walter: Verhaltenskodizes für multinationale Unternehmen: Problem oder Hoffnung?, in: Festschrift für Arno Sölter (hrsg. von Clemens-August Andreeae und Werner Benisch), Köln 1982, S. 381ff. (zit.: *Kolvenbach*, Verhaltenskodizes für multinationale Unternehmen).
- Köpke**, Ronald/Röhr, Wolfgang: Codes of Conduct – Verhaltensnormen für Unternehmen und ihre Überwachung, Köln 2003 (zit.: *Köpke/Röhr*, Codes of Conduct).
- Kopp**, Philipp: Selbstkontrolle durch Verhaltenskodizes im europäischen und deutschen Lauterkeitsrecht, Berlin 2016 (zit.: *Kopp*, Selbstkontrolle durch Verhaltenskodizes).
- Kopp**, Reinholt/Klostermann, Eva A.: Vorsicht Falle: Verhaltenskodizes im reformierten Lauterkeitsrecht des UWG, CCZ 2009, 155.
- Körber**, Thomas C./Heinlein, Katharina: Informationspflichten und neues UWG, WRP 2009, 780.
- Kort**, Michael: Verhaltensstandardisierung durch Corporate Compliance, NZG 2008, 81.
- Kroker**, Patrick: Menschenrechte in der Compliance, CCZ 2015, 120.
- Kunz-Hallstein**, Hans P./Loschelder, Michael: Stellungnahme zum »Grünbuch zum Verbraucherschutz in der Europäischen Union«, GRUR 2002, 408.
- Lamberti**, Andrea/Wendel, Dominik: Verkäufe außerhalb von Vertriebsbindungssystemen – Bringt die UWG-Reform neue Handlungsmöglichkeiten gegen »Außenseiter«?, WRP 2009, 1479
- Lambsdorff**, Hans Georg Graf/Jäger, Stephan: Die individuelle Verantwortlichkeit in der umweltbezogenen Werbung, BB 1992, 2297.
- Lange**, Knut Werner: Verhindern die Zivilgerichte das soziale Engagement von Unternehmen?, WRP 1999, 893.
- Latzer**, Michael/Just, Natascha/Saurwein, Florian/Slominski, Peter: Selbst- und Ko-Regulierung im Mediamatiksektor – Alternative Regulierungsformen zwischen Staat und Markt, Wiesbaden 2002 (zit.: *Latzer/Just/Saurwein/Slominski*, Selbst- und Ko-Regulierung).
- Lederer**, Beatrice: Das Verbraucherleitbild im Internet, NJOZ 2011, 1833.
- Lehmann**, Alexandra: Werbeselbstkontrolle in Italien und Deutschland – Vor- und Nachteile der Systeme freiwilliger Selbstregulierung im Vergleich, Tönning 2005 (zit.: *Lehmann*, Werbeselbstkontrolle).

- Lettl**, Tobias: Lauterkeitsrechtliches Irreführungsverbot und das Recht auf freie Meinungsäußerung – zugleich ein Beitrag zur Dogmatik des Begriffes der Irreführung im europäischen und deutschen Lauterkeitsrecht, in: Festschrift für Joachim Bornkamm zum 65. Geburtstag (hrsg. von Wolfgang Büscher, Willi Erdmann, Maximilian Haedicke, Helmut Köhler, Michael Loschelder), München 2014, S. 407ff. (zit.: *Lettl*, FS Bornkamm).
- Lettl**, Tobias: Der Schutz der Verbraucher nach der UWG-Reform, GRUR 2004, 449
- Lettl**, Tobias: Das neue UWG, GRUR-RR 2009, 41.
- Lindacher**, Walter F.: Wettbewerbswidrigkeit einer Werbung unter Verstoß gegen das sogenannte Mild-Abkommen der Zigarettenindustrie, EwiR 1993, 497.
- Lindacher**, Walter F.: Geltungsweiteprobleme bei Black List-Irreführungsverboten – Zur Bedeutung der Merkmale »unwahre Angabe« und »Erwecken des Eindrucks ...«, WRP 2012, 40.
- Loewenheim**, Ulrich/Meessen, Karl M./Riesenkampff, Alexander: Kartellrecht – Kommentar, 2. Auflage, München 2009 (zit.: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff/ *Bearbeiter*, Kartellrecht).
- Loschelder**, Michael/Erdmann, Willi: Handbuch des Wettbewerbsrechts, 4. Auflage, München 2010 (zit.: Loschelder/Erdmann/ *Bearbeiter*, Wettbewerbsrecht).
- Makowski**, Gösta Christian: Kartellrechtliche Grenzen der Selbstregulierung, Baden-Baden 2007 (zit.: *Makowski*, Kartellrechtliche Grenzen).
- Marburger**, Peter: Die Regeln der Technik im Recht, Köln 1979 (zit.: *Marburger*, Regeln der Technik).
- Maunz**, Theodor/Dürig, Günter (Hrsg.): Grundgesetz – Kommentar Band IV Art. 23 – 53a, 71. Auflage, München 2014 (zit.: *Maunz/Dürig*/ *Bearbeiter*, Grundgesetz).
- Mees**, Hans-Kurt: Normwidrigkeit und § 1 UWG, WRP 1985, 373.
- Metz**, Alexander: Verbraucherschützende Informationspflichten in der Werbung: eine Analyse rechtlicher und ökonomischer Rahmenbedingungen, München 2008 (zit.: *Metz*, Informationspflichten).
- Michael**, Lothar: Rechtsetzende Gewalt im kooperierenden Verfassungsstaat: Normprägende und normersetzende Absprachen zwischen Staat und Wirtschaft, Bayreuth 2002 (zit.: *Michael*, Rechtsetzende Gewalt).
- Michalski**, Lutz/Riemenschneider, Markus: Irreführende Werbung mit der Umweltfreundlichkeit von Produkten – Eine Rechtsprechungsanalyse, BB 1994, 1157.
- Micklitz**, Hans W./Keßler, Jürgen: Europäisches Lauterkeitsrecht – Dogmatische und ökonomische Aspekte einer Harmonisierung des Wettbewerbsverhaltensrechts im europäischen Binnenmarkt, GRUR-Int 2002, 885.
- Micklitz**, Hans-W./Keßler, Jürgen: Funktionswandel im UWG, WRP 2003, 919.
- Münchener Kommentar zum Aktiengesetz** (hrsg. von Wulf Goette und Matthias Habersack), Band 2, 4. Auflage, München 2014 (zit.: MüKo/AktG/ *Bearbeiter*).
- Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch** (hrsg. von Franz Jürgen Säcker und Roland Rixecker), Band 2, , 6. Auflage, München 2012 (zit.: MüKo/BGB/ *Bearbeiter*).

- Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch** (hrsg. von Franz Jürgen Säcker und Roland Rixecker), Band 3, 6. Auflage, München 2012 (zit.: MüKo/BGB/*Bearbeiter*).
- Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch** (hrsg. von Karsten Schmidt), Band 5, 3. Auflage, München 2013 (zit.: MüKo/HGB/*Bearbeiter*).
- Münchener Kommentar zum Lauterkeitsrecht** (hrsg. von Peter W. Heermann und Jochen Schlingloff), Band 1, 2. Auflage, München 2014 (zit.: MüKo/UWG/*Bearbeiter*).
- Neuberger**, Julius: Der wettbewerbsrechtliche Gewinnabschöpfungsanspruch im europäischen Rechtsvergleich, Tübingen 2006 (zit.: *Neuberger*, Gewinnabschöpfungsanspruch).
- Nicklisch**, Fritz: Wechselwirkungen zwischen Technologie und Recht – Zur kontrollierten Rezeption wissenschaftlich-technischer Standards durch die Rechtsordnung, NJW 1982, 2633.
- Niebel**, Rembert/Jauch, Andreas: Die UWG-Reform 2015 – ein Überblick über die Auswirkungen in der Praxis, BB 2016, 259.
- Niederleithinger**, Ernst: Normierung und Selbstregulierung aus der Sicht des Wettbewerbsrechts, ZLR 1997, 329.
- Ohly**, Ansgar/Liebenau, Diana: Corporate Social Responsibility: Unmittelbare Beurteilung auf der Grundlage der lauterkeitsrechtlichen Generalklausel, in: Corporate Social Responsibility – Verbindliche Standards des Wettbewerbsrechts? (hrsg. von Reto M. Hilty, Frauke Henning-Bodewig), Berlin, Heidelberg 2014, S. 197ff. (zit.: *Ohly/Liebenau*, Corporate Social Responsibility).
- Ohly**, Ansgar/Sosnitza, Olaf: Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb – Kommentar, 7. Auflage, München 2016 (zit.: *Ohly/Sosnitza/Bearbeiter*, UWG, 7. Auflage).
- Ohly**, Ansgar/Sosnitza, Olaf: Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb – Kommentar, 6. Auflage, München 2015 (zit.: *Ohly/Sosnitza/Bearbeiter*, UWG).
- Ohly**, Ansgar: Das neue UWG – Mehr Freiheit für den Wettbewerb?, GRUR 2004, 889.
- Ohly**, Ansgar: Das neue UWG im Überblick, GRUR 2016, 3.
- Omsels**, Hermann-Josef: Kritische Anmerkungen zur Bestimmung der Irreführungsgefahr, GRUR 2005, 548.
- Pfeifer**, Karl-Nikolaus: Die Zukunft der irreführenden Geschäftspraktiken, WRP 2008, 556.
- Pfeifer**, Karl-Nikolaus: Schutz ethischer Werte im Europäischen Lauterkeitsrecht oder rein wirtschaftliche Betrachtungsweise?, in: Lauterkeitsrecht und Acquis Communautaire (hrsg. von Reto M. Hilty, Frauke Henning-Bodewig), Berlin, Heidelberg 2009, S. 125ff. (zit.: *Pfeifer*, Acquis Communautaire).
- Piper**, Henning/Ohly, Ansgar: Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb – Mit Preisangabeverordnung, 4. Auflage, München 2006 (zit.: *Piper/Ohly/Bearbeiter*, UWG, 4. Auflage).
- Piper**, Henning: Warenproduktion und Lauterkeitsrecht – Eine Anmerkung zum Urteil des Bundesgerichtshofs vom 11.5.2000 – I ZR 28/98, BGHZ 144, 255 = WRP 2000, 1116 = GRUR 2000, 1076 – Abgasemissionen, WRP 2002, 1197.

Podszun, Rupprecht: Corporate Social Responsibility-Standards: Rechtstheoretische Aspekte und die Frage, was den »Markenkern« der Rechtswissenschaft ausmacht, in: Corporate Social Responsibility – Verbindliche Standards des Wettbewerbsrechts? (hrsg. von Reto M. Hilty, Frauke Henning-Bodewig), Berlin, Heidelberg 2014, S. 51ff. (zit.: *Podszun, Corporate Social Responsibility*).

Pokrant, Günther: Zum Verhältnis von Gewinnabschöpfung gemäß § 10 und Schadensersatz nach § 9 UWG, in: Festschrift für Eike Ullmann (hrsg. von Hans-Jürgen Ahrens), Saarbrücken 2006, S. 813ff. (zit.: *Pokrant, FS Ullmann*).

Puppis, Manuel/Künzler, Matthias/Schade, Edzard/Donges, Patrick/Dörr, Bianka/Ledergerber, Andreas/Vogel, Martina: Selbstregulierung und Selbstorganisation, Zürich 2004 (zit.: *Puppis/Künzler/Bearbeiter, Selbstregulierung und Selbstverantwortung*).

Rademacher, Nicole Denise: Das Tabakwerbeverbot im nationalen und internationalen Vergleich, ZRP 2001, 64.

Reichold, Hermann: Unlautere Werbung mit der Realität? – Unlauterkeitsmaßstäbe bei produktunabhängiger Imagewerbung, WRP 1994, 219.

Rest, Alfred/Leinemann, Ralf: Die Umweltkatastrophe vor Alaska – Wer bezahlt die Rechnung für die Ölpest der »Exxon Valdez?«, VersR 1989, 653.

Roller, Gerhard: Wettbewerbsrechtliche Grenzen einer Werbung mit einem Klimaschutz-Label (»CO²-Fußabdruck«), ZUR 2014, 211.

Rommelspacher, Marion: Corporate Social Responsibility aus Konsumentensicht – Entstehung der CSR-Beurteilung und ausgewählte Erfolgswirkungen, Marburg 2011 (zit.: *Rommelspacher, CSR aus Konsumentensicht*).

Roßnagel, Alexander: Weltweites Internet – globale Rechtsordnung?, MMR 2002, 67.

Rostow, Eugene/Nye, Joseph/Ball, George W.: The need for international arrangements, in: Global Companies: The political economy of world business (hrsg. von George W. Ball), Englewood-Cliffs, New York 1975, S. 64ff. (zit.: *Rostow/Nye/Ball, International Arrangements*).

Roth, Ina: Umweltbezogene Unternehmenskommunikation im deutschen und europäischen Wettbewerbsrecht, Frankfurt am Main 2000 (zit.: *Roth, Unternehmenskommunikation*).

Röthel, Anne: Normkonkretisierung im Privatrecht, Tübingen 2004 (zit.: *Röthel, Normkonkretisierung*).

Sack, Rolf: Betriebliche Herkunftstäuschungen und § 5 UWG, WRP 2014, 1130.

Sack, Rolf: Der Gewinnabschöpfungsanspruch von Verbänden in der geplanten UWG-Novelle, WRP 2003, 546.

Sack, Rolf: Die wettbewerbsrechtliche Durchsetzung arbeitsrechtlicher Normen, WRP 1998, 682.

Sack, Rolf: Gesetzeswidrige Wettbewerbshandlungen nach der UWG-Novelle, WRP 2004, 1307.

Sack, Rolf: Internationales Lauterkeitsrecht nach der Rom II-VO, WRP 2008, 845.

Sack, Rolf: Lauterer und leistungsgerechter Wettbewerb durch Wettbewerbsregeln von Verbänden, §§ 24ff. GWB, WRP 2001, 595.

- Schendel**, Frank Andreas: *Selbstverpflichtungen der Industrie als Steuerungsinstrument im Umweltschutz*, NVwZ 2001, 494.
- Scherer**, Inge: »Case law« in Gesetzesform – Die »schwarze Liste« als neuer UWG-Anhang, NJW 2009, 324.
- Scherer**, Inge: Die »Verbrauchergeneralklausel« des § 3 II S. 1 UWG – Eine überflüssige Norm, WRP 2010, 586.
- Scherer**, Inge: Die Neuregelung der aggressiven geschäftlichen Handlung in § 4a UWG, GRUR 2016, 233.
- Scherer**, Inge: Marktverhaltensregeln im Interesse der Marktbeteiligten – Funktionsorientierte Ausrichtung des neuen Rechtsbruchtatbestandes in § 4 Nr. 11 UWG, WRP 2006, 401.
- Scherer**, Inge: Was bringt die »schwarze Liste« tatsächlich? Bestandsaufnahme und Konsequenzen, WRP 2011, 393.
- Schmidhuber**, Martin: *Verhaltenskodizes im nationalen und grenzüberschreitenden elektronischen Geschäftsverkehr – Zur Frage der Integration der Selbstregulierung durch Private in die staatliche Rechtsordnung*, Frankfurt am Main 2004 (zit.: *Schmidhuber*, Verhaltenskodizes).
- Schmidhuber**, Martin: *Verhaltenskodizes im neuen UWG – Überlegungen zur Bedeutung für die lauterkeitsrechtliche Praxis in Deutschland*, WRP 2010, 593.
- Schmidt**, Marlene: Lauterkeit nicht produktbezogener Umweltwerbung – »Artenschutz«, ZUR 2006, 311.
- Schmidt-Preuß**, Matthias: Normierung und Selbstnormierung aus der Sicht des öffentlichen Rechts, ZLR 1997, 249.
- Schmidt-Salzer**, Joachim: *Verbraucherschutz, Produkthaftung, Umwelthaftung, Unternehmensverantwortung*, NJW 1994, 1305.
- Schneider**, Andreas/Schmidpeter, Rene: *Corporate Social Responsibility – Verantwortungsvolle Unternehmensführung in Theorie und Praxis*, Heidelberg 2012 (zit.: Schneider/Schmidpeter/*Bearbeiter*, Corporate Social Responsibility).
- Schoenheit**, Ingo: Die volkswirtschaftliche Bedeutung der Verbraucherinformation, in: *Politikfeld Verbraucherschutz* (hrsg. von Brandenburgische Landeszentrale für politische Bildung), Potsdam, Berlin 2004, S. 47ff. (zit.: Schoenheit, Verbraucherinformation).
- Schoenheit**, Ingo: Corporate Social Responsibility und die Konsumenten, in: *Corporate Social Responsibility – Verbindliche Standards des Wettbewerbsrechts?* (hrsg. von Reto M. Hilty, Frauke Henning-Bodewig), Berlin, Heidelberg 2014, S. 41ff. (zit.: Schoenheit, Corporate Social Responsibility).
- Schöttle**, Hendrik: Die schwarze Liste – Übersicht über die neuen Spezialtatbestände des Anhangs zu § 3 III UWG, WRP 2009, 673.
- Schricker**, Gerhard: *Gesetzesverletzung und Sittenverstoß: Rechtsvergleichende Untersuchung zur wettbewerbsrechtlichen Haftung bei Verletzung außerwettbewerbsrechtlicher Normen*, München 1970 (zit.: Schricker, *Gesetzesverletzung*).
- Schulze**, Götz: Das Geschäft mit der Stimme – Zur Sittenwidrigkeit von Verträgen über sog. Telefonsex, JuS 1999, 636.

- Seichter**, Dirk: Das Regenwaldprojekt – Zum Abschied von der Fallgruppe der gefühltsbetonten Werbung, WRP 2007, 230.
- Sieme**, Stefan: Die Auslegung des Begriffs »zu Lasten« in § 10 UWG und § 34a GWB, WRP 2009, 914.
- Sosnitza**, Olaf: Der Gesetzentwurf zur Umsetzung der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken, WRP 2008, 1014.
- Sosnitza**, Olaf: Wettbewerbsbeschränkungen durch die Rechtsprechung – Erscheinungsformen und Ursachen auf dem Gebiet des Lauterkeitsrechts, Baden-Baden 1995 (zit.: *Sosnitza, Wettbewerbsbeschränkungen*).
- Spätgens**, Klaus: Wettbewerbsrechtsprechung im Wandel – Anmerkungen zu den jüngsten Entwicklungen, in: *Festschrift für Winfried Tilman zum 65. Geburtstag* (hrsg. von Erhard Keller), Köln, Berlin, Bonn, München 2003, S. 239ff. (zit.: *Spätgens*, FS Tilman).
- Spießhofer**, Birgit: Wirtschaft und Menschenrechte – Rechtliche Aspekte der Corporate Social Responsibility, NJW 2014, 2473.
- Spindler**, Gerald/Schuster, Fabian: Recht der elektronischen Medien – Kommentar, 3. Auflage, München 2015 (zit.: *Spindler/Schuster/Bearbeiter, Recht der elektronischen Medien*).
- Steinbeck**, Anja: Irrwege bei der Irreführung durch Unterlassen, WRP 2011, 1221.
- Steingass**, Sibille/Teworte, Marie-Christine: Stellung und Reichweite des Transparenzgebotes im neuen UWG, WRP 2005, 676.
- Stolterfoth**, Joachim N.: Der Wettbewerbsrichter als Verwaltungsjurist: Erwägungen zum Vorsprung durch Rechtsbruch, in: *Beiträge zum Handels- und Wirtschaftsrecht : Festschrift für Fritz Rittner zum 70. Geburtstag* (hrsg. von Manfred Löwisch), München 1991, S. 695ff. (zit.: *Stolterfoth*, FS Rittner).
- Stutz**, Claudia Elif: Wertbezogene Normen und unlauterer Wettbewerb, Berlin 2004 (zit.: *Stutz*, Wertbezogene Normen).
- Svigac**, Konstantin: Die Schlechtleistung als Lauterkeitsverstoß, NJOZ 2013, 721.
- Taupitz**, Jochen: Die Standesordnungen der freien Berufe: Geschichtliche Entwicklung, Funktionen, Stellung im Rechtssystem, Berlin 1991 (zit.: *Taupitz, Standesordnungen*).
- Teplitzky**, Otto/Pfeifer, Karl-Nikolaus/Leistner, Matthias: Großkommentar zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb mit Nebengesetzen, Band 1: Einleitung, §§ 1 – 3, Band 2: §§ 4 – 7, 2. Auflage, Berlin 2013 (zit.: *Teplitzky/Pfeifer/Leistner/Bearbeiter*, Großkommentar UWG).
- Tettinger**, Peter J.: Rechtsschutz gegen kommunale Wettbewerbsteilnahme, NJW 1998, 3473.
- Thüsing**, Gregor: International Framework Agreements: Rechtliche Grenzen und praktischer Nutzen, RdA 2010, 78.
- Ullmann**, Eike: Juris Praxiskommentar zum UWG, 3. Auflage, Saarbrücken 2013 (zit.: *Ullmann/Bearbeiter, jurisPK-UWG*).
- Ullmann**, Eike: Einige Bemerkungen zur Meinungsfreiheit in der Wirtschaftswerbung, GRUR 1996, 948.

- van den Bergh**, Roger/Lehmann, Michael: Informationsökonomie und Verbraucherschutz im Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht, GRUR-Int 1992, 588.
- Vedder**, Hans: Competition law and environmental protection in Europe: towards sustainability?, Groningen 2003 (zit.: *Vedder*, Competition law).
- Veelken, Winfried**: Kundenfang gegenüber dem Verbraucher – Bemerkungen zum EG-Richtlinienentwurf über unlautere Geschäftspraktiken, WRP 2004, 1.
- Vieweg**, Klaus: Verbraucherschutz durch technische Normen und vergleichende Warentests, NJW 1987, 2726.
- Voland**, Thomas: Unternehmen und Menschenrechte – vom Soft Law zur Rechtspflicht, BB 2015, 67.
- Von Walter**, Axel: Corporate Social Responsibility und das Irreführungsverbot nach den §§ 5, 5a UWG, in: Corporate Social Responsibility – Verbindliche Standards des Wettbewerbsrechts? (hrsg. von Reto M. Hilty, Frauke Henning-Bodewig), Berlin, Heidelberg 2014 (zit.: *von Walter*, Corporate Social Responsibility).
- Von Walter**, Axel: Rechtsbruch als unlauteres Marktverhalten: Tatbestand und Anwendungsbereich des § 4 Nr. 11 UWG in Abgrenzung zur Fallgruppe »Vorsprung durch Rechtsbruch«, Tübingen 2007 (zit.: *von Walter*, Rechtsbruch).
- Weber**, Rolf H./Weber, Romana: Unlauteres Marktverhalten des Importeurs bei Nichteinhaltung von Arbeitsbedingungen durch ausländische Lieferanten?, GRUR Int 2008, 899.
- Weilert**, Katarina: Transnationale Unternehmen im rechtsfreien Raum? Geltung und Reichweite völkerrechtlicher Standards, ZaÖRV 2009, 883.
- Wiebe**, Andreas: Die »guten Sitten« im Wettbewerb – eine europäische Regelungsaufgabe?, WRP 2002, 283.
- Wiedemann**, Herbert: Rechtsethische Maßstäbe im Unternehmens- und Gesellschaftsrecht, ZGR 1980, 147.
- Wilburg**, Walter: Entwicklung eines beweglichen Systems im bürgerlichen Recht, Graz 1950 (zit.: *Wilburg*, Entwicklung eines beweglichen Systems).
- Winter**, Gerd: Die Umweltverantwortung multinationaler Unternehmen: Selbststeuerung und Recht bei Auslandsdirektinvestitionen, Baden-Baden 2005 (zit.: *Winter*, Die Umweltverantwortung).
- Zabel**, Eckhard: Die wettbewerbsrechtliche Zulässigkeit produktunabhängiger Image-Werbung, Hannover 1998 (zit.: *Zabel*, Image-Werbung).
- Zeppernick**, Martin: Die Beurteilung von Wettbewerbshandlungen ohne Vor- und Rückschau? – zugleich eine Anmerkung zum BGH-Urteil vom 11. Mai 2000 (Az.: I ZR 28/98) – Abgasemissionen, WRP 2000, 1069.
- Ziegler**, Peter: Anmerkung zur Entscheidung des Gerichtshofes im Fall »Abgasemissionen« – I ZR 28/98 –, ZUR 2001, 34.
- Zimmer**, Reingard: Soziale Mindeststandards und ihre Durchsetzungsmechanismen – Sicherung internationaler Mindeststandards durch Verhaltenskodizes?, Baden-Baden 2008 (zit.: *Zimmer*, Soziale Mindeststandards).

II Weitere Literatur und untersuchte Verhaltenskodizes

ADIDAS AG: Adidas Workplace Standards, Version 1/2006, abrufbar unter: http://www.adidas-group.com/media/filer_public/2013/07/31/german_workplace_standards_de.pdf, zuletzt abgerufen am 24.4.2014 (zit.: *Adidas*, Workplace Standards).

Andersen, Svend: Einführung in die Ethik, Berlin, New York 2000 (zit.: *Andersen*, Einführung in die Ethik).

BASF SE: Ein Unternehmen – Ein Verhaltenskodex: Das BASF Compliance – Programm, 1. Auflage, abrufbar unter: https://www.bASF.com/documents/corp/de/about-us/management/BASF_Compliance_Brochure_2012.pdf, zuletzt abgerufen am 21.6.2015 (zit.: *BASF*, Verhaltenskodex).

BSCI (Business Social Compliance Initiative): BSCI-Verhaltenskodex, Stand Januar 2014, abrufbar unter: http://www.fta-intl.org/sites/default/files/BSCI%20Code%20of%20Conduct_DE_2014.pdf, zuletzt abgerufen am 13.7.2015 (zit.: *BSCI*, Verhaltenskodex).

Duden: Das große Wörterbuch der deutschen Sprache in zehn Bänden, Band 5, 3. Auflage, Mannheim 1999 (zit.: Duden).

F. Hoffmann-La Roche Ltd.: Verhaltenskodex der Roche-Gruppe, Stand Januar 2010, abrufbar unter: http://www.roche.com/de/code_of_conduct.pdf, zuletzt abgerufen am 24.4.2014 (zit.: *F.Hoffmann-La Roche*, Verhaltenskodex).

Hermanns, Arnold/Leman, Fritjof: Corporate Social Responsibility und Sponsoring im Fokus – Sponsoring Trends 2010 (hrsg. von BBDO Live GmbH), Bonn 2010 (zit.: *Hermanns/Leman*, Sponsoring Trends 2010).

ILO (International Labour Organisation): Overview of global developments and Office activities concerning codes of conduct, social labelling and other private sector initiatives addressing labour issues, Genf 1998 (*ILO*, Overview of global Developments).

Imug (Institut für Markt-Umwelt-Gesellschaft e. V.): CSR Informationsbedarf von Verbrauchern – Informations- und Einkaufsverhaltens im Kontext von CSR, Hannover 2006 (*imug* CSR Informationsbedarf).

Imug (Institut für Markt-Umwelt-Gesellschaft e. V.): Kennzeichnung generationengerechter Produkte und Dienstleistungen – Bestandsaufnahme und Handlungsmöglichkeiten (Abschlussbericht), Hannover 2009 (zit.: *imug*, Kennzeichnung generationengerechter Produkte).

KiK Textilien und Non-Food GmbH: Verhaltenskodex, Stand August 2009, http://www.kik-textilien.com/unternehmen/fileadmin/user_upload_de/Kategorien/Verantwortung/Code_of_Conduct.pdf, zuletzt abgerufen am 16.10.2014 (zit.: *KiK*, Verhaltenskodex).

Kroeber-Riel, Werner/Gröppel-Klein, Andrea: Konsumentenverhalten, 10. Auflage, München 2013 (zit.: *Kroeber-Riel/Gröppel-Klein*, Konsumentenverhalten).

Luhmann, Niklas: Rechtssoziologie, 3. Auflage, Opladen 1987 (zit.: *Luhmann*, Rechtssoziologie).

Luhmann, Niklas: Vertrauen – Ein Mechanismus der Reduktion sozialer Komplexität, 4. Auflage, Stuttgart 2000 (zit.: *Luhmann*, Vertrauen).

Meister, Herbert E.: Realitäten der Marken-Wahrnehmung: Erste sozial-empirische Annäherungen, WRP 2009, 1043.

Meyer, John/Krücken, Georg: Weltkultur – Wie die westlichen Prinzipien die Welt durchdringen, Frankfurt am Main 2005 (zit.: *Bearbeiter/Meyer/Krücken, Weltkultur*).

Nestlé AG: Nestlé Unternehmensgrundsätze, Stand Juni 2010, abrufbar unter:

http://www.nestle.de/asset-library/documents/unternehmen/nestle_unternehmensgrundsaezte_2010.pdf, zuletzt abgerufen am 23.6.2015 (zit.: *Nestlé, Unternehmensgrundsätze*).

Primark Ltd.: Verhaltenskodex für Lieferanten, abrufbar unter: <https://www.primark.com/~/media/ourethics/code%20of%20conduct/pdfs/code%20of%20conduct%20german.ashx>, zuletzt abgerufen am 13.10.2014 (zit.: *Primark, Verhaltenskodex*).

RWE AG: RWE-Verhaltenskodex, Stand September 2005, abrufbar unter: <http://www.rwe.com/web/cms/mediablob/de/2432/data/90780/6/lieferanten/verhaltenskodex/verhaltenskodex-dt-pdf.pdf>, zuletzt abgerufen am 22.6.2015 (zit.: *RWE, Verhaltenskodex*).

Schweiger, Günter/Schrattenecker, Gertraud: Werbung – Eine Einführung, 8. Auflage, Stuttgart 2012 (zit.: *Schweiger/Schrattenecker, Werbung*).

Kapitel 1 Einleitung

I. Gegenstand der Untersuchung

Spätestens seit der Finanz- und Wirtschaftskrise 2008 ist die Diskussion über verantwortungsvolles Handeln von Unternehmen allgegenwärtig. Die Erkenntnis, dass eine zunehmende Liberalisierung des Wettbewerbs aus natürlichem Gewinnstreben einem gewissenhaften Verhalten der Gewerbetreibenden entgegenstehen kann, ist zwar keineswegs neu, aktuell jedoch wieder vermehrt im öffentlichen Bewusstsein präsent. Zugleich bietet der heutige weltweite Markt auch Schwierigkeiten für die staatliche Gesetzgebung. Denn gerade global handelnde Unternehmen sind staatlichen Rechtsordnungen nicht mehr gänzlich unterworfen, sondern können sich ihrem Zugriff – etwa durch Investitions- und Produktionsverlagerung oder Kapitalrückzug – rechtlich oder faktisch entziehen¹.

Diese Hintergründe haben zu einem veränderten Anforderungsprofil für Unternehmen geführt. Idealerweise werden jene heute als Teil des Gesellschaftssystems gesehen, die für ihr Verhalten auch über die Einhaltung gesetzlicher Regeln hinaus Verantwortung tragen. Prägend hierfür ist der derzeit omnipräsente Begriff der *Corporate Social Responsibility* (CSR), wobei dieser entgegen seinem Wortlaut keineswegs nur soziale Aspekte beinhaltet². Die Verantwortlichkeit kann sich auf die verschiedensten Bereiche beziehen: Zunennen sind hier insb. Umwelt- und Tierschutzbelange, Menschenrechte und Arbeitsbedingungen, Verbraucherschutz, Datenschutz, Korruptionsbekämpfung, grundsätzliche Verpflichtungen zum »fairen« und transparenten Wettbe-

1 Winter, Die Umweltverantwortung, S. 4.

2 Nachfolgend soll dennoch der Begriff *Corporate Social Responsibility* (CSR) verwendet werden, da es sich hierbei um den gebräuchlichen Ausdruck handelt.

werb oder eine entwicklungspolitische Gerechtigkeit in Produktionsländern³. Die Art des Engagements bleibt vielfältig und letztlich dem Unternehmen selbst überlassen. Besonders verbreitet sind das Sozial- und Umweltsponsoring oder die Zertifizierung eigener Produkte durch Gütesiegel⁴. Der in der vorliegenden Arbeit betrachtete Ausschnitt betrifft die unternehmerische Verpflichtung zu eigenen Verhaltensregeln (sog. Verhaltenskodizes oder dem englischen Pendant Codes of Conduct, kurz: CoC). Hierdurch regeln inzwischen viele Unternehmen ihr eigenes Geschäftsverhalten anhand von festgeschriebenen Standards und setzen deren Beachtung häufig auch bei ihren Tochterunternehmen und Zulieferern voraus.

Die Selbstdisziplinierung der Unternehmen erfolgt jedoch nicht aus rein selbstlosen Motiven. Aufgrund des technischen Fortschritts und der zunehmenden Konkurrenz im globalen Handel ist in vielen Branchen ein Sättigungseffekt entstanden, in dem sich preislich vergleichbare Produkte kaum noch anhand von Qualitätsmerkmalen unterscheiden lassen. Hierdurch sind die Unternehmen gezwungen, in ihrer Marketingstrategie den Schwerpunkt verstärkt auf imagebildende Aussagen zu lenken. Die Betonung der eigenen Verantwortung für die Gesellschaft mittels selbst eingegangener Verpflichtungen bietet sich ggü. dem hierfür inzwischen sensibilisierten Konsumenten geradezu an.

Auch wenn von betrieblicher Seite oftmals die freiwillige Eingehung derartiger Verpflichtungen betont wird, muss insb. im Rahmen der unternehmerischen Außendarstellung das Recht des unlauteren Wettbewerbs beachtet werden. Mit Umsetzung der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken im Jahr 2008 wurde erstmals der Begriff »Verhaltenskodex«⁵ in das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) eingeführt. Der Anwendungsbereich der jeweiligen Normen und die Reichweite einer Verrechtlichung von CoC ist je-

-
- 3 KOM 2011, 681 (8). Einen Überblick bieten auch die OECD-Leitsätze für multinationale Unternehmen – Neufassung 2011, einsehbar unter: <http://www.oecd.org/daf/inv/mne/48808708.pdf>, zuletzt abgerufen am 4.5.2016.
 - 4 Beides sind Bereiche, die sich mit der vorliegenden Thematik zwar z. T. überschneiden, aber einer getrennten Beurteilung bedürfen. Vgl. hierzu bereits: *Sarah Baldauf*: Werbung mit Gütesiegeln und Testergebnissen (2011), *Martin John*: Lauterkeitsrechtliche Grenzen kommunikativer Sponsoringmaßnahmen im Sport (2012), *Sarah Nauf*: Die Social-Sponsoringwerbung von Unternehmen im System des neuen Lauterkeitsrechts: Liberalisierung und wettbewerbsrechtliche Grenzen (2006).
 - 5 Der Begriff bedarf nachfolgend einer Inhaltsfüllung anhand des allgemeinen Sprachgebrauchs (hierzu: 2. Kapitel, 2.) und des lauterkeitsrechtlichen Verständnisses (hierzu: 3. Kapitel).

doch nach wie vor ungeklärt⁶. Mit einer von der Europäischen Kommission veröffentlichten neuen Definition für *Corporate Social Responsibility* unter Verzicht auf das zuvor prägende Merkmal der »Freiwilligkeit«⁷ wurden diese Unsicherheiten nochmals verstärkt. Die vorliegende Untersuchung verfolgt daher das Ziel, den Spagat zwischen der angedachten rechtlichen Unverbindlichkeit privater Selbstverpflichtungen und notwendigen mittelbaren Rechtswirkungen im Lauterkeitsrecht zu lösen.

II. Gang der Darstellung

Im Anschluss an die Einleitung folgt im zweiten Kapitel zunächst der Grundlagenteil, der in zwei Abschnitte unterteilt ist. Der erste Bereich beginnt mit einer Vorstellung des Instruments des Verhaltenskodex, welche sich ausdrücklich nach dem allgemeinen Verständnis ausrichtet. So wird nach einer Darstellung der Hintergründe und der Entstehung dieses Selbstregulierungsinstruments insb. auf den Begriff, die Arten und Kontrollmechanismen eingegangen. Dem schließt sich eine beispielhafte Untersuchung an, inwieweit die in Verhaltenskodizes proklamierten Grundsätze heute in der Praxis verbreitet sind und tatsächlich eingehalten werden. Im zweiten Bereich erfolgt eine Einführung in den Prüfungsrahmen des Lauterkeitsrechts, welcher vorwiegend einige Grundzüge zum Schutzzweck und dem Begriff der Unlauterkeit aufgreift.

Eine Einordnung von CoC in den Anwendungsbereich des UWG schließt sich im dritten Kapitel an. Bisher ist nicht rechtlich geklärt, was unter die Legaldefinition des Verhaltenskodex in § 2 I Nr. 5 UWG fällt⁸, weshalb nicht jede im allgemeinen Sprachgebrauch als solche bezeichnete Selbstverpflichtung auch in den Anwendungsbereich des UWG fallen muss. Gerade die Schutzzweckbegrenzung des Lauterkeitsrechts wirft hier die Frage nach der Reichweite der Definition auf. Eine genaue Auseinandersetzung mit den Erfordernissen des § 2 I Nr. 5 UWG ist daher notwendig, um den Einflussbereich des UWG auf unternehmerische Selbstverpflichtungen festzustellen und hierdurch den Rahmen der nachfolgenden Untersuchung abzustecken.

6 Buck-Heeb/Diekmann, Selbstregulierung, S. 97; Augsburger, MMR 2014, 427 (429); Henning-Bodewig, WRP 2011, 1014 (1021); Birk, GRUR 2011, 196 (196, 199); Thiising, RdA 2010, 78 (78).

7 COM 2013, 207 final (2); KOM 2011, 681 (7).

8 Henning-Bodewig, WRP 2011, 1014 (1021).

Im vierten Kapitel folgt der erste Schwerpunkt der Arbeit, der beim Vertrauensschutz der Werbeadressaten ansetzt. Es wird untersucht, in welchen Fällen werbliche Maßnahmen mit CoC geeignet sind, falsche Vorstellungen beim Adressaten hervorzurufen, mithin in der Terminologie des Lauterkeitsrechts »irreführend« sind. Die Thematik einer Irreführung von Werbemaßnahmen mit CoC wurde bisher nicht in der Rechtsprechung behandelt, weshalb eine Untersuchung der Wirkungsweise von Werbemaßnahmen mit Verhaltenskodizes unter Rückgriff auf konsumentenpsychologische Grundsätze erfolgt und hierauf aufbauend Parallelen zu bisherigen Werbetypen herausgearbeitet werden. Hinsichtlich der Irreführungstatbestände im UWG ergibt sich zum einen die Fragestellung, inwieweit der Unternehmer zwingenden Informationspflichten gem. § 5a UWG bei der Werbung mit CoC unterworfen ist. Zum anderen sind aufgrund der Vielzahl an möglichen Sachverhalten konkrete Fallgruppen zu ermitteln, in denen die Gefahr einer Irreführung der Werbeadressaten durch aktives Tun vorliegt. Da die Adressaten vornehmlich Verbraucher sind, erfolgt dies anhand des vom EuGH festgelegten Verbraucherleitbildes, dessen strenges Schutzniveau bei sonstigen Werbeadressaten im konkreten Fall zu reduzieren ist.

Die Bearbeitung des zweiten Schwerpunktes der Arbeit schließt sich im fünften Kapitel an. Es wird der Frage nachgegangen, ob Verhaltenskodizes unter bestimmten Voraussetzungen geeignet sind, zu einer Verhaltensstandarisierung in einer Branche beizutragen. Die Rechtswirkung läge vornehmlich in der Konkretisierung von Generalklauseln, die unabhängig von einer Selbstverpflichtung des Einzelnen erfüllt wäre. Anknüpfungspunkte im Lauterkeitsrecht sind die Generalklauseln des § 3 I und II UWG und der in § 2 I Nr. 7 UWG im Sinne einer Legaldefinition der Lauterkeit bereitgestellte Maßstab der »unternehmerischen Sorgfalt«. Im Rahmen der Generalklausel ist zugleich zu klären, in welchen Fällen eine Sanktionierung außerhalb werblicher Maßnahmen vom Schutzzweck des Lauterkeitsrechts umfasst ist. Für § 3 I, II UWG bietet sich eine Betrachtung der Parallelen und Unterschiede zur Norm des § 3a UWG an, die unter bestimmten Voraussetzungen den Verstoß gegen außerwettbewerbsrechtliche Normen über das UWG sanktioniert.

Das sechste Kapitel widmet sich den haftungsrechtlichen Tatbeständen des UWG und beurteilt die Reichweite, die den Ansprüchen auf Unterlassung (§ 8 I UWG), Schadensersatz (§ 9 S. 1 UWG) und Gewinnabschöpfung (§ 10 I UWG) in der vorliegenden Thematik zukommt, und erläutert die Beweisführung im Prozess.

Dem schließen sich im siebten Kapitel eine Zusammenfassung der erarbeiteten Thesen und ein Ausblick an.

Kapitel 2 Grundlagen

I. Untersuchungsgegenstand: Das Instrument des Verhaltenskodex

1. Hintergrund: Verhaltenskodizes als Ausdruck unternehmerischer Verantwortung

a) Einführung

Selbstregulative Instrumente haben derzeit Hochkonjunktur und der moderne Begriff des Verhaltenskodex steht de facto als Synonym für ein sich abschwächendes Regelungspotential staatlicher Gesetzgebung. Verhaltenskodizes dienen der Festlegung von Grundwerten, zu denen sich ein Unternehmen oder eine Branche bekennt. Im Gegensatz zum staatlichen Recht, welches in seiner Geltung grundsätzlich territorial beschränkt ist, beziehen sich CoC grenzüberschreitend auf die sich hierzu verpflichtenden Parteien. Aber auch im nationalen Kontext bieten sie inzwischen für viele Unternehmen und Branchen ein geeignetes Mittel, um flexibel eigene Verhaltensregeln zu konkretisieren und hierdurch entweder staatlicher Regulierung zuvorzukommen oder diese zu konkretisieren und im Idealfall zu erweitern.

Die Konkurrenz zum staatlichen Recht führt naturgemäß zu einer stark divergenten Betrachtung derartiger selbstregulativer Instrumente. Die Beurteilung variiert von einer »Notlösung« hin zu einer »Ideallösung«⁹. Während einige diese als »nützliche Ergänzung zu staatlicher Regulierung«¹⁰ und sogar als »Lösung vielfältiger Regulierungsprobleme«¹¹ betrachten, betonen andere die Gefahr einer »Rechtszersplitterung«¹² durch verschiedene Interessengrup-

9 Puppis/Künzler/Puppis/Dörr, Selbstregulierung und Selbstorganisation, S. 57.

10 Ebenda.

11 Latzer/Just/Saurwein/Slominski, Selbst- und Ko-Regulierung, S. 48.

12 Roßnagel, MMR 2002, 67 (69).

pen, eine nach außen getragene »ritualisierte Inszenierung«¹³ rechtlicher Verantwortlichkeit und damit eine »Gefahr der Aushöhlung staatlicher Rechte«¹⁴.

b) Die Grenzen staatlicher Regulierung

Das Instrument des Verhaltenskodex lässt sich nur im Kontext des Begriffes *Corporate Social Responsibility* genauer erläutern. Nach einer aktuellen Definition der Europäischen Kommission ist hierunter die »Verantwortung von Unternehmen für ihre Auswirkungen auf die Gesellschaft« zu verstehen¹⁵. Danach werden Unternehmen dazu aufgefordert, soziale und ökologische Belange in ihre Betriebsführung zu integrieren¹⁶. Dies mag zunächst verwundern, denn es suggeriert, dass private Akteure eine Art moralische und ethische Verantwortung trifft, die sie zusätzlich zu den gesetzlichen Anforderungen einzuhalten haben.

Die Forderung, dass Unternehmen verantwortlich handeln sollten, ist keineswegs neu, sondern wurde bereits im Zeitalter der Kolonialisierung und später, insb. im Rahmen der Debatte um eine neue Weltwirtschaftsordnung, die im Jahr 1959 bei der VI. außerordentlichen Sitzung der Vereinten Nationen entfacht wurde, immer wieder vorgebracht¹⁷. Diese Verantwortung kann jedoch keine unbestimmte Rechtspflicht darstellen, und eine sich auf das Gemeinwohl beziehende Regelungsverantwortung privater Gesellschaften wird überwiegend abgelehnt¹⁸. Ein universeller Zwang zur Befolgung sozialer und ökologischer Verantwortung passt nicht in eine freiheitliche Wirtschaftsordnung, sondern ist das Kennzeichen zwangswirtschaftlicher Wirtschaftssysteme¹⁹. Der Begriff »Unternehmensverantwortung« an sich wurde daher zuvor auch vielmehr als die Gesamtbetrachtung der Wirkungen und Wechselwir-

13 Heger/Boyle/Meyer/Krücken, Weltkultur, S. 198.

14 Kocher, KJ 2010, 29 (37).

15 COM 2013, 207 final (2); KOM 2011, 681 (7).

16 KOM 2011, 681 (6).

17 Koeltz, Menschenrechtsverantwortung, S. 58; Kolvenbach, Verhaltenskodizes für multinationale Unternehmen, S. 383. Später wurde in den 1980er Jahren mit der Erarbeitung von Modellen für vertragliche Investitionsvereinbarungen zwischen multinationalen Unternehmen und Entwicklungsländern ein weiterer Ansatz verfolgt (vgl. hierzu insb.: Ebenroth, Code of Conduct).

18 Buck-Heeb/Diekmann, Selbstregulierung, S. 93; Wiedemann, ZGR 1980, 147 (163).

19 MüKo AktG/Spindler, § 76 Rn. 77.

kungen von Normen des Haftungs-, Straf- und Wirtschaftsverwaltungsrechts gesehen²⁰.

Die Verpflichtung zu einem verantwortlichen Handeln von Unternehmen kann also nur in Form formellen Rechts oder mittels privater Verpflichtungen der einzelnen Unternehmen erfolgen. Durch die demokratische Legitimation und aus Gründen der Rechtssicherheit bleibt eine umfassende Rechtsetzung in formeller Hinsicht durch den Gesetzgeber zweifellos unabdingbar. Dennoch zeigt das verstärkte Aufkommen selbstverpflichtender Instrumente, dass sich staatliche Regulierung in der heutigen Wirtschaft in einigen Bereichen Wirkungsdefiziten ausgesetzt sieht. Als hierfür entscheidende Faktoren können der Wandel politischer und wirtschaftlicher Machtstrukturen sowie territoriale und inhaltliche Grenzen staatlicher Rechtsetzung gesehen werden.

aa) Wandel der politischen und wirtschaftlichen Machtstrukturen

Auch wenn die Klage über verantwortungsloses Unternehmenshandeln so alt wie das unternehmerische Handeln selbst ist, wurden die diesbezüglichen Handlungsmöglichkeiten seitens der Unternehmen im globalen Markt erheblich verstärkt. Der heutige Welthandel wird durch multinationale und transnationale Unternehmen (*MNU*²¹ und *TNU*²²) dominiert. Diese Unternehmensformen sind grundsätzlich durch einen Hauptsitz als Mutterkonzern in einem Industriestaat (Heimatstaat) und eine Vielzahl abhängiger Gesellschaften in Entwicklungs- und Schwellenländern (Gaststaaten) geprägt. Die Übergänge beider Unternehmensformen sind fließend, wobei *MNU* tendenziell stärker durch eine dauerhafte Verankerung in einem Staat geprägt sind²³. Zwischen 1990 und 2008 stieg die Gesamtzahl transnationaler Unternehmen von rund

20 Schmidt-Salzer, NJW 1994, 1305 (1306).

21 *Multinationale Unternehmen*. Als multinational gilt ein international tätiges Unternehmen mit multinationaler strategischer Grundorientierung (<http://wirtschaftslexikon.gabler.de/definition/multinationale-unternehmung.html>, zuletzt abgerufen am 4.5.2016).

22 *Transnationale Unternehmen*. Als transnational gelten Unternehmen, die in verschiedenen Ländern mit eigenen Produktionsstätten vertreten sind (<http://www.wirtschaftslexikon.co/d/transnationale-unternehmen/transnationale-unternehmen.htm>, zuletzt abgerufen am 4.5.2016).

23 Winter, Die Umweltverantwortung, S. 3.

35.000 auf 82.000; parallel stieg die Zahl der Tochterunternehmen der TNU von 150.000 (1990) auf mehr als 800.000 (2008)²⁴.

Der Wandel der Machtstrukturen lässt sich auch anhand eines Vergleichs des Bruttoinlandsproduktes (BIP)²⁵ der Staaten mit dem Umsatz²⁶ transnationaler Unternehmen vergleichen. So liegt das im Jahr 2013 umsatzstärkste Unternehmen *Royal Dutch Shell* mit knapp 482 Mrd. USD²⁷ nahezu gleichauf mit dem BIP von Argentinien (ca. 488 Mrd. USD)²⁸, welches nach den Schätzungen des IWF den 26. Platz in der Liste der Länder mit dem höchsten BIP darstellt. Im Vergleich etwa mit typischen Produktionsländern für Textilien (bspw. Bangladesch mit ca. 141 Mrd. USD auf Platz 59²⁹) oder mit für die Produktion moderner technischer Konsumgüter wichtigen rohstoffreichen Ländern wie der Demokratischen Republik Kongo (ca. 31 Mrd. USD auf Platz 95³⁰), stellt sich der Sachverhalt noch eklatanter dar. Auch wenn derartige Vergleichsdaten mit gebotener Zurückhaltung zu interpretieren sind, zeigt sich deutlich, dass gerade ökonomisch schwächere Gaststaaten Gefahr laufen können, in eine wirtschaftliche Abhängigkeit von transnationalen Unternehmen zu geraten, die auf ihrem Staatsgebiet produzieren.

bb) Territoriale Grenzen der Rechtssysteme

Bei einem Verstoß gegen gesetzliche Bestimmungen sind Unternehmen als juristische Personen des Privatrechts grundsätzlich der jeweiligen nationalen

-
- 24 Bundeszentrale für politische Bildung, abrufbar unter: <http://www.bpb.de/nachschlagen/zahlen-und-fakten/globalisierung/52630/anzahl>, zuletzt abgerufen am: 4.5.2016.
- 25 Das Bruttoinlandsprodukt (BIP) misst die Produktion von Waren und Dienstleistungen im Inland nach Abzug aller Vorleistungen. Es dient als Indikator für die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit einer Volkswirtschaft (<http://wirtschaftslexikon.gabler.de/Archiv/57565/bruttoinlandsprodukt-bip-v6.html>, zuletzt abgerufen am 4.5.2016).
- 26 Summe der in einer Periode verkauften, mit ihren jeweiligen Verkaufspreisen bewerteten Leistungen (<http://wirtschaftslexikon.gabler.de/Archiv/54334/umsatz-v7.html>, zuletzt abgerufen am 4.5.2016).
- 27 <http://fortune.com/global500/2013/royal-dutch-shell-plc-1/>, zuletzt abgerufen am 4.5.2016.
- 28 Daten abrufbar unter: <https://www.imf.org/external/pubs/ft/weo/2014/01/weodata/index.aspx>, zuletzt abgerufen am 4.5.2016.
- 29 <https://www.imf.org/external/pubs/ft/weo/2014/01/weodata/index.aspx>, zuletzt abgerufen am 4.5.2016.
- 30 Ebenda.

Rechtsordnung unterworfen, in der sie operieren. Damit sind die Tochterunternehmen hinsichtlich ihres Handelns dem Recht des Gaststaates untergeordnet, in dem sie ihren eigenen Sitz haben. Die Abhängigkeit der Tochtergesellschaften von der Muttergesellschaft kann in Form einer Mehrheitsbeteiligung oder mittels Beherrschungsvertrag erfolgen. Dennoch gelten diese als sog. *legal identities* und damit rechtlich selbstständige Einheiten, so dass im Regelfall der Mutterkonzern nicht als zurechenbar Verantwortlicher für das Handeln der Tochtergesellschaften gesehen werden kann³¹.

Zugleich sind länderübergreifend agierende Unternehmen deutlich leichter als rein national tätige Unternehmen in der Lage, sich aus bestimmten Ländern ganz oder teilweise zurückzuziehen und ihre Investitionen global entsprechend zu steuern, wenn sie sich durch die Wirtschafts-, Sozial- und Steuerpolitik eines Staates in ihrer Tätigkeit behindert fühlen oder wenn die Umweltauflagen aus Sicht der Unternehmensleitung zu streng bzw. die Genehmigungsverfahren zu aufwendig sind³².

Die Mobilität global operierender Unternehmen hat häufig eine Standortkonkurrenz der Gaststaaten zur Folge, die durch den Wettbewerb um begehrte Investitionen in der Konsequenz eine Aufweichung von rechtlichen Standards nach sich zieht³³. Eine als *race to the bottom*³⁴ oder *delaware effect*³⁵ bezeichnete Abwärtsspirale rechtlicher Standards durch die gegenseitige Unterbietung der Gaststaaten zeigt sich besonders prägnant in der Existenz sog. Sonderwirtschaftszonen, die dadurch geprägt sind, dass Staaten in abgetrennten Gebieten investierenden Unternehmen Zoll- und Steuerbefreiungen gewähren und zugleich geltende nationale Sozial- und Umweltnormen nicht oder nur marginal gewährleistet werden³⁶. Die Internationale Arbeitsorganisation (ILO)

31 Hennings, Verhältnis von multinationalen Unternehmen, S. 22.

32 <http://www.wirtschaftslexikon.co/d/transnationale-unternehmen/transnationale-unternehmen.htm>, zuletzt abgerufen am 4.5.2016.

33 Koeltz, Menschenrechtsverantwortung, S. 47.

34 BT-Drucks. 14/9200, S. 170 (Globalisierung der Weltwirtschaft – Herausforderungen und Antworten, Schlussbericht der Enquete-Kommission des Bundestages, 12.6.2002).

35 Der »Delaware effect« bezeichnet einen in den Vereinigten Staaten in den 1960er Jahren entstandenen Wettbewerb um das liberalste Unternehmensrecht der US-Bundesstaaten.

36 Koeltz, Menschenrechtsverantwortung, S. 47. Auf der anderen Seite darf jedoch ebenfalls nicht außer Acht gelassen werden, dass gerade multinationale Unternehmen eine wichtige Rolle bei der Erschließung der sogenannten Dritten Welt geleistet haben (Kolvenbach, Verhaltenskodizes für multinationale Unternehmen).

schätzt ihre Anzahl auf mittlerweile über 3800 in 130 Ländern³⁷. Vor der globalen Wirtschafts- und Finanzkrise 2007 arbeiteten laut ILO fast 66 Millionen Menschen in Sonderwirtschaftszonen³⁸. Diese Zahl ist mit dem Ausbruch der Finanzkrise zwar zurückgegangen, eine dauerhafte Reduzierung derartiger Zonen wird jedoch nicht erwartet³⁹.

Der zuvorderst einschlägige nationale Rechtsrahmen der Gaststaaten bietet damit kein hinreichendes Instrument zur Kontrolle verantwortlichen Handelns der Unternehmen. Es mangelt zumeist entweder schon an einem ausreichenden gesetzlichen Rahmen oder es bestehen starke Defizite in der Durchsetzung durch soziale und politische Spannungen, Korruption oder ineffiziente exekutive Staatsgewalten.

cc) Der völkerrechtliche Rahmen

Wenn die nationale Rechtsordnung keine ausreichende Handhabe zur Regulierung grenzübergreifender Sachverhalte bietet, richtet sich das Augenmerk naturgemäß auf den völkerrechtlichen Rahmen. Auch wenn völkerrechtliche Verträge mitunter den Ruf »zahnloser Papiertiger«⁴⁰ innehaben, lohnt sich eine genauere Betrachtung, um die Attraktivität selbstregulativer Instrumente zu beleuchten.

Um eine direkte Bindung von Unternehmen an völkerrechtliche Verträge zu erreichen, müssten diese als Subjekte des Völkerrechts zu deklarieren sein. Völkerrechtssubjekt zu sein bedeutet hierbei die Berechtigung, aus den jeweiligen Verträgen Rechte im eigenen Namen geltend zu machen und gleichzeitig auf Erfüllung der vertraglichen Pflichten in Anspruch genommen werden zu können⁴¹. Nach klassischem Verständnis wurden früher ausschließlich Staaten diese Rechte und Pflichten zugestanden. Inzwischen ist anerkannt, dass nicht nur internationale Organisationen partiell diesen Status besitzen, sondern auch das Individuum über begrenzte Völkerrechtspersönlichkeit verfügt, soweit es selber Träger spezifischer völkerrechtlicher Rechte ist⁴².

37 Kerkow/Martens, Sonderwirtschaftszonen, S. 4.

38 Ebenda, S. 7.

39 Ebenda.

40 So etwa: Rest/Heinemann, VersR 1989, 653 (V.).

41 Grabitz/Hilf/Dörr, Recht der Europäischen Union, Art. 47 EUV, Rn. 40.

42 Maunz/Dürig/Nettesheim, Grundgesetz, Art. 32, Rn. 34, 38.

Da sich insb. transnationale Unternehmen sowohl hinsichtlich der Machtfülle Staaten annähern als auch vermehrt Verträge (bspw. Investitionsschutzverträge) mit diesen und internationalen Organisationen aufnehmen, wird teilweise gefordert, hier eine Gleichstellung zu erreichen⁴³. Mit dem Entwurf der *UN Norms on the Responsibilities of Transnational Corporations and Other Business Enterprises with Regard to Human Rights* (2003) wurde eine derartige Verpflichtung bereits angestrebt, allerdings im Jahr 2004 von der UN-Menschenrechtskommission nicht angenommen⁴⁴.

Überwiegend wird eine Gleichstellung auch abgelehnt, da sich neben praktischen Unwägbarkeiten⁴⁵ hieraus auch ein schwer aufzulösender Konflikt ergibt: Durch eine Anerkennung dieses Status erfolgt ebenso hinsichtlich der Rechte aus Völkerrechtsverträgen eine Angleichung undemokratischer und an Gewinnen orientierter wirtschaftlicher Mächte an (mehrheitlich) demokratisch legitimierte Staaten⁴⁶. Dies würde letztlich eine weitere Steigerung der rechtlichen Macht transnationaler Unternehmen bewirken. Ohne dieses Problem hier zu vertiefen, kann festgehalten werden, dass TNU zumindest nach derzeitigem Verständnis nicht selber durch völkerrechtliche Verträge verpflichtet sind.

Internationale Organisationen gelten mittlerweile als treibende Kräfte im Völkerrecht, besitzen jedoch nicht die Befugnis, Unternehmen an ihre Beschlüsse zu binden⁴⁷. Die Organisationen sind keine supranationalen Einrichtungen, wie dies etwa bei der Europäischen Union der Fall ist, und besitzen daher keine Befugnis zur Rechtsetzung⁴⁸. In der Konsequenz bedienen sie sich verstärkt sog. *soft law* Instrumente, wie Empfehlungen oder Stellungnahmen.

43 So bspw.: *Hobe*, Der offene Verfassungsstaat, S. 14.

44 *Weilert*, ZaÖRV 2009, 883 (908).

45 So bedarf es bspw. der Klärung, welche TNU überhaupt Völkerrechtssubjekte sein könnten und ob diese jeden völkerrechtlichen Vertrag auch selber abschließen müssten (hierzu etwa: *Henning*, Verhältnis von multinationalen Unternehmen, S. 25ff.).

46 *Weilert*, ZaÖRV 2009, 883 (912).

47 *Weilert*, ZaÖRV 2009, 883 (913); *Kolvenbach*, Verhaltenskodizes für multinationale Unternehmen, S. 384.

48 *Kolvenbach*, Verhaltenskodizes für multinationale Unternehmen, S. 400. Dennoch ist häufiger für eine stärkere Wirksamkeit von Kodizes internationaler Organisationen plädiert worden, vgl. *Rostow/Nye/Ball*, International Arrangements, S. 156ff.

Hier haben sich einzelne Empfehlungen der *OECD*⁴⁹, *ILO* oder der *UN*⁵⁰ inzwischen zu sog. Modellverhaltenskodizes für Unternehmen entwickelt, die zwar selber mangels eigener Unterwerfung der Unternehmen nicht unter die hier untersuchten Verhaltenskodizes fallen, in einigen Belangen jedoch Einfluss auf diese haben. Um ein möglichst komplettes Bild zu erreichen, wird an den jeweils relevanten Stellen hierauf zurückzukommen sein.

dd) Inhaltliche Grenzen formeller Rechtsetzung

Neben den Erschwernissen, die das internationale Wirtschaftssystem hervorruft, gibt es auch Probleme, denen sich das Recht im nationalen Kontext heute ausgesetzt sieht. Insb. im Bereich der Umweltregulierung zeigt sich, dass Politik und Gesetzgebung aufgrund der teilweise komplexen Regelungsmaterien mit einem Informations-, Wissens- und Verständnisdefizit belastet sind, weshalb staatliche Regulierung auch vermehrt inhaltlich an ihre Grenzen stößt⁵¹. Bedenklich ist zudem, dass der Staat etwa im Rahmen der Umwelt- und Technikregulierung inzwischen in großem Umfang auf technische und wissenschaftliche Expertise angewiesen ist und die dahingehend beratende Kompetenz längst auf der Seite der Unternehmen liegt, die gleichzeitig Adressaten dieser staatlichen Regulierung sein sollen⁵². Gerade in diesem Bereich zeigt sich auch die praktisch unvermeidbare Schwerfälligkeit demokratischer Entscheidungsfindung, die vermehrt einer flexiblen Anpassung an derzeitige Entwicklungsstandards entgegensteht. Die Konsequenz sind möglichst allgemein gefasste parlamentarische Gesetze, um weitgehend flexibel sich ändernde oder unerwartete Sachverhalte unter diese Normen subsumieren zu können. Verhaltenskodizes werden daher auch verstärkt zur brancheninternen Konkretisierung allgemeiner Gesetze verwendet, um durch spezielle Verhaltensanweisungen an die Unternehmen zur Rechtssicherheit beizutragen. Als Beispiele können hier etwa die (inzwischen) drei Verhaltenskodizes des Vereins *Freiwillige Selbstkontrolle für die Arzneimittelindustrie* (*FSA*) genannt

49 Organisation for Economic Co-operation and Development (Organisation für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung).

50 Zu den früheren von der *UN* entwickelten Verhaltenskodizes, den *UNCTAD*-Codes und den Verhaltensleitsätzen der *OECD*: *Kolvenbach*, Verhaltenskodizes für multinationale Unternehmen, S. 381ff.

51 *Glinski*, Die rechtliche Bedeutung der privaten Regulierung, S. 25.

52 Ebenda, S. 26.

werden, die mit der Aufstellung von Regeln für ethisches Pharmamarketing letztlich der Konkretisierung von Normen des UWG und des Heilmittelwerbes (für die Unternehmen) dienen sollen.

c) Der ökonomische Nutzen der Corporate Social Responsibility

Das Thema *Corporate Social Responsibility* wird zugleich für viele Unternehmen auch zu einer unternehmensstrategischen Aufgabe. Gerade der zunehmende Druck gesellschaftlicher Interessengruppen zu Fragen von gesellschaftlicher Verantwortung sowie die Grenzen der Ausbeutung und Zerstörung natürlicher Ressourcen veranlassen Unternehmen zu eigeninitiativem Handeln⁵³. So haben auch die mediale Verbreitung von – durch westliche Unternehmen hervorgerufene – Umweltkatastrophen und Berichte über menschenunwürdige Arbeitsbedingungen in den Produktionsländern zu einem Wandel der öffentlichen Wahrnehmung beigetragen. Die ursprüngliche Überzeugung, wonach die alleinige Verpflichtung von Unternehmen ausschließlich in Gewinnmaximierung und Wachstum liegt, hat sich geändert⁵⁴, weshalb es für Unternehmen zunehmend wichtig wird, ggü. ihren Stakeholdern⁵⁵ ein Image aufzubauen, welches die eigene gesellschaftliche und umweltbezogene Verantwortung glaubwürdig hervorhebt. In einer Umfrage unter den umsatzstärksten Unternehmen Deutschlands gaben 2010 über 50 % der Befragten ein eigenes CSR-Engagement in ihrem Unternehmen an. Hiervon nutzten knapp 75 % dieses auch in der externen Kommunikation⁵⁶. Über 72 % der Unternehmen waren der Überzeugung die Bedeutung von CSR nehme zu, wohingegen nur 2 % von einem sich abschwächenden Stellenwert ausgehen⁵⁷. Der stärkere Informationsaustausch zwischen dahingehend interessierten Gruppen und die bessere Zugänglichkeit von Informationen im heutigen Zeitalter durch Massenmedien, soziale Netzwerke, Blogs sowie die Webseiten internationaler

53 Jonker/Stark/Tewes, Corporate Social Responsibility, S. 16.

54 Ebenda, S. 17.

55 Hierunter werden alle internen und externen Personengruppen verstanden, die von unternehmerischen Tätigkeiten gegenwärtig oder in Zukunft direkt oder indirekt betroffen sind, bspw. Mitarbeiter, Konsumenten, Kapitalgeber, Lieferanten, Eigentümer, Externe wie die Gesellschaft etc. (<http://wirtschaftslexikon.gabler.de/Archiv/1202/anspruchsgruppen-v6.html>, zuletzt abgerufen am 4.5.2016).

56 Hermanns/Leman, Sponsoring Trends 2010, S. 28.

57 Hermanns/Leman, Sponsoring Trends 2010, S. 35.

Organisationen und Verbraucherverbände tragen zu einer kritischeren Öffentlichkeit bei. So sind nach einer repräsentativen Haushaltsbefragung aus dem Jahr 2006 81 % der befragten Konsumenten bereit, bei gleichem Preis und Qualität weniger verantwortungsvoll handelnde Unternehmen auf jeden Fall oder wahrscheinlich zu boykottieren⁵⁸. Nach anderen Untersuchungen sollen dagegen sogar 75 % der Verbraucher bereit sein, für »grünere Produkte« mehr zu zahlen⁵⁹. Die Umfragen belegen jedenfalls als maßgeblichen Kerninhalt, dass ein Großteil der Konsumenten irgendwie einer CSR-affinen Gruppe zuzuordnen ist und sich den Unternehmen damit genug Ansatzpunkte bieten, um einzelne CSR-Leistungen zielgerichtet in den Vordergrund zu rücken⁶⁰. Die gestiegene Relevanz für die Verbraucherentscheidung zeigt sich letztlich auch daran, dass die Stiftung Warentest seit 2004 regelmäßig Produkte anhand von CSR-Kriterien überprüft.

Das eigene Markenimage als immaterielle Ressource wird damit zu einem noch erheblicheren Wertfaktor für Unternehmen, dessen Pflege auch aus ökonomischen Gründen unabdingbar wird und über die zukünftige Wettbewerbsfähigkeit des Unternehmens entscheiden kann.

d) Zwischenergebnis

Auch wenn ein Handeln anhand verantwortungsvoller Grundsätze nicht über die rechtlich zwingend einzuhaltenden Regelungen hinaus für Unternehmen verpflichtend ist, wird es für diese immer wichtiger, das eigene Geschäftsverhalten an derartigen Grundsätzen auszurichten. Gleichzeitig besteht gerade im globalen Handel keine lückenlose rechtliche Festsetzung derartiger Grundsätze, die bspw. Menschen- und Arbeitnehmerrechte, Umwelt- oder Verbraucherschutz betreffen können. Für Unternehmen ergeben sich damit vielfältige Möglichkeiten auch innerhalb der für sie geltenden Gesetze »verantwortungslos« zu handeln. Eine teilweise befürchtete »Privatisierung staatlichen Rechts«⁶¹ durch private Regulierung liegt hierin jedoch nicht zwangsläufig.

58 imug, CSR Informationsbedarf, S. 43 (http://www.imug.de/images/stories/pdfs/verbraucher/hp_imug_CSR_Verbraucher_Repraesentativbefragung_2006_03_16.pdf, zuletzt abgerufen am 4.5.2016).

59 Aus einer Rede des EU-Umweltkommissars Stavros Dimas vom 3.3.2009: Promoting sustainable consumption and production, EG-Dokument SPEECH/09/86, S. 7.

60 Schoenheit, Corporate Social Responsibility, S. 44.

61 So etwa: Biedermann, Sozialstandards durch Private Governance, S. 40, Fn. 28.

fig, da diese voraussetzt, dass der Staat anstelle der Unternehmen Regelsetzer sein könnte, was in den vorliegenden Fällen häufig gerade nicht möglich ist⁶².

Es lässt sich damit festhalten, dass – gerade im globalen Kontext – rechtlich durchaus Raum für Unternehmen existiert, die eigene Verantwortung mittels selbstverpflichtender Instrumente zu definieren und sich damit selbst zu höheren als den im jeweiligen Staat geforderten gesetzlichen Standards zu verpflichten. Für Unternehmen, deren originärer Geschäftszweck in der Gewinnmaximierung liegt, ist die externe Kommunikation dieser Verantwortung zur Markenpflege nur die logische Konsequenz.

2. Das Instrument des Verhaltenskodex nach allgemeinem Verständnis

Im Anschluss erfolgt eine Vorstellung von Verhaltenskodizes als Instrument der Selbstregulierung anhand des allgemeinen Verständnisses. Die Begriffsbestimmung des Lauterkeitsrechts wird hier noch bewusst ausgeklammert, um dahingehend eine klare Trennung zu erreichen und den nicht zwangsläufig übereinstimmenden Anwendungsbereich des Lauterkeitsrechts mit der allgemeinen Definition hervorzuheben⁶³.

a) Begriff

Im allgemeinen Sprachgebrauch stellt ein Verhaltenskodex »ungeschriebene Regeln des Verhaltens, des Handelns [dar], an denen sich eine [gesellschaftliche] Gruppe orientiert«⁶⁴. Der Duden führt als Beispiel den Kodex ehrbarer Kaufleute an. Auch wenn in der Praxis allein schon aus Gründen des Marketings und der Beweiskraft Codes of Conduct zumeist schriftlich niedergelegt sind, stimmt dieser Sprachgebrauch insoweit mit den untersuchten Instrumenten überein, als es sich bei ihnen letztlich immer um Grund- und Leitsätze unternehmerischen Verhaltens handelt.

Da teilweise auch interne Verfahrensrichtlinien oder Verhaltensempfehlungen im allgemeinen Sprachgebrauch als Verhaltenskodizes aufgefasst werden, ist nicht zwingend erforderlich, dass die Verhaltensnormen einen »ethi-

62 Buck-Heeb/Diekmann, Selbstregulierung, S. 96.

63 Hierzu: 3. Kapitel.

64 Duden, S. 2174.

ischen« Einschlag haben bzw. Regelungen über das Agieren des »ehrbarer« Kaufmanns enthalten, wie eine Parallel zu den verwandten Bezeichnungen des Moral- oder Ehrenkodex nahelegen könnte. Mangels Außenwirkung sollen diese wertneutralen Handlungsanweisungen jedoch nicht betrachtet werden, weshalb praktisch jeder hier untersuchte Verhaltenskodex einen »ethischen« Kerngehalt hat. Vor dem Hintergrund einer einheitlichen rechtlichen Erfassung ist dieser ethische Gehalt bewusst weit zu verstehen und umfasst vornehmlich die zuvor schon genannten Belange des Arbeitnehmer- und Umweltschutzes, Menschenrechte, Tierschutz, Korruptionsbekämpfung, Verbraucher- und Datenschutz, Transparenz, Steuerkorrektheit oder grundsätzliche Verpflichtungen zum »fairen« Wettbewerb. Die im Verhaltenskodex beinhalteten Verhaltensregeln binden häufig auch Subunternehmer, Zulieferer oder Vertragspartner (durch Einbindung des Verhaltenskodex in den Vertragsgegenstand).

Dementsprechend sieht die Europäische Kommission in einem Verhaltenskodex eine formelle Erklärung zu den Werten und Aktivitäten eines Unternehmens⁶⁵. Danach gibt ein Kodex Mindeststandards vor in Verbindung mit einer Verpflichtung des Unternehmens, diese Standards einzuhalten und auch von Vertragsunternehmen, Nachunternehmen, Zulieferern und Lizenznehmern deren Einhaltung zu verlangen⁶⁶. Die Europäische Kommission sieht in ihnen ein effizientes Mittel zur Gewährleistung verantwortlichen unternehmerischen Handelns⁶⁷.

Häufig werden auch industrielle Selbstregulierungsinitiativen (SRI) im allgemeinen Sprachgebrauch als Verhaltenskodizes bezeichnet. Hierzu zählt etwa die freiwillige *Vereinbarung der Elektroindustrie zur Einhaltung von Umweltanforderungen bei bildgebenden Geräten*⁶⁸. Derartige Vereinbarungen zeichnen sich durch die Regelung eines speziellen Sachverhaltes aus, der – im Sinne eines Austauschverhältnisses – von Seiten der Industrie vorgenommen wird, um eine Normierung mittels hoheitlichen Eingriffs zu verhindern. Dies zeigt sich im konkreten Beispiel daran, dass bei anderen Produktgruppen statt einer freiwilligen Vereinbarung Verordnungen seitens der Europäischen Kom-

65 KOM 2001, 366 endg. (28).

66 Ebenda.

67 KOM 2011, 681 (12).

68 http://www.eup-network.de/fileadmin/user_upload/Lot_4_DRAFT_VA_on_IE_version_5.0-December_2013.pdf, zuletzt abgerufen am 5.5.2016.

mission auf Basis der sog. Ökodesign-Richtlinie⁶⁹ existieren, die bestimmte Umweltanforderungen der Produktgruppen festlegen. Der entscheidende Unterschied zu den hier untersuchten Verhaltenskodizes liegt darin, dass diese nicht im Sinne eines Austauschverhältnisses mit staatlichen Institutionen entstanden sind, sondern es gerade an einer entsprechenden direkten staatlichen Eingriffsmöglichkeit fehlt, da sich die verpflichtenden Unternehmen und (etwaige) andere beteiligte Institutionen auf Augenhöhe begegnen bzw. diese Unternehmen die alleinige Regelungsbefugnis innehaben.

Unternehmerische Selbstverpflichtungen variieren nach Art und Inhalt stark von vagen Erklärungen über Geschäftspraktiken bis hin zu effektiv einschränkender Selbstregulierung⁷⁰. Aus diesem Grund besteht auch schon im allgemeinen Sprachgebrauch Uneinigkeit darüber, ob die normierten Verhaltensanweisungen rein freiwillige Empfehlungen darstellen oder letztlich als rechtsverbindliche Instrumente erfasst sind. Eine direkte Bindung an einen Verhaltenskodex im Sinne eines Erfüllungsanspruchs Dritter kann aber nur in Betracht kommen, wenn dieser von seiner Rechtsnatur im konkreten Fall auch bindend ausgestaltet worden ist. Wie stark dagegen eine indirekte Bindung in Form einer »Vertrauenshaftung« erfolgen muss, ist im Hinblick auf das Lauterkeitsrecht letztlich hier Untersuchungsgegenstand.

b) Rechtsnatur und Einordnung in das Rechtsgefüge

Die grundrechtlich gewährleistete Verbands- und Normungsautonomie in Art. 9 I und Art. 12 I GG garantiert für Unternehmen und Verbände das Recht, sich auf einem eigens gewählten Feld innerhalb der Gesetze im »eigenen Wirkungskreis« zu engagieren⁷¹. Moderne Formen privat gesetzter Regelungen treten unter Namen wie »Principles«, »Codes of Conduct«, Richtlinien, »Corporate Responsibility Codes« oder eben Verhaltenskodizes auf, sind jedoch alle nur eine einzelne Erscheinungsform privater Regelsetzung und damit ein Ausschnitt aus dem Bereich der Selbstregulierung im Privatrecht⁷². Diese kann

69 Richtlinie 2009/125/EG vom 21.10.2009 zur Schaffung eines Rahmens für die Festlegung von Anforderungen an die umweltgerechte Gestaltung energieverbrauchsrelevanter Produkte.

70 *Hennings*, Verhältnis von multinationalen Unternehmen, S. 55.

71 *Schmidt-Preuß*, ZLR 1997, S. 249 (252).

72 *Buck-Heeb/Diekmann*, Selbstregulierung, S. 21.

grundsätzlich in Form von Verträgen, Satzungen oder rechtlich nicht bindenden Mitteln erfolgen⁷³.

So gibt es durchaus Verhaltenskodizes, in denen sich die Unterzeichner in Form einer vertraglichen Vereinbarung selbst zu einem genau umschriebenen, einklagbaren und (bei Nichtbeachtung) sanktionierten Verhalten verpflichten⁷⁴. Zumeist entspricht dies aber nicht dem Parteiwillen, denn überwiegend dürfte der Rechtsbindungswille hinsichtlich eines individuell einklagbaren Anspruchs auf Erfüllung des Verhaltenskodex fehlen⁷⁵. Häufig findet sich in Wirtschaftsverträgen mit Zulieferern eine Übereinkunft über die Wahrung der Unternehmensgrundsätze. Hierdurch soll jedoch im Regelfall keine Verpflichtung zu Lasten des die Grundsätze formulierenden Unternehmens ausgesprochen, sondern vielmehr das Unternehmen ggü. seinem Zulieferer zu bestimmten Maßnahmen bei Nichteinhaltung der Grundsätze berechtigt werden⁷⁶.

Eine Ausgestaltung mittels Satzung ist insb. im Aktienrecht aufgrund der dort vorherrschenden formellen Satzungsstrenge nur im Rahmen der Regelungen des AktG möglich (§ 23 V AktG). Diese Gestaltungsfreiheit ist zwar bei der GmbH wesentlich größer, dennoch finden sich derart gestaltete Kodizes in der Praxis kaum.

Die große Mehrzahl unternehmerischer Verhaltenskodizes ist nach dem Parteiwillen im Grundsatz als rechtsunverbindliche Absichtserklärung ausgestaltet⁷⁷, wobei hier je nach Wortlaut im konkreten Fall die Übergänge fließend sind. Häufig wird nämlich ausdrücklich oder konkludent aus den Formulierungen der Anspruch der Unternehmen deutlich, alles Erforderliche zur Bewältigung der dargelegten Grundsätze zu übernehmen. Damit zeigt sich, dass die Besonderheit derartiger Selbstverpflichtungen nicht in der Gewährleistung direkter Erfüllungsansprüche, sondern deren rechtliche Relevanz vielmehr in der Erzeugung normativer Erwartungen seitens des Adressaten liegt⁷⁸.

73 Ebenda, S. 16.

74 Dreyer, WRP 2007, 1294 (1296).

75 Augsburger, MMR 2014, 427 (427).

76 Kocher, KJ 2010, 29 (30).

77 Augsburger, MMR 2014, 427 (427); Dreyer, WRP 2007, 1294 (1296).

78 Herberg, Globalisierung und private Selbstregulierung, S. 75.

c) Entwicklung von Verhaltenskodizes

Die Entwicklung von Verhaltenskodizes hat sich in den verschiedenen nationalen Rechtssystemen unterschiedlich vollzogen. Eine größere praktische Bedeutung für die Regulierung kommt CoC traditionell in den vom Common Law geprägten Staaten zu⁷⁹. So spielt etwa in Großbritannien seit 1961 der *CAP Code (British Code of Advertising Practice)* eine zentrale Rolle in der Regulierung der Werbung. Dieser wird von der ASA (*Advertising Standards Authority*) durchgesetzt, einem unabhängigen Gremium der Werbeindustrie mit Mitgliedern aus den betroffenen Branchen und wichtigen gesellschaftlichen Gruppen⁸⁰. Aber auch in Deutschland haben sich seit den 1970er Jahren erste Verhaltenskodizes in Form von interessengeleiteten Zusammenschlüssen auf sektoraler Ebene gebildet. So wurde 1973 durch den *Presserat*, einen von den großen deutschen Verleger- und Journalistenverbänden gegründeten Verein, der Pressekodex mit journalistisch-ethischen Grundsätzen veröffentlicht. Auch der 1972 vom ZAW (*Zentralverband der deutschen Werbewirtschaft e. V.*) gegründete *Deutsche Werberat* erarbeitete in Form eines Verhaltenskodex Grundregeln der werblichen Kommunikation. 2003 wurde durch den Verband des europäischen und internationalen Handels (*Foreign Trade Association, FTA*) ein Branchenkodex entwickelt, um Produktionsbedingungen zu verbessern und soziale Mindeststandards einzuhalten. Diese sog. *Business Social Compliance Initiative (BSCI)* stellt mittlerweile mit über 1252 Mitgliedsunternehmen⁸¹ auf europäischer Ebene die wohl wichtigste Brancheninitiative dar. Später folgten 2004 der *FSA-Kodex* zur freiwilligen Selbstkontrolle der Arzneimittelindustrie und im September 2006 die Wettbewerbsrichtlinien der Versicherungswirtschaft in der heute geltenden Fassung⁸².

Gemeinsam ist allen diesen Selbstverpflichtungen, dass sie durch einen von den jeweiligen Verbänden gegründeten Verein einer gewissen Kontrolle unterworfen sind, der bei Verstößen jedoch zumeist nicht zu umfassenden Sanktionen berechtigt ist. So ist der Presserat bspw. nur zu einer öffentlichen Rüge berechtigt, während die Kontrolle des *FSA-Kodex* mittels Unterlassungs-

79 Schmidhuber, WRP 2010, 593 (594).

80 Ebenda.

81 BSCI Annual Report 2013 (abrufbar unter: http://www.bsci-intl.org/system/files/bsci-2014-05-26-annual_report_2013-uk-a4-mai_2014-def-internet_1.pdf, zuletzt abgerufen am 5.5.2016).

82 Eine erste Fassung der Wettbewerbsrichtlinien der Versicherungswirtschaft wurde dagegen schon am 15.12.1977 entworfen.

verfügungen oder eigener Strafverfahren erfolgt. Nach einer Studie der *OECD* aus dem Jahr 2001 machen diese Kodizes mit 37 % den zweitgrößten Anteil an veröffentlichten CoC aus, wohingegen sog. unilaterale Verhaltenskodizes mit 48 % den größten Anteil darstellen⁸³. Diese sind dadurch gekennzeichnet, dass sie unabhängig von der Urheberschaft eine Selbstverpflichtung eines einzelnen Unternehmens darstellen.

Das Instrument des unilateralen Verhaltenskodex wurde zunächst im globalen Rahmen entwickelt und wird erst neuerdings auch von rein national tätigen Unternehmen genutzt. Einen der Ausgangspunkte stellt das als Unterorganisation der *UN* im Jahr 1974 gegründete *Centre of Transnational Corporations (UNCTC)* dar. Dieses wurde mit der Schaffung eines Verhaltenskodex für multinationale Unternehmen betraut, in dem verpflichtende Grundregeln für das unternehmerische Handeln in Drittstaaten festgelegt werden sollten. Die Gründung des *UNCTC* war prägend für eine Phase, in der mittels Verbesserung des nationalen Rechts oder des Völkerrechts versucht wurde, der Ausnutzung von niedrigeren Rechtsstandards in den Gaststaaten beizukommen⁸⁴. Eine Einigung konnte aufgrund der gegensätzlichen Interessen der Industriestaaten und Entwicklungs- und Schwellenländer nicht erreicht werden, weshalb das *UNCTC* schließlich 1992 aufgelöst wurde ohne einen derartigen Kodex entwickelt zu haben⁸⁵. Dies ging einher mit dem grundsätzlichen Scheitern des Versuchs einer verbindlichen Steuerung transnationaler Unternehmen.

Gleichzeitig wurden von Seiten der internationalen Organisationen statt verbindlicher Regeln sog. *Modellkodizes* als Verhaltensempfehlungen entwickelt, die Unternehmen als Bezugspunkt für die Entwicklung eigener CoC dienen konnten. So wurden im Jahr 1976 von der *OECD* die im Jahr 2000 überarbeiteten *OECD-Leitsätze* für multinationale Unternehmen geschaffen (*OECD Guidelines*) und 1977 folgte die Internationale Arbeitsorganisation *ILO* mit der *Dreigliedrigen Grundsatzerkklärung* über multinationale Unternehmen und Sozialpolitik (*Tripartite Declaration*)⁸⁶.

83 *OECD: Codes of Corporate Conduct – Expanded Review of their Content* (2001), abrufbar unter: http://www.oecd.org/daf/inv/investment-policy/WP-2001_6.pdf, zuletzt abgerufen am 5.5.2016.

84 *Winter*, Die Umweltverantwortung, S. 6.

85 *Hennings*, Verhältnis von multinationalen Unternehmen, S. 52; *Buntenbroich*, Menschenrechte und Unternehmen, S. 18.

86 *Hennings*, ebenda; *Buntenbroich*, ebenda.

Nachdem die 1980er und frühen 1990er Jahre von einer Phase der Deregulierung und Liberalisierung geprägt waren, die es den Unternehmen besser ermöglichte, Auslandsinvestitionen zu tätigen⁸⁷, verstärkten sich in der Öffentlichkeit die Meldungen über menschenunwürdige Arbeitsbedingungen und Umweltkatastrophen in den Gaststaaten. Dies betraf anfangs vornehmlich Branchen mit langen Zuliefererketten und in Entwicklungsländer ausgelagerte lohnintensive Fertigungsbereiche, insb. die Bekleidungsindustrie⁸⁸. Als Reaktion auf die Skandalisierung von Beschäftigungsbedingungen legten zuerst amerikanische Unternehmen der Textil- und Sportartikelbranche Anfang der 1990er Jahre Sozialstandards in Form von eigenen Verhaltenskodizes fest⁸⁹. Den Anfang machte wohl 1991 *Levi Strauss & Co.*, nachdem die Öffentlichkeit durch einen Vorläufer der Anti-Sweatshop-Bewegung über menschenunwürdige Arbeitspraktiken bei Zulieferern des Unternehmens informiert worden war⁹⁰. In Europa wurden ähnliche Praktiken durch die niederländische Clean-Clothes Campaign 1996 bei C&A veröffentlicht, weshalb sich dieses Unternehmen auch einen eigenen CoC gab⁹¹.

Diese ersten Verhaltenskodizes konnten alle dem sozialen Bereich – vornehmlich dem Arbeitnehmerschutz – zugeordnet werden, wohingegen auf den Schutz der Umwelt bezogene Selbstverpflichtungen zum damaligen Zeitpunkt noch wenig verbreitet waren. Ab der Jahrtausendwende stellte man jedoch fest, dass Verhaltenskodizes zunehmend auch in hochtechnisierten Sektoren und der rohstoffausbeutenden Industrie an Bedeutung gewannen⁹². In den diesbezüglichen Branchen der Automobil- und der Chemieindustrie, im Bergbau sowie der Gas- und Ölindustrie betrafen diese Selbstverpflichtungen vornehmlich das globale Gesamtverhalten, das Personalmanagement innerhalb des Konzerns und seiner Tochterunternehmen sowie auch gerade die externen Faktoren der Unternehmenstätigkeit, v. a. die Umweltauswirkungen⁹³.

⁸⁷ Brühl/ Utting, Unternehmen in der Weltpolitik, S. 116.

⁸⁸ BT-Drucks. 14/9200, S. 177 (Globalisierung der Weltwirtschaft – Herausforderungen und Antworten, Schlussbericht der Enquete-Kommission des Bundestages, 12.6.2002).

⁸⁹ Kocher, KJ 2010, 29 (33).

⁹⁰ Zimmer, Soziale Mindeststandards, S. 141.

⁹¹ Ebenda.

⁹² BT-Drucks. 14/9200, S. 177.

⁹³ Ebenda.

d) Arten von Verhaltenskodizes

Die sehr hohe Anzahl und Variationsbreite von als Verhaltenskodex bezeichneten Instrumenten erschwert eine eindeutige Einteilung anhand von bestimmten Kriterien. Eine Differenzierung könnte bspw. nach Funktionen, Regelungsgegenständen, Adressaten oder Außenwirkung erfolgen. Um einen guten Überblick zu erreichen, bietet sich jedoch am besten eine Klassifizierung nach der Urheberschaft an, welche auch von der *OECD* in dieser Gestalt vorgenommen wird⁹⁴. Hiernach lassen sich CoC in vier verschiedene Kategorien unterteilen⁹⁵:

aa) Unternehmensinterne (unilaterale) Verhaltenskodizes

Unilaterale Verhaltenskodizes werden zumeist von der Unternehmensleitung selbst ausgearbeitet und in Eigeninitiative nur mit Wirkung für das einzelne Unternehmen umgesetzt. Sie verkörpern die Grundform unternehmerischer Selbstverpflichtung und stellen auch die Mehrzahl der zurzeit existierenden Kodizes dar. Auch wenn diese CoC vom Unternehmen selbst öffentlich gemacht werden, ist eine Beteiligung anderer Parteien im Entstehungsprozess ohne Weiteres möglich. In Deutschland bietet etwa der »Runde Tisch Verhaltenskodizes«⁹⁶ unter der Moderation des Bundesministeriums für Wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung (BMZ) den Unternehmen eine hierfür geeignete Plattform. Dennoch obliegt dem Unternehmen selbst die Entscheidungsbefugnis über die inhaltliche Ausgestaltung, weswegen diese Kodizes ausschließlich dem Bereich der privaten Wirtschaft zuzuordnen sind. Inhaltlich orientieren sich die Verhaltenskodizes häufig an den Empfehlungen der *OECD* und der *ILO*⁹⁷, sodass sich z. T. Gemeinsamkeiten innerhalb derartiger CoC finden lassen. Prägnant ist bei diesen Kodizes ein äußerst divergenter Bestimmtheitsgrad der verwendeten Formulierungen: Einige beschränken

94 *OECD: Codes of Corporate Conduct: An Inventory* (1999), abrufbar unter: [http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?doclanguage=en&cote=td/tc/wp\(98\)74/final](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?doclanguage=en&cote=td/tc/wp(98)74/final), zuletzt abgerufen am 5.5.2016.

95 Nachfolgend in nach Häufigkeit absteigender Reihenfolge eingeteilt.

96 <http://www.coc-runder-tisch.de/index.php>, zuletzt abgerufen am 5.5.2016.

97 Hierzu sogleich: 2. Kapitel, I., 2. d), dd).

sich nur auf eine sehr abstrakte und unbestimmte Ausdrucksform, wohingegen andere durchaus konkrete Anforderungen aufstellen⁹⁸.

bb) Verhaltenskodizes auf sektoraler Ebene

Derartige Verhaltenskodizes entstehen durch eine Zusammenarbeit innerhalb einer Branche. Prägend ist hier die Schaffung einer besonderen Organisationshöhe, der bestimmte Befugnisse zur Erstellung und Durchsetzung des Kodex in der Branche zugeteilt werden⁹⁹. Die Urheberschaft branchenweiter Verhaltenskodizes liegt damit bei den Industrie- und Wirtschaftsverbänden bzw. hierfür speziell eingerichteten Institutionen, weshalb diese CoC ebenfalls dem rein wirtschaftlichen Bereich zuzuordnen sind. Gerade in der juristischen, aber auch in der öffentlichen Wahrnehmung in Deutschland sind derartige Verhaltenskodizes am stärksten präsent und stellen in ihren Bereichen durchaus Erfolgsmodelle dar. Hierzu zählen insb. die schon genannten Selbstverpflichtungen der Presse-, Film-, Versicherungs- oder Arzneimittelbranche, aber auch auf europäischer Ebene etwa der *BSCI*-Verhaltenskodex des Verbandes des europäischen und internationalen Handels.

cc) Multi-Stakeholder-Initiativen

Multi-Stakeholder-Initiativen werden als freiwillige Zusammenschlüsse zwischen öffentlichen, zivilgesellschaftlichen und privaten Akteuren definiert, die darauf ausgerichtet sind, komplexe gesellschaftliche Probleme in kooperativer Weise zu lösen¹⁰⁰. Sofern keine staatlichen Akteure im Entstehungsprozess involviert sind, werden sie nur Stakeholder-Initiativen genannt¹⁰¹. Die am weitesten verbreitete Variante stellen sog. *International Framework Agreements (IFA)* dar. Dies sind internationale Vereinbarungen zwischen Gewerkschaften und MNU, die globale Mindeststandards hinsichtlich der Arbeitsbedingungen sowie Grundprinzipien zwischen multinationalen Unternehmen und Gewerk-

⁹⁸ Die Auswirkung beispielhafter Formulierungen auf die Erwartungshaltung des Verbrauchers wird im 4. Kapitel der vorliegenden Arbeit untersucht.

⁹⁹ Hoeren, Selbstregulierung, S. 24.

¹⁰⁰ <http://wirtschaftslexikon.gabler.de/Archiv/611744041/multi-stakeholder-initiative-v1.html>, zuletzt abgerufen am 5.5.2016.

¹⁰¹ Koeltz, Menschenrechtsverantwortung, S. 77.

schaften festlegen¹⁰². Da die Gewerkschaften natürliche Ansprechpartner für die Interessen der Belegschaft sind, werden *IFA* als konsequente Weiterentwicklung unilateraler Verhaltenskodizes gesehen¹⁰³, die eine stärkere Beachtung der Arbeitnehmerinteressen garantieren und damit zu einem erhöhten Maß an Glaubwürdigkeit beitragen sollen. Tiefergehende Untersuchungen zeigen jedoch, dass *IFA* weder höhere Standards noch faktisch bessere Überwachungssysteme als unilaterale Verhaltenskodizes beinhalten, da die Überwachungs-, Sanktions- und Verbesserungsinstrumente in Rahmenabkommen häufig ungenauer definiert sind als bei unilateralen Standards¹⁰⁴. Zudem finden sich unter den Unternehmen mit Rahmenabkommen selten solche, deren Konzernstruktur sich durch besonders komplexe Zuliefererketten auszeichnen¹⁰⁵.

dd) Verhaltenskodizes internationaler Organisationen

Als Verhaltenskodex werden schließlich auch die Empfehlungen internationaler Organisationen bezeichnet. Diese stellen i. d. R. aber nur Anregungen an die Unternehmen dar, verbunden mit der Möglichkeit, diese Regeln in eigenen Verhaltenskodizes zu übernehmen. Als Beispiele sind die dreigliedrige Erklärung der *ILO* und die *OECD-Leitsätze für multinationale Unternehmen* zu nennen. Alternativ ergibt sich v. a. beim *Global Compact* die Möglichkeit, direkt ggü. der *UN* eine Verpflichtung zur Einhaltung von zehn Grundprinzipien aus den Bereichen Menschenrechte, Arbeitsnormen, Korruptionsbekämpfung und Umweltschutz abzugeben und im Gegenzug das *UN*-Logo werblich nutzen zu dürfen.

Die erstgenannten Empfehlungen der internationalen Organisationen stellen keine Verhaltenskodizes im hier untersuchten Sinne dar, da es an einer Verpflichtung der jeweiligen Unternehmen fehlt. Sie könnten aber einen Einfluss auf die Auslegung von Erklärungen in unternehmerischen Verhaltenskodizes ausüben. Der *Global Compact* wird hingegen in der vorliegenden Bearbeitung ausgeklammert, da durch die Verwendung eines Logos eine Untersuchung in den zu trennenden Bereich der Werbung mit Gütesiegeln hineinreichen würde.

102 *Dzida/Reinhard*, BB 2012, 2241 (2241).

103 *Thüsing*, RdA 2010, 78 (79).

104 *Köpke/Röhr*, Codes of Conduct, S. 148.

105 Ebenda.

e) Kontrollsysteme

aa) Ziele von Überwachungsverfahren

Ziel von Überwachungsmaßnahmen ist i. d. R. eine Zertifizierung von Betriebsteilen, Zulieferern oder Tochterunternehmen¹⁰⁶. Unter einer Zertifizierung wird die Prüfung eines Unternehmens durch einen unabhängigen Dritten zur Erhaltung eines Zertifikats verstanden, das die Übereinstimmung (Konformität) der Leistungserstellung (resp. der Geschäftsprozesse, nicht hin gegen der Leistungsergebnisse selbst) mit bestimmten Anforderungen und Normen ausdrückt¹⁰⁷. Entgegen dem Sprachgebrauch werden CoC-Zertifizierungen zumeist nicht von vollkommen unabhängigen Dritten vergeben, sondern entweder durch das Unternehmen selbst bzw. bei externen Systemen durch akkreditierte Wirtschaftsprüfungsgesellschaften oder von einer dafür bestimmten übergeordneten Instanz¹⁰⁸. In einigen Branchen haben sich inzwischen bestimmte Zertifizierungssysteme etabliert, denen sich ein größerer Teil der jeweiligen Branchenunternehmen in ihrem Verhaltenskodex direkt anschlossen hat oder die ein auf die jeweilige Unternehmensstruktur angepasstes Modell übernommen haben. Die wichtigsten Zertifizierungssysteme bspw. im Bereich des Handels sind die amerikanische Markenzertifizierung *FLA* (*Fair Labor Association*) und das weltweite Zuliefererzertifizierungssystem *SA 8000*.

Trotz einiger Parallelen müssen diese Zertifizierungssysteme von Standards aus dem Umwelt- und Qualitätsmanagement unterschieden werden. Zu nennen sind hier insb. die Standards der *ISO* (*International Organization for Standardization*) und *DIN* (*Deutsches Institut für Normung*), welche eine öffentlich anerkannte Zertifizierung garantieren. *ISO*- oder *DIN*-Normen sind damit eine Mischform aus öffentlicher und privater Regulierung und auf dem Markt weitgehend standardisiert, während Zertifizierungen von CoC demgegenüber unübersichtlich sind und von keinen öffentlich anerkannten Institutionen durchgeführt werden¹⁰⁹.

106 Ebenda, S. 61.

107 <http://www.wirtschaftslexikon24.com/d/zertifizierung/zertifizierung.htm>, zuletzt abgerufen am 5.5.2016.

108 BT-Drucks. 14/9200, S. 180.

109 Köpke/Röhr, Codes of Conduct, S. 87.

bb) Instrumente der Überwachung

Innerhalb sowohl der einzelnen branchenbezogenen Zertifizierungssysteme als auch der unternehmensintern geregelten Überwachungsmaßnahmen haben sich inzwischen diverse Instrumente zur Überwachung herausgebildet. Sie unterscheiden sich hinsichtlich ihrer Intensität teilweise erheblich und werden daher nachfolgend kurz erläutert:

(1) Reporting

Die (meist jährliche) Berichterstattung der Unternehmen hängt nur indirekt mit unternehmerischen Verhaltenskodizes zusammen. Dennoch können sich insb. im Rahmen der freiwilligen Nachhaltigkeitsberichterstattung die Themen überschneiden. Die Berichte dienen i. d. R. der Außendarstellung des Konzerns ggü. Anteilseignern zur Information über ökonomische, ökologische und soziale Belange und werden teilweise dem jährlichen Geschäftsbericht angehängt. Am 22.10.2014 wurde die sog. CSR-Richtlinie verabschiedet, in der die Offenlegung nichtfinanzialer Informationen im Rahmen der Berichterstattung für bestimmte Unternehmen verpflichtend wird¹¹⁰. Danach müssen größere Unternehmen in ihren Lagebericht oder ggf. in eine separate Erklärung nichtfinanzielle Informationen aufnehmen, die sich mindestens auf Umwelt-, Sozial- und Arbeitnehmerbelange, die Achtung der Menschenrechte und auf die Bekämpfung von Korruption und Bestechung beziehen, soweit diese Informationen für das Verständnis des Geschäftsverlaufs, des Geschäftsergebnisses, der Lage des Unternehmens und der Auswirkungen seiner Tätigkeit erforderlich sind¹¹¹. Diese Berichterstattung soll jedoch nicht direkt darüber informieren, inwieweit speziell der unternehmerische Verhaltenskodex eingehalten wird, sondern gibt nur eine generelle Information über die Unternehmenslage für Stakeholder. Sofern sich bestimmte Themen in den Berichten mit dem Verhaltenskodex überschneiden, laufen diese Systeme parallel zueinander und können je nach Einzelfall auch beide wettbewerbsrechtlich relevant sein.

¹¹⁰ Richtlinie 2014/95/EU vom 22.10.2015 im Hinblick auf die Angabe nichtfinanzialer und die Diversität betreffender Informationen durch bestimmte große Unternehmen und Gruppen.

¹¹¹ Böhm, EuZW 2014, 445 (445).

Teilweise dienen einzelne Reportingmaßnahmen aber praktisch auch der Überwachung von CoC. Diese stellen dann i. d. R. Mitarbeiterbefragungen dar, welche durch von Unternehmen speziell hierzu eingerichtete Abteilungen anhand von unterschiedlichen Befragungs- und Auswertungsstandards erfolgen¹¹². Derartiges Reporting soll – gerade durch die Anregung zum Dialog der Mitarbeiter in Stamm- und Tochterunternehmen – zur Identifizierung und Bewältigung von Problemen bei der Umsetzung von Verhaltenskodizes beitragen¹¹³.

(2) Auditing und Monitoring

Die Überwachung von Verhaltenskodizes erfolgt mitunter durch Audits des Stammkonzerns. Im Kontext von CoC werden Audits wie Qualitätsprüfungen¹¹⁴ angewandt und häufig auch mit diesen unmittelbar verknüpft¹¹⁵. Audits sind in diesem Kontext (zumeist angekündigte) Betriebsbesichtigungen der Tochterunternehmen oder Zulieferer, in denen die im Kodex genannten Sozial-, Umwelt- und Sicherheitsbelange vor Ort überprüft werden¹¹⁶. Die Aufgaben des Auditors reichen von der Ermittlung von Problemen zur Beratung mittels Weitergabe von Empfehlungen bis zur Befugnis der Intervention bei Gefahr im Verzug (als letztes Mittel mit der vorübergehenden Stilllegung des Betriebes)¹¹⁷. Idealerweise erfolgt die Auditierung der Konzernanteile in festen zeitlichen Abständen von zwei oder drei Jahren¹¹⁸.

Während Audits einzelne Überprüfungen darstellen, beschreibt das Monitoring einen Gesamtprozess, der nach seiner Wortbedeutung weitaus mehr als ein Auditing in einem oder mehreren Betrieben darstellen soll¹¹⁹. Monitoring ist als ein andauerndes und umfangreiches Überwachungsverfahren zu ver-

¹¹² Köpke/Röhr, *Codes of Conduct*, S. 62.

¹¹³ Ebenda.

¹¹⁴ Siehe hierzu: 2. Kapitel, I, 2., e), aa).

¹¹⁵ BT-Drucks. 14/9200, S. 180.

¹¹⁶ Ebenda.

¹¹⁷ Herberg, *Globalisierung und private Selbstregulierung*, S. 121.

¹¹⁸ Ebenda, S. 135.

¹¹⁹ BT-Drucks. 14/9200, S. 180.

stehen, welches idealerweise in organisierter, zuverlässiger und regelmäßiger Weise erfolgt¹²⁰.

cc) Unabhängigkeit, Effektivität und Reichweite der Überwachung

Hinsichtlich der Überwachungsmechanismen werden zwei Ansätze verfolgt: Interne Überprüfungsmaßnahmen durch eigene Abteilungen innerhalb des Unternehmens selbst oder externe Überwachung durch beauftragte (unabhängige) Kontrolleure. Am weitesten verbreitet ist die interne Überwachung, welche auf der einen Seite zwar den Vorteil hat, dass die Kontrolle durch diejenigen erfolgt, die die Verhaltenserwartungen formulieren und im Regelfall über die inhaltliche Sachkenntnis verfügen¹²¹, auf der anderen Seite aber vielfältige Missbrauchsmöglichkeiten durch den hierdurch immanenten Interessenkonflikt eröffnet. Dies bedeutet im Umkehrschluss jedoch nicht, dass externe Überwachungsmechanismen zugleich eine objektive Überwachung gewährleisten. So wird gerade die Arbeit beauftragter (und damit abhängiger) kommerzieller Wirtschaftsprüfer zum Teil kritisch gesehen¹²² und festgestellt, dass kommerzielle Auditoren überwiegend die Angaben der Fabrikeigner oder des Managements sammeln und bestätigen¹²³. Eine de facto vollkommen unabhängige Überwachung ist damit schwer zu bewerkstelligen, vor allem da die dahingehenden Beteiligungsmöglichkeiten von NGOs aufgrund fehlender Kapazitäten begrenzt sind.

Ebenso muss die Reichweite von Maßnahmen des Monitorings kritisch hinterfragt werden: Auch wenn sich dieses in den Verhaltenskodizes zumeist auf die gesamte Zuliefererkette bezieht, beschränken sich die Überwachungsmaßnahmen i. d. R. auf die eigentlichen Fertigungsbetriebe – die Hauptlieferanten – sowie in einigen Fällen auf deren unmittelbare Zulieferer¹²⁴. Verstöße gegen von Verhaltenskodizes versprochene elementare Standards bei der Beschäftigung oder im Umweltschutz kommen jedoch überwiegend in

120 *Herberg*, Globalisierung und private Selbstregulierung, S. 39.

121 *Koeltz*, Menschenrechtsverantwortung, S. 218.

122 So etwa: *Köpke/Röhr*, Codes of Conduct, S. 70f., 109; *Koeltz*, Menschenrechtsverantwortung, S. 218.

123 *Köpke/Röhr*, Codes of Conduct, S. 71.

124 *Köpke/Röhr*, Codes of Conduct, S. 73.

den anfänglichen Bereichen der Fertigungskette vor, da diese vornehmlich in Entwicklungsländern verortet sind.

Als vorläufiges Fazit genügt hier zunächst die Feststellung, dass die Überwachungsmaßnahmen von den jeweiligen mit Verhaltenskodizes werbenden Unternehmen höchst uneinheitlich gehandhabt werden. Eine vollkommen lückenlose Überwachung ist schon deswegen praktisch nicht möglich, da einige Unternehmen inzwischen eine unübersehbar große Anzahl an Zulieferern haben¹²⁵. Gerade deshalb muss aber ein besonderes Augenmerk darauf gerichtet werden, inwieweit das Unternehmen überhaupt Anstrengungen zur Überwachung des firmeneigenen Verhaltenskodex unternimmt.

3. Die heutige praktische Bedeutung von Verhaltenskodizes

a) Verbreitung

Die Verbreitung von Verhaltenskodizes hat in den letzten zehn Jahren rasant zugenommen. Wurden die ersten CoC noch von großen multinationalen Konzernen unterzeichnet, haben sich inzwischen auch viele mittelständische Unternehmen einen eigenen Verhaltenskodex gegeben. Dies betrifft nicht nur nationale Unternehmen, sondern auch national tätige Gesellschaften. Dennoch ist auch die Verbreitung von Verhaltenskodizes der Tendenz geschuldet, dass heute schon viele Mittelständler länderübergreifend tätig sind¹²⁶. Es gehört inzwischen zur Selbstverständlichkeit, das Unternehmensimage durch Hinweise auf eigene Verhaltensverpflichtungen zu prägen, wodurch wiederum auch ein Sog-Effekt auf Unternehmen ausgeübt wird, die sich nicht zu derartigen Verpflichtungen bekennen¹²⁷.

125 So gehören bspw. zur Otto-Gruppe ca. 1000 Hauptlieferanten und etwa 5000 Subzulieferer (Köpke/Röhr, Codes of Conduct, S. 85).

126 Spießhofer, NJW 2014, 2473 (2474).

127 Die Ursachen dieser rasanten Zunahme selbstverpflichtender Instrumente werden an anderen Stellen genauer untersucht. Ihr liegen zum einen marktwirtschaftliche Hintergründe und ein sich wandelndes Anforderungsprofil der Unternehmen zugrunde (hierzu: 4. Kapitel, I., 3., a), zum anderen hat auch die Liberalisierung der Rechtsprechung in diesem Bereich die Erschließung neuer Werbetypen gefördert (hierzu: 4. Kapitel, I., 4., b).

b) Einhaltung

aa) In der Praxis

Verstöße gegen eigene Verhaltenskodizes sind keine Einzelfälle, sondern werden als systematisches Problem erfasst¹²⁸.

Insbesondere die Arbeitsverhältnisse in der Textilbranche werden derzeit auch von Seiten der Medien kritisch beleuchtet. Exemplarisch wirbt der Textildiscounter *KiK Textilien und Non-Food GmbH* mit einem eigenen Verhaltenskodex, der in Anlehnung an die Normen der *ILO* in den allgemeinen Geschäftsbedingungen von den Zulieferern einen Kern an allgemeingültigen Rechten fordert und jegliche Missachtung dieser Rechte sanktionieren soll¹²⁹. Hierin wird festgehalten, dass der Arbeitsvertrag auf einem formellen Dokument basieren muss, die maximale (reguläre) Arbeitszeit 48 Stunden in der Woche betragen darf sowie Überstunden freiwillig geleistet und entlohnt werden müssen¹³⁰. Das Recht auf Vereinigungsfreiheit wird betont¹³¹. Darüber hinaus werden alle Geschäftspartner zu einer Entlohnung verpflichtet, die die »Lebenshaltungskosten« deckt und einen Betrag zur freien Verfügung der Arbeiter und Arbeiterinnen enthält, sofern der gesetzliche Mindestlohn hierfür nicht ausreicht¹³². Weiterhin dürfen der Arbeitsplatz und das Ausüben der Tätigkeit den Arbeitnehmer, seine Gesundheit und Sicherheit nicht gefährden¹³³.

Auch wenn die Vorgaben der *ILO*, auf denen der *KiK*-Verhaltenskodex beruht, infolge der geringen Voraussetzungen als eine Art Untergrenze gesehen werden¹³⁴, ergibt sich in Bezug auf die Einhaltung des Verhaltenskodex in der Praxis ein anderes Bild: *KiK* ist nicht nur das einzige bekannte Unternehmen, das in allen drei asiatischen Fabriken Aufträge platziert hat, in denen es in den letzten Jahren zu verheerenden Katastrophen gekommen ist¹³⁵, sondern es produzierte auch in dem Fabrikkomplex in Bangladesch, der am 24.4.2013

128 BT-Drucks. 14/9200, S. 179.

129 *KiK*, Verhaltenskodex, S. 1.

130 Ebenda, S. 3.

131 Ebenda, S. 4.

132 Ebenda, S. 3.

133 Ebenda, S. 4.

134 So etwa: *Kocher*, GRUR 2005, 647 (650).

135 <http://www.spiegel.de/wirtschaft/unternehmen/kik-klage-wegen-brandkatastrophe-in-pakistan-a-990796.html>, zuletzt abgerufen am 5.5.2016.

einstürzte und mehr als 400 Todesopfer forderte¹³⁶. Alle Katastrophen sind auf gravierende Sicherheitsmängel (wie verriegelte oder nicht vorhandene Notausgänge)¹³⁷ zurückzuführen, der letzte Fall zudem auf ein ohne Bauge-nehmigung errichtetes vierstöckiges Gebäude, welches später trotz unzurei-chend tragender Wände um weitere fünf Stockwerke aufgestockt wurde¹³⁸.

Neben diesen öffentlichkeitswirksamen Tragödien gibt es jedoch immer wieder massive Vorwürfe gegen *KiK* aufgrund der katastrophalen Arbeitsbe-dingungen bei dessen Zuliefererern. Danach werde die gewerkschaftliche Or-ganisation nicht nur bei Zulieferern im Ausland¹³⁹, sondern auch in Deutsch-land¹⁴⁰ unterbunden. Die Mehrzahl der Mitarbeiter arbeite ohne Arbeitsvertrag, Überstunden werden nicht oder nur unzureichend ausbezahlt und der gezahl-te Lohn reiche kaum zum Überleben¹⁴¹. Bei derartigen Vorwürfen verweist *KiK* auf den firmeneigenen Verhaltenskodex, der diese Verhaltensweisen unterbin-de, räumt aber gleichzeitig ein, dass nicht einmal 25 Prozent der Lieferanten die nötige Kodex-Qualifizierung haben¹⁴². Die mangelnde Ernsthaftigkeit der Kodexeinhaltung zeigt sich auch daran, dass Gebäude- und Brand-schutzabkommen mit dem Hinweis auf konzerneigene Regelungen seitens *KiK* nicht unterzeichnet werden¹⁴³.

Das Unternehmen *KiK* soll hier jedoch nur als anschauliches Beispiel für eine Branche dienen, in der Sicherheits-, Gesundheits- und Arbeitsbedin-gungen der Angestellten (vornehmlich in den direkten und indirekten Zu-

136 <http://www.spiegel.de/wirtschaft/unternehmen/kik-shirts-in-truemmern-von-textilfabriken-gefunden-a-897680.html>, zuletzt abgerufen am 5.5.2016.

137 <http://www.spiegel.de/wirtschaft/unternehmen/kik-klage-wegen-brandkatastrophe-in-pakistan-a-990796.html>, zuletzt abgerufen am 5.5.2016.

138 <http://www.spiegel.de/wirtschaft/soziales/bangladesch-wie-es-trotz-warnzeichen-zum-fabrikeinsturz-kam-a-896399.html>, zuletzt abgerufen am 5.5.2016.

139 <http://www.handelsblatt.com/unternehmen/handel-dienstleister/kritik-an-arbeitsbedingungen-aldi-lidl-und-kik-haengen-sich-sozialmaentelchen-um/6050996.html>, zu-letzt abgerufen am 5.5.2016.

140 <http://www.spiegel.de/wirtschaft/unternehmen/textildiscounter-in-der-kritik-kik-beschaeftigte-klagen-ueber-katastrophale-zustaende-a-687646.html>, zuletzt abgerufen am 5.5.2016.

141 <http://www.handelsblatt.com/unternehmen/handel-dienstleister/kritik-an-arbeitsbedingungen-aldi-lidl-und-kik-haengen-sich-sozialmaentelchen-um/6050996.html>, zu-letzt abgerufen am 5.5.2016.

142 <http://www.spiegel.de/spiegel/a-651460.html>, zuletzt abgerufen am 5.5.2016.

143 <http://www.spiegel.de/wirtschaft/unternehmen/kik-shirts-in-truemmern-von-textilfabriken-gefunden-a-897680.html>, zuletzt abgerufen am 5.5.2016.

lieferbetrieben) von vielen Unternehmen zwar in eigenen Verhaltenskodizes öffentlichkeitswirksam garantiert, in der Praxis jedoch regelmäßig missachtet werden¹⁴⁴. Diese Situation ist in anderen Industriezweigen nicht besser: Nach den öffentlichkeitswirksamen Vorwürfen gegen den *Apple*-Zulieferer *Foxconn*¹⁴⁵ mehren sich die Vorwürfe gegen konkurrierende Unternehmen in der Elektronikbranche¹⁴⁶, die von ausbeuterischer Kinderarbeit¹⁴⁷, gefährlichen Arbeitsbedingungen oder körperlichen Misshandlungen berichten – alles Vorfälle, die durch unternehmenseigene Verhaltenskodizes eigentlich ausgeschlossen werden¹⁴⁸.

Aber auch neben Verstößen gegen die selbst gesetzten Produktionsstandards gibt es zahlreiche weitere Fälle, in denen Unternehmen ihre eigenen werblich hervorgehobenen Grundsätze nicht einhalten. So verpflichtet sich der weltweit größte Nahrungsmittelkonzern *Nestlé* in seinen »nicht verhandelbaren Mindeststandards für Mitarbeiter« zu fairem, transparentem und integrem Verhalten in allen Situationen¹⁴⁹. Gleichzeitig wurde aber durch das Unternehmen die Organisation *Attac* mit illegalen Methoden bespitzelt und infiltriert, wie ein Gericht später feststellte¹⁵⁰. Im Mittelpunkt der Geschäftsstrategie von *Nestlé* steht das Bestreben, »Konsumenten eine ausgewogenere,

144 Weitere Beispiele etwa: <http://www.fr-online.de/wirtschaft/vorwuerfe-gegen-modekonzern-h-m-zulieferer-soll-arbeiter-ausbeuten,1472780,10799408.html>, zuletzt abgerufen am 5.5.2016; <http://www.handelsblatt.com/unternehmen/handel-dienstleister/kritik-an-arbeitsbedingungen-aldi-lidl-und-kik-haengen-sich-sozialmaentelchen-um/6050996.html>, zuletzt abgerufen am 5.5.2016; <http://www.sueddeutsche.de/wirtschaft/nach-brand-in-textilfabrik-modetrends-in-europa-tote-in-bangladesch-1.1533689>, zuletzt abgerufen am 5.5.2016; <http://www.wiwo.de/unternehmen/industrie/textilindustrie-die-modeluege-wie-deutsche-firmen-produzieren-lassen/7162224.html>, zuletzt abgerufen am 5.5.2016.

145 Näheres unter: <http://www.sueddeutsche.de/thema/Foxconn>, zuletzt abgerufen am 5.5.2016.

146 So etwa Samsung: <http://www.spiegel.de/spiegel/print/d-87997176.html>, zuletzt abgerufen am 5.5.2016.

147 Nach der am 19.11.2000 in Kraft getretenen ILO-Konvention 182 werden nur bestimmte Formen der Kinderarbeit als »ausbeuterisch« und damit verboten deklariert (vgl. http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---normes/documents/normativeinstrument/wcms_c182_de.htm), zuletzt abgerufen am 5.5.2016).

148 Bspw. der *Apple* Verhaltenskodex von 2005: https://www.apple.com/euro/supplier-responsibility/a/generic/pdf/Apple_Supplier_Code_of_Conduct.pdf, zuletzt abgerufen am 5.5.2016.

149 *Nestlé*, Unternehmensgrundsätze, S. 15.

150 <http://www.taz.de/!109998/>, zuletzt abgerufen am 5.5.2016.

gesündere Ernährung zu ermöglichen«¹⁵¹. Hierzu erklärt Nestlé einen eigenen vollständigen Werbeverzicht für Kinder unter sechs Jahren und eine Werbebeschränkung für Kinder zwischen sechs und zwölf Jahren, wonach sich die Werbung nur auf Produkte beziehen darf, die bestimmte Nährwertprofile aufweisen und deren Gehalt an Kalorien und gesundheitsrelevanten Zutaten wie Zucker, Salz und gesättigten Fetten begrenzt ist¹⁵². Das Nährwertprofil legt Nestlé jedoch selber fest, weshalb das Unternehmen auch ggü. Kindern mit Frühstücksflocken wirbt, die allesamt mehr als 30 % Zucker enthalten und damit kein ausgewogenes Frühstück darstellen, sondern als Süßigkeiten einzustufen sind¹⁵³. In Grundsatz 10 bekennt sich Nestlé zu einem verantwortungsbewussten Umgang mit lokalen Wasserressourcen und erkennt das universelle Recht aller Menschen auf den Zugang zu sauberem Wasser an¹⁵⁴. Gleichzeitig pumpt der Konzern in vielen Entwicklungsländern Grundwasser ab, um es als gereinigtes Wasser der Marke *Pure Life* zu verkaufen, welches inzwischen das meistverkaufte Flaschenwasser der Welt darstellt. Konsequenzen vor Ort sind ein rapider Abfall des Grundwasserspiegels und die fehlende Verfügbarkeit oder zunehmende Verseuchung des von den Einheimischen dringend benötigten Brunnenwassers¹⁵⁵.

Die Art von Verstößen ist vielfältig und kann sich letztlich auf alle von Verhaltenskodizes abgedeckte Bereiche beziehen. Der konkreten Benennung einiger anschaulicher Beispiele soll eine generalisierende Betrachtung folgen, die das Ziel verfolgt, Gründe zu benennen, warum Verstöße gegen selbst gesetzte Verhaltensnormen keine Einzelfälle darstellen.

bb) Hintergrund

Das Engagement der Unternehmensführung zur Umsetzung eines Verhaltenskodex ist letztlich für dessen Beachtung in der Praxis entscheidend. Hier

151 Nestlé, Unternehmensgrundsätze, S. 13.

152 Ebenda.

153 http://www.foodwatch.org/de/presse/pressemitteilungen/kinder-marketing-nestle-verstoesst-gegen-eigene-unternehmensgrundsaezze-grundschulprogramme-und-kinderwerbung-fuer-ueberzuckerte-snacks-offener-brief-an-nestle-deutschland-chef-gerhard-berssenbruegge/?sword_list%5B0%5D=nestle, zuletzt abgerufen am 5.5.2016.

154 Nestlé, Unternehmensgrundsätze, S. 18.

155 Hierzu insb. die Dokumentation »Bottled Life« aus dem Jahr 2013 (<http://www.bottledlifefilm.com/index.php/die-geschichte.html>).

ist bezeichnend, dass in einer Befragung über die Hälfte der Unternehmen ihr CSR-Engagement in der Marketingabteilung verortet und demgegenüber nur 1,7 % der Betriebe eine eigene CSR-Abteilung eingerichtet haben¹⁵⁶. Zu viele Unternehmen wollen mit der Veröffentlichung eines Verhaltenskodex gesellschaftlich verantwortlich erscheinen, verändern ihr Handeln aber nicht grundsätzlich¹⁵⁷. Ein Großteil des Engagements geht daher oft nicht über die Absichts- bzw. Marketingebene hinaus.

Die häufig nicht ausreichenden Umsetzungsmaßnahmen unternehmens-eigener Verhaltensstandards zeigen sich auch in der Verbreitung von Verhaltenskodizes innerhalb des Unternehmens: Einer älteren Untersuchung zufolge sahen nur 8 % der beleuchteten CoC eine Verbreitung im Unternehmen und bei den Zulieferern vor und nur 4 % der Kodizes wurden in die jeweilige Landessprache übersetzt¹⁵⁸. Häufig fehlt es damit schon an der Kenntnis der Unternehmensgrundsätze bei den Arbeitnehmern aus den betroffenen Tochterunternehmen oder Zulieferern, um die Geschäftsleitung auf Missstände hinzuweisen.

Daneben kommen jedoch noch andere Gründe in Betracht: So hat die ILO im Jahr 1998 im Bereich der Arbeitnehmerstandards eine inhaltliche Selektivität der Verhaltenskodizes festgestellt¹⁵⁹. In den ersten veröffentlichten Verhaltenskodizes richtete sich das Augenmerk häufig auf Themen, die den Verbraucher stärker emotional tangieren, wie bspw. Kinderarbeit. Andere Bereiche wie festgeschriebene Mindestlöhne wurden hingegen nicht erwähnt. Viele Verhaltenskodizes wurden inzwischen nachträglich modifiziert und im Hinblick auf Arbeitnehmerstandards bspw. an ILO-Vorgaben angepasst, wodurch zugleich auch eine inhaltlich breitere Aufstellung erfolgte. Etwas Kontrollmechanismen und Aufklärungsinitiativen bei Zulieferern und Tochterunternehmen hinsichtlich der modifizierten Regelungen unterblieben aber möglicherweise, weshalb die Durchsetzung des Verhaltenskodex heute noch auf dem Stand der Ursprungsversion geblieben ist.

Problematisch ist in vielen Fällen, dass CoC sehr abstrakt formuliert werden und damit ein hohes Maß an Unbestimmtheit aufweisen. Auf der einen Seite liegt dies in der Natur der Sache, um möglichst flexibel Fälle aus der

¹⁵⁶ Hermanns/Leman, Sponsoring Trends 2010, S. 30.

¹⁵⁷ Ebenda.

¹⁵⁸ Brupbacher, Arbeitsnormen der Internationalen Arbeitsorganisation, S. 112.

¹⁵⁹ ILO, Overview of global developments, Art. 49 (abrufbar unter: <http://www.ilo.org/public/english/standards/relm/gb/docs/gb273/sdl-1.htm>, zuletzt abgerufen am 5.5.2016).

Praxis als Verstoß einzuordnen oder als konform zu betrachten. Auf der anderen Seite reklamieren die Unternehmen die Deutungshoheit über ihre Formulierungen, weshalb sich häufig Unklarheiten ergeben, ob tatsächlich ein Verstoß vorliegt.

Häufig wird betont, dass die eigentliche Kontrolle über einen Verhaltenskodex durch die Öffentlichkeit stattfindet. Das Risiko öffentlichen Drucks als Konsequenz aus aufgedeckten Skandalen ist für die Reputation eines Unternehmens durchaus schwerwiegend. In der Praxis kann dies jedoch keine wirksame Kontrolle darstellen. Dies zeigt sich schon daran, dass das Risiko, zum Gegenstand einer öffentlichen Skandalisierung zu werden, nicht für alle Unternehmen vergleichbar ist und die ökonomische Bedeutung des äußeren Drucks ebenfalls ungleich verteilt ist¹⁶⁰. So sind Unternehmen der letzten Produktionsstufe, die ihre Waren direkt ggü. dem Verbraucher anbieten, viel stärker von ihrem eigenen Image abhängig als Betriebe, die in der Produktionskette vorgeschaltet sind. Zudem kann öffentlicher Druck nur nach der tatsächlichen Feststellung von Verstößen aufgebaut werden. Hierfür sind jedoch zumeist die Unternehmen selbst verantwortlich, die eine Einhaltung des eigenen Verhaltenskodex selbst überprüfen (sollen). Eine auch nur annähernd ausreichende Kontrolle durch NGOs oder andere unabhängige Institutionen kann dagegen nicht gewährleistet werden, da diesen schlichtweg die Kapazitäten hierfür fehlen. Das Risiko öffentlichen Drucks allein ist daher nicht ausreichend, um eine Durchsetzung des Verhaltenskodex zu garantieren¹⁶¹.

c) Rechtsprechung

Eine Überprüfung werblicher Herausstellung von Unternehmensverantwortung in Verhaltenskodizes durch die Rechtsprechung ist bis dato praktisch nicht vorgekommen. In Deutschland wurde der wohl bisher einzige Fall im

160 Kocher, KJ 2010, 29 (32).

161 So im Ergebnis auch: BT-Drucks. 14/9200, S. 171.

April 2010 vor dem Landgericht Heilbronn¹⁶² verhandelt, gelangte jedoch aufgrund einer außergerichtlichen Einigung nicht zur Urteilsreife. Die Verbraucherzentrale Hamburg, unterstützt von der *Clean Clothes Campaign* (CCC) und dem *European Center for Constitutional and Human Rights* (ECCHR), verklagte den Discounter Lidl darauf, seine werblichen Versprechungen hinsichtlich der Einhaltung fairer Arbeitsbedingungen zurückzuziehen. In der Außendarstellung berief sich das Unternehmen u. a. auf die Mitgliedschaft in der *Business Social Compliance Initiative* (BSCI), in deren Verhaltenskodex die Einhaltung fairer Arbeitsbedingungen festgeschrieben ist. Tatsächlich verstießen die vorgefundene Arbeitsbedingungen bei den Zulieferern aus Bangladesch aber in vielen Fällen sowohl gegen den Verhaltenskodex der BSCI-Initiative als auch gegen den konzerneigenen CoC. In der außergerichtlichen Einigung verpflichtete sich Lidl ggü. der Verbraucherzentrale, das beanstandete Werbeversprechen zurückzuziehen, weshalb das Gericht keine rechtlichen Ausführungen zur Streitfrage tätigen konnte.

Laut Medienberichten wurde 2013 in Frankreich erstmals gegen ein Unternehmen wegen der Nichteinhaltung eigener ethischer Standards Klage er hoben¹⁶³. Drei NGOs werfen darin dem südkoreanischen Technologiekonzern Samsung irreführende Geschäftspraktiken vor, da in dessen Zuliefererbetrieben gegen den konzerneigenen Verhaltenskodex verstoßen würde. So wurden entgegen dessen Bestimmungen von Seiten der Arbeitsrechtsorganisation *China Labor Watch* (CLW) u. a. mehrfache Verstöße gegen garantie Sicherheitsstandards und die Verbote von Kinderarbeit sowie unfreiwilliger Überstunden festgestellt. Ein Ergebnis des Verfahrens steht bisher noch aus¹⁶⁴.

162 Az. 21 O 42/10 (abrufbar wohl nur unter: http://www.kostenlose-urteile.de/LG-Heilbronn_21-O-4210_Unlautere-Werbung-Lidl-muss-Werbung-fuer-fair-produzierte-Kleidung-zurueckziehen-Kleidung-nicht-unter-fairen-Arbeitsbedingungen-hergestellt.news9535.htm, zuletzt abgerufen am 5.5.2016). Hierzu auch: <http://www.spiegel.de/wirtschaft/unternehmen/vorwurf-der-ausbeutung-juristen-reichen-hungerlohn-klage-gegen-lidl-ein-a-687643.html#js-article-comments-box-pager>, zuletzt abgerufen am 5.5.2016.

163 Hierzu etwa: <http://www.welt.de/wirtschaft/article113931331/Samsung-droht-Prozess-in-Europa-wegen-Kinderarbeit.html>, zuletzt abgerufen am 5.5.2016; <http://www.n24.de/n24/Nachrichten/Wirtschaft/d/1796584/klage-gegen-samsung-wegen-arbeitsbedingungen-in-china.html>, zuletzt abgerufen am 5.5.2016; <http://www.handelsblatt.com/unternehmen/it-medien/klage-in-paris-samsung-wegen-kinderarbeit-in-china-verklagt/7842046.html>, zuletzt abgerufen am 5.5.2016.

164 <http://www.leparisien.fr/economie/telephonie-une-ong-attaque-samsung-france-en-justice-17-12-2015-5380711.php>, zuletzt abgerufen am 5.5.2016.

Auch wenn bisher kein Unternehmen in derartigen Fällen von Seiten der Gerichte verurteilt wurde, zeigen doch die beiden Verhandlungen, dass vor allem NGOs inzwischen bemüht sind, derartige Gerichtsverfahren zu erzwingen. Die mediale Aufmerksamkeit ist bisher eher als gering einzuschätzen. Den Konzernen ist daran gelegen, notfalls auch durch außergerichtliche Vergleiche eine Verurteilung zu verhindern und damit möglicherweise einem öffentlichkeitswirksamen Präzedenzfall zu ihren Ungunsten vorzukommen.

d) Zwischenergebnis

Bei vielen Unternehmen mangelt es an der Umsetzung der im eigenen Verhaltenskodex gegebenen Versprechen. So haben etliche Betriebe ihre Verpflichtungen bisher nur formell bekundet und handeln zum Teil offensichtlich entgegen den eigenen Grundsätzen. Die Gründe hierfür liegen vornehmlich in der fehlenden Kontrolle von außen, weswegen mitunter von einem »rechtsfreien Raum«¹⁶⁵ gesprochen wird und sich daher viele Unternehmen einer Sanktionierung des eigenen Verhaltens kaum bewusst sind. Ohne ausreichende Kontrolle wird die Gefahr von Trittbrettfahrern verstärkt¹⁶⁶, die das entstandene öffentliche Bewusstsein ausnutzen, um das eigene Unternehmen in einem nicht gerechtfertigten verantwortungsvollen Licht darzustellen. Hierdurch geben sich private Unternehmen den Anschein eines normsetzenden Akteurs, ohne zugleich eines der zwangsläufig notwendigen legitimierenden Elemente des Rechts (Durchsetzung und Sanktionierung bei Nichtbefolgung) zu beachten. Die Folge ist der Vertrauensverlust auch in die Darstellung einzelner Unternehmen, die ihre gesellschaftliche Verantwortung tatsächlich ernst nehmen¹⁶⁷. Die Aufgabe des formellen Rechts und der rechtsprechenden Gewalt liegt daher notwendigerweise darin, die Zuverlässigkeit privat gesetzter Regeln zu stärken, um dem Vertrauensschutz Rechnung zu tragen.

¹⁶⁵ Hennings, Verhältnis von multinationalen Unternehmen, S. 64.

¹⁶⁶ Michael, Rechtsetzende Gewalt, S. 214; Schmidhuber, Verhaltenskodizes, S. 130.

¹⁶⁷ So zeigen sich in den Untersuchungen der Stiftung Warentest zum gesellschaftlichen Engagement erhebliche Unterschiede unter den einzelnen Unternehmen (hierzu bspw. der Test zu Laufschuhen, abrufbar unter: <https://www.test.de/Laufschuhe-CSR-Harte-Arbeit-wenig-Geld-1781959-1780859/>, zuletzt abgerufen am 5.5.2016).

II. Prüfungsrahmen: UWG – Grundlagen des Lauterkeitsrechts

Im Anschluss erfolgt eine Einführung in den der Untersuchung zugrunde liegenden Rechtsrahmen des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb. Die hieraus gewonnenen Erkenntnisse prägen insoweit auch den Gang der weiteren Untersuchung.

1. Schutzzweck, Schutzsubjekte und Begrenzung des Anwendungsbereiches

Während das Lauterkeitsrecht ursprünglich als reiner Mitbewerberschutz konzipiert war¹⁶⁸, wurden im Laufe der Zeit durch die Rechtsprechung, aber auch unter dem Einfluss europäischer Regelungen, weitere Schutzsubjekte in das Gesetz integriert. Seit der UWG-Reform im Jahr 2004 ist dem Gesetz eine Zweckbestimmung in § 1 UWG vorangestellt, wonach es dem Schutz der Mitbewerber, der Verbraucherinnen und Verbraucher sowie der sonstigen Marktteilnehmer vor unlauteren geschäftlichen Handlungen dient (§ 1 S. 1 UWG). Zugleich schützt es das Interesse der Allgemeinheit an einem unverfälschten Wettbewerb (§ 1 S. 2 UWG). Heute umfasst die sog. *Schutzzwecktrias* damit den Anbieter-, Abnehmer- und Allgemeinheitsschutz¹⁶⁹.

a) Schutz der Mitbewerber

Der Mitbewerberschutz betrifft das *Horizontalverhältnis* zwischen einem Unternehmen und seinen Mitbewerbern¹⁷⁰. Das Interesse der Mitbewerber ist auf den Schutz ihrer wettbewerblichen Entfaltungsfreiheit gerichtet, was den Schutz der wirtschaftlichen Interessen und den Schutz des Unternehmens mit samt seiner Bestandteile einschließt¹⁷¹. In Bezug auf Verhaltenskodizes dienen die Normen des UWG zumindest mittelbar dem Mitbewerberschutz: Durch die Unterwerfung unter einen Verhaltenskodex steigt ein hierdurch gebundener Unternehmer das Vertrauen seiner Geschäftspartner und kann im Geschäftsleben ein höheres Ansehen genießen, welches bei tatsächlich fehlender

¹⁶⁸ Köhler/Bornkamm/Köhler, UWG, § 1 Rn. 1.

¹⁶⁹ Harte/Henning/Podszun, UWG, § 1 Rn. 11.

¹⁷⁰ Köhler/Bornkamm/Köhler, UWG, § 1 Rn. 9.

¹⁷¹ Ebenda, § 1 Rn. 10.

Bindung bzw. mangelnder Einhaltung des Kodex einen unzulässigen Vorteil im Wettbewerb bedeuten kann¹⁷².

b) Schutz der Verbraucher und sonstiger Marktteilnehmer

Im Gegensatz zum Mitbewerberschutz und dem Schutz der Allgemeinheit ist der Verbraucherschutz des UWG mit Einführung der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken vom 11.5.2005 (UGP-RL)¹⁷³ europaweit einheitlich geregelt. Die Richtlinie wurde 2008 erstmals in das UWG integriert und bezweckt eine Vollharmonisierung¹⁷⁴ dieses Bereiches. Die UGP-RL ist ausdrücklich in ihrem Anwendungsbereich auf das Verhältnis zwischen Unternehmern und Verbrauchern (B2CVerhältnis) beschränkt. Konsequenz war, dass im UWG einige spezielle Verbraucherschutznormen an die UGP-RL anzugeleichen waren und die Richtlinie bei der Auslegung dieser Normen nunmehr vorrangig herangezogen werden muss. Hier ist insb. zu beachten, dass die Richtlinie ein hohes Verbraucherschutzniveau erreichen soll (Art. 1 UGP-RL), während der Schutz anderer Marktteilnehmer nur mittelbar erreicht wird¹⁷⁵. Mit der nur zögerlichen Umsetzung der UGP-RL in das Lauterkeitsrecht im Jahr 2008 wurden jedoch erhebliche Anpassungsschwierigkeiten hervorgerufen, die letztlich in einem von der EU-Kommission zwischenzeitlich eingeleiteten Vertragsverletzungsverfahren resultierten. Mit der am 5.11.2015 beschlossenen UWG-Novelle wurde diese »behutsame« Angleichung an das europäische Recht aufgegeben und das am 10.12.2015 in Kraft getretene Gesetz nunmehr stärker an den Wortlaut der Richtlinie angepasst¹⁷⁶.

Der Verbraucherschutz betrifft das *Vertikalverhältnis* zwischen Anbieter und Nachfrager¹⁷⁷. Die UGP-RL verfolgt den Hauptzweck, die Entscheidungsfreiheit der Verbraucher mit dem Ziel zu schützen, dass sie nicht durch unlautere Geschäftspraktiken beeinflusst und in Konsequenz dazu verleitet

172 MüKo/UWG/Alexander, Band 1, Anh. § 3 III Nr. 1 Rn. 6.

173 RL 2005/29/EG vom 11.5.2005.

174 Harte/Henning/Podszun, UWG, § 1 Rn. 21.

175 Erwägungsgrund 8 der UGP-RL (RL 2005/29/EG vom 11.5.2005).

176 In der Literatur besteht wohl Einigkeit, dass mit der aktuellen Novelle die Anpassung an die UGP-RL nunmehr abgeschlossen ist, vgl. etwa Niebel/Jauch, BB 2016, 259 (263); Ohly, GRUR 2016, 3 (6).

177 Köhler/Bornkamm/Köhler, UWG, § 1 Rn. 14.

werden, geschäftliche Entscheidungen zu treffen, die sie andernfalls nicht getroffen hätten¹⁷⁸. Der zu erreichende Verbraucherschutz lässt sich auch aus den Grundmechanismen des Wettbewerbs ablesen: Wettbewerb bedeutet vornehmlich Wettbewerb um Abnehmer. Dieser ist dann am wirksamsten, wenn der Verbraucher als Abnehmer frei und gut informiert zwischen den verschiedenen Angeboten entscheiden und hierdurch seine häufig proklamierte »Schiedsrichterfunktion« wahrnehmen kann¹⁷⁹. Diese informierte Entscheidung ist dem Verbraucher dann möglich, wenn ihm alle Informationen für eine sachgerechte Kaufentscheidung zur Verfügung gestellt werden und seine Möglichkeiten zur rationalen Willensbildung nicht beeinträchtigt werden¹⁸⁰. Dem Irreführungsverbot der §§ 5 und 5a UWG kommt damit eine entscheidende Bedeutung zu, wobei die Ermittlung des Verbraucherinteresses in der Praxis mit großen Schwierigkeiten verbunden ist¹⁸¹.

c) Schutz der Allgemeinheit

Ergänzend zur personellen Anknüpfung der genannten Rechtssubjekte sieht der Gesetzgeber das Allgemeininteresse am unverfälschten Wettbewerb (§ 1 S. 2 UWG) als schutzwürdig an. Damit ist ein Schutzgut genannt, das traditionell »keine Lobby« hat und daher nicht zwingend berücksichtigt würde, wenn nur die prozessbeteiligten Parteien ihre Partikularinteressen vortragen¹⁸². Der Gesetzgeber will hiermit erreichen, dass die private Rechtsdurchsetzung mit Gemeinwohlerwägungen aufgeladen wird und dieses Schutzgut von den Gerichten in die Abwägung mit einbezogen wird¹⁸³. Die Einbeziehung des Schutzgutes eines unverfälschten Wettbewerbs in die Abwägung kann also auch eine Begrenzung der Marktteilnehmerinteressen nach sich ziehen¹⁸⁴.

178 Ebenda, § 1 Rn. 15.

179 Loschelder/Erdmann/v. Ungern-Sternberg, Wettbewerbsrecht, § 25 Rn. 7.

180 Köhler/Bornkamm/Köhler, UWG, § 1 Rn. 17.

181 Köhler/Bornkamm/Bornkamm, UWG, § 5 Rn. 1.1; Harte/Henning/Podszun, UWG, § 1 Rn. 49.

182 Harte/Henning/Podszun, UWG, § 1 Rn. 3.

183 Ebenda.

184 So hatte der BGH im Urteil »rote Briefkästen« ein gewisses Irreführungspotential der Verbraucherseite hingenommen, um eine wirtschaftspolitische Grundentscheidung für die Liberalisierung des Wettbewerbs in einer Branche nicht zu konterkarieren (BGH GRUR 2011, 166 – »rote Briefkästen«).

Vordergründig wird mit dem Schutz einzelner Marktteilnehmer vor unlauterem Wettbewerb dieser zugleich immer als Institution geschützt¹⁸⁵. Ein insoweit ausschließlich inbegriffener sekundärer Schutz ist ohne Weiteres möglich, denn eine Verfälschung des Wettbewerbs ohne gleichzeitige nachteilige Auswirkungen auf Marktteilnehmer ist nicht vorstellbar¹⁸⁶. Ein Rückgriff auf das Allgemeininteresse ist insb. dann praktisch relevant, wenn der Nachteil einer unlauteren geschäftlichen Handlung für den einzelnen Marktteilnehmer für sich gesehen unbedeutend ist, aber in der Summe doch wettbewerbsverzerrend ins Gewicht fällt¹⁸⁷.

Die Tatbestände über Verhaltenskodizes im UWG haben neben dem direkten Verbraucher- und mittelbaren Mitbewerberschutz auch die allgemeine Funktion, die Wirksamkeit und Funktionsfähigkeit von Selbstkontrollmechanismen zu schützen¹⁸⁸.

d) Begrenzung des geschützten Allgemeininteresses¹⁸⁹

Der klare Wortlaut des § 1 S. 2 UWG (»Interesse der Allgemeinheit an einem unverfälschten Wettbewerb«) bewirkt zugleich aber auch eine Begrenzung des Schutzzwecks auf das Allgemeininteresse am unverfälschten Wettbewerb. In der Vergangenheit war dies mitunter lebhaft umstritten¹⁹⁰ und wird auch heute noch z. T. kritisch beurteilt¹⁹¹. Eine Erweiterung des Anwendungsbereichs auf andere Allgemeininteressen wurde auch von der Rechtsprechung zuvor häufig angenommen¹⁹². Ebenso hat das BVerfG 2002 »gewichtige Interessen der Allgemeinheit« als schutzfähig angesehen¹⁹³, ohne jedoch genau zu erläutern, welche Interessen hierunter fallen. Spätestens mit der Einführung des § 1 S. 2

185 BT-Drucks. 15/1487, S. 16; Köhler/Bornkamm/Köhler, UWG, § 1 Rn. 48.

186 Köhler/Bornkamm/Köhler, UWG, § 1 Rn. 48; Loschelder/Erdmann/v. Ungern-Sternberg, Wettbewerbsrecht, § 27 Rn. 4.

187 Köhler/Bornkamm/Köhler, UWG, § 1 Rn. 49.

188 MüKo/UWG/Alexander, Band 1, Anh. § 3 III Nr. 1 Rn. 7.

189 Zu der Problematik ausführlich: 5. Kapitel, II.

190 Für eine Öffnung des Lauterkeitsrechts zugunsten anderer Schutzzwecke etwa: *Brandner/Michael*, NJW 1992, 278; *Friedrich*, WRP 1996, 1.

191 Vgl. etwa: *Fezer/Fezer*, Lauterkeitsrecht, Band 1, § 1 Rn. 70ff. (insb. Rn. 75).

192 Vor allem: BGH GRUR 2002, 360 – »H. I. V. POSITIVE II«; daneben: BGH GRUR 2000, 237 – »Giftnotruf-Box«; BGH GRUR 1999, 1128 – »Hormonpräparat«.

193 BVerfG NJW 2003, 277 (278) – »Juve-Handbuch«.

UWG im Jahr 2004 hat der Gesetzgeber aber klargestellt, dass ausschließlich das Interesse am unverfälschten Wettbewerb als anerkanntes Allgemeininteresse vom UWG geschützt ist¹⁹⁴.

Die Konsequenz besteht darin, dass Allgemeininteressen wie der Umwelt- oder Arbeitnehmerschutz selbst keine direkten Schutzgüter des UWG sind, sofern sie nicht reflexartig mitgeschützt sind¹⁹⁵. Ohne diese Beschränkung bestünde die Gefahr einer Instrumentalisierung des Lauterkeitsrechts zur Durchsetzung an sich wettbewerbsfremder Belange¹⁹⁶, die dessen ursprünglicher Funktion zuwiderlaufen und zugleich in Konkurrenz mit anderen Gesetzen treten würde.

2. Begriff der Unlauterkeit und Gesetzesystematik

Der Begriff der Unlauterkeit wurde erst mit der UWG-Reform im Jahr 2004 in das Gesetz integriert. Zuvor bezog sich die alte Generalklausel des UWG auf den Verstoß gegen die guten Sitten (§ 1 UWG a. F.), welche vornehmlich durch die Rechtsprechung mit Inhalt gefüllt wurde. Bei der Begriffsänderung handelt es sich aber überwiegend um eine rein terminologische, nicht um eine sachliche Änderung zur früheren Rechtslage¹⁹⁷. Der aktuelle Gesetzesstext verzichtet bewusst auf eine Definition der Unlauterkeit, da die Bewertungskriterien letztlich abhängig von den jeweiligen politischen, wirtschaftlichen und sozialen Verhältnissen, wissenschaftlichen Erkenntnissen und ethischen Anschauungen und daher in gewisser Weise zeitgebunden sind¹⁹⁸. Der Gesetzgeber hat zur Konkretisierung des Begriffes nur einen Anhaltspunkt gegeben: Unlauter sollen alle Handlungen sein, die den anständigen Gepflogenheiten in Handel, Gewerbe, Handwerk oder selbstständiger beruflicher Tätigkeit zuwiderlaufen¹⁹⁹. Zentrales Mittel zur Konkretisierung des Rechtsbegriffes sind

¹⁹⁴ So auch die Begründung im Gesetzesentwurf der Bundesregierung zur UWG-Reform 2004 (BT-Drucks. 15/1487, S. 16).

¹⁹⁵ Harte/Henning/*Podszun*, UWG, § 1 Rn. 4; Köhler/Bornkamm/*Köhler*, UWG, § 1 Rn. 41.

¹⁹⁶ Köhler/Bornkamm/*Köhler*, UWG, § 1 Rn. 41; Harte/Henning/*Podszun*, UWG, § 1 Rn. 14, 61; Scherer, WRP 2006, 401 (403).

¹⁹⁷ Ohly/Sosnitza/*Sosnitza*, UWG, § 3 Rn. 11; zu den Hintergründen weiterführend: Köhler/Bornkamm/*Köhler*, UWG, § 3 Rn. 3.

¹⁹⁸ Köhler/Bornkamm/*Köhler*, UWG, § 3 Rn. 62.

¹⁹⁹ BT-Drucks. 15/1487, S. 16.

die von der Rechtsprechung und Literatur herausgearbeiteten Fallgruppen²⁰⁰, die seit 2004 zu einem erheblichen Teil auch in den Gesetzestext des UWG integriert wurden.

Mit der Integration der UGP-RL in das Lauterkeitsrecht 2008 und 2015 wurde jedoch zugleich der Begriff der »unternehmerischen Sorgfalt« eingefügt. Dieser wird in § 2 I Nr. 7 UWG legaldefiniert und stellt nunmehr die Grundlage des Verständnisses der Lauterkeit im Rahmen der Verbrauchergeneralklausel des § 3 II UWG dar. Im Regierungsentwurf zur UWG-Reform 2015 wurde § 2 I Nr. 7 UWG noch als einheitlicher Maßstab der Lauterkeit im B2B- und B2C-Bereich angesehen²⁰¹. Gegen eine unmittelbare Anwendung des § 2 I Nr. 7 UWG auf die von § 3 I UWG ausschließlich erfassten reinen B2B-Verhältnisse spricht jedoch der Wortlaut der Definition, der direkt auf die Sorgfaltsanforderungen ggü. Verbrauchern abstellt. Dennoch besteht wohl Einigkeit, dass in Anbetracht einer einheitlichen Rechtsanwendung die Grundsätze der »unternehmerischen Sorgfalt« bei Bedarf auch im Rahmen des § 3 I UWG auf das Verhalten ggü. sonstigen Marktteilnehmern Anwendung finden sollten²⁰². Insoweit können die jeweiligen Voraussetzungen des § 3 II UWG i. V. m. § 2 I Nr. 7 UWG das Merkmal der Lauterkeit in § 3 I UWG präzisieren²⁰³. Zugleich ist der Anwendungsbereich der Verbrauchergeneralklausel des § 3 II UWG eröffnet, wenn die geschäftliche Handlung zumindest auch einen Verbraucherbezug aufweist²⁰⁴.

Die subsidiäre Generalklausel in § 3 I UWG stellt zugleich eine Rechtsfolgenverweisung für andere Normen des UWG wie – insb. hier relevant – die Normen über die Irreführung von Verbrauchern in §§ 5, 5a UWG. Weiterhin enthält § 3 III UWG eine sog. »schwarze Liste« an geschäftlichen Handlungen ggü. Verbrauchern, deren Beispiele stets unzulässig sind, also keiner Prüfung bedürfen, ob sie Auswirkungen auf die geschäftliche Entscheidung des Verbrauchers haben²⁰⁵.

200 Ohly/Sosnitza/Sosnitza, UWG, § 3 Rn. 18.

201 BT-Drucks. 18/4535, S. 5.

202 Köhler/Bornkamm/Köhler, UWG, 34. Auflage, § 2 Rn. 135; Alexander, WRP 2016, 411 (416).

203 Alexander, WRP 2016, 411 (416).

204 Ebenda, S. 414.

205 Köhler/Bornkamm/Köhler, UWG, § 3 Rn. 25.

3. Anspruchsinstrumentarium und Anspruchsberechtigte

Das Lauterkeitsrecht setzt vor allem auf zivilrechtliche Ansprüche, um den Schutz der Schutzsubjekte gegen unlautere geschäftliche Handlungen durchzusetzen; die Strafvorschriften (§§ 16 ff. UWG) haben in der Praxis vergleichsweise geringe Bedeutung²⁰⁶. In seinem Kern ist das Lauterkeitsrecht ein Sonderdeliktsrecht und vertraut letztlich auf das privatrechtliche Prinzip der Selbstverantwortung²⁰⁷.

Dies zeigt sich gerade bei den anspruchsberechtigten Parteien in § 8 III UWG. Rechte aus dem UWG stehen danach jedem Mitbewerber, rechtsfähigen Verbänden zur Förderung gewerblicher oder selbstständiger beruflicher Interessen, Industrie-, Handels- und Handwerkskammern sowie bestimmten qualifizierten Einrichtungen zu.

An der Tatsache, dass der Verbraucher selbst nicht (oder nur indirekt durch qualifizierte Verbraucherverbände) aktiv legitimiert ist, zeigt sich der generalpräventive Aspekt des Lauterkeitsrechts. Die Gründe hierfür liegen insb. im Schutz vor Popularklagen, denn andernfalls müsste im Interesse der Wirtschaft vor übermäßigen Belastungen durch eine Vielzahl von Klagen wegen (angeblicher) Wettbewerbsverstöße das lauterkeitsrechtliche Schutzniveau abgesenkt werden²⁰⁸. Zudem wird geltend gemacht, dass der Verbraucher ausreichend durch das Sanktionssystem des bürgerlichen Rechts geschützt ist, in dessen Bereich mit eigenen vertraglichen Verbraucherrechten in unzulässiger Weise eingegriffen würde. Ein indirekter Schutz über § 823 II BGB kommt damit ebenso wenig in Frage, da die Anspruchsnormen der §§ 8ff. UWG als abschließend betrachtet werden²⁰⁹.

4. Kollisionsrechtliche Einordnung

Bei Sachverhalten mit Auslandsberührungen wird die anwendbare Rechtsordnung durch das internationale Privatrecht bestimmt. Für das UWG ist hier

206 Loschelder/Erdmann/v. *Ungern-Sternberg*, Wettbewerbsrecht, § 23 Rn. 8.

207 Ebenda.

208 BT-Drucks. 15/1487, S. 22; Köhler/Bornkamm/Köhler, UWG, § 1 Rn. 39.

209 Köhler/Bornkamm/Köhler, UWG, § 1 Rn. 39; kritisch hierzu etwa: Fezer/Koos, Lauterkeitsrecht, Band 2, § 9 Rn. 3.

seit dem 11.7.2007 die Rom-II-Verordnung maßgeblich²¹⁰, wonach bei unlauteren Wettbewerbshandlungen grundsätzlich das Recht des Markortes anwendbar ist. Laut Art. 6 I Rom-II-VO ist dies der Ort, in dessen Gebiet die Wettbewerbsbeziehungen oder die kollektiven Interessen der Verbraucher beeinträchtigt worden sind oder wahrscheinlich beeinträchtigt werden. Bei Werbemaßnahmen ist der Ort maßgeblich, an dem auf die Entschließung des Kunden eingewirkt wird²¹¹ bzw. an dem Kunden Werbemaßnahmen bestimmungsgemäß zur Kenntnis nehmen sollen²¹². Bei einer Abstellung auf die Absatzhandlung ist der Markort dort, wo das Produkt zum Kauf angeboten wird, bei behaupteten Verstößen gegen Marktverhaltensregelungen des § 3a UWG der Ort, in dem das Marktverhalten auf die Mitbewerber oder Verbraucher einwirkt²¹³.

Sofern der Wettbewerbsverstoß ausschließlich die Interessen eines bestimmten Mitbewerbers beeinträchtigt, gilt abweichend die allgemeine Regel des § 4 Rom-II-VO, wonach das Recht des Landes anwendbar ist, in dem der Schaden eingetreten ist (Art. 4 I Rom-II-VO)²¹⁴.

Verhaltenskodizes werden jedoch zumeist nicht ausschließlich in einem bestimmten Land beworben, sondern häufig auf der Firmenhomepage in bestimmten Sprachversionen den Interessenten zugänglich gemacht. Bei Werbemaßnahmen, die zugleich in mehreren Staaten wirken (sog. *Multi-State-Fälle*, wie der grenzüberschreitende Zeitschriftenvertrieb oder Fernseh- bzw. Internetwerbung), gelten jedoch Besonderheiten. Da die Markortregel hier häufig zu einer Vielzahl anwendbarer Rechtsordnungen führt, werden zusätzliche Voraussetzungen an das anzuwendende Recht gestellt. Oft wird daher eine spürbare Auswirkung auf den betreffenden Markt gefordert²¹⁵, zu deren Beurteilung i. d. R. die objektive Ausgestaltung des Angebots (Sprache, Wähl-

210 Verordnung (EG) Nr. 864/2007 vom 11.7.2007 über das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht.

211 BGH GRUR 2010, 847 (848) – »Ausschreibung in Bulgarien«.

212 Ohly/Sosnitza/Ohly, UWG, Einf., B. Rn. 17. Dieser Ort ist auch dann maßgeblich, wenn der spätere Absatz auf einem anderen Markt stattfinden soll und der Absatz selbst nicht unlauter ist: BGH GRUR 1998, 419 (420) – »Gewinnspiel im Ausland«; BGH GRUR 1991, 463 (465) – »Kauf im Ausland«.

213 Köhler/Bornkamm/Köhler, UWG, Einl. Rn. 5.34.

214 Ohly/Sosnitza/Ohly, UWG, Einf., B., Rn. 15a.

215 BGH GRUR 2006, 513 (515, Rn. 25) – »Arzneimittelwerbung im Internet«; Ohly/Sosnitza/Ohly, UWG, Einf., B., Rn. 24; Glöckner/Harte/Henning, UWG, Einl., C., 145ff.

rung, Kontaktadressen, Bezugsmöglichkeiten im Inland etc.)²¹⁶ Anhaltspunkte liefern kann.

Dennoch kann es bei *Multi-State-Fällen* darauf hinauslaufen, dass mehrere Rechtsordnungen gleichzeitig anwendbar sind und damit auch unterschiedliche Beurteilungen der Unlauterkeit nach sich ziehen können²¹⁷. Im Anwendungsbereich der Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr²¹⁸ wird dagegen mehrheitlich die Ansicht vertreten, dass im Fall von Internetwerbung europäischer Anbieter von Telemediendiensten weiterhin das Herkunftslandprinzip Anwendung findet²¹⁹.

216 Ohly/Sosnitza/*Ohly*, UWG, Einf., B., Rn. 25; Harte/Henning/*Glöckner*, UWG, Einl., C., 162ff.

217 BGH GRUR 2005, 431 (432) – »Hotel Maritime«; BGH GRUR 1998, 945 (946) – »Co-Verlagsvereinbarung«; Köhler/Bornkamm/*Köhler*, UWG, Einl., Rn. 5.38; Ohly/Sosnitza/*Ohly*, Einf., B., Rn. 24; Ullmann/*Ullmann*, jurisPK-UWG, Einl. Rn. 107; Harte/Henning/*Glöckner*, UWG, Einl., C., 154; Sack, WRP 2008, 845, (852).

218 Richtlinie 2000/31/EG vom 8.6.2000 über bestimmte rechtliche Aspekte der Dienste der Informationsgesellschaft, insb. des elektronischen Geschäftsverkehrs, im Binnenmarkt (»Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr«).

219 Über die Rechtsnatur und die Reichweite des Verweises besteht jedoch gerade durch den Ausschluss kollisionsrechtlicher Regelungen in § 1 V TMG Unklarheit. Vgl. hierzu etwa: BGH GRUR 2006, 513 Rn. 29 – »Arzneimittelwerbung im Internet«; Harte/Henning/*Glöckner*, UWG, Einl. C, Rn. 40ff.; Sack, WRP 2008, 845 (855).

Kapitel 3 Merkmale eines Verhaltenskodex im UWG

Mit Umsetzung der UGP-RL wurde 2008 auch der Begriff des Verhaltenskodex in das UWG integriert. Art. 2 lit. f UGP-RL enthält eine Legaldefinition des Begriffes, welche in § 2 I Nr. 5 UWG mit etwas abweichendem Wortlaut übernommen wurde. Die Norm wurde im Rahmen der UWG-Reform 2015 nicht verändert. Die Bezeichnung Verhaltenskodex bezieht sich danach auf »Vereinbarungen oder Vorschriften über das Verhalten von Unternehmen, zu welchem diese sich in Bezug auf Wirtschaftszweige oder einzelne geschäftliche Handlungen verpflichtet haben, ohne dass sich solche Verpflichtungen aus Gesetzes- oder Verwaltungsvorschriften ergeben« (§ 2 I Nr. 5 UWG). Wie die einzelnen Elemente der Definition zu verstehen sind, ist bislang jedoch weitgehend ungeklärt²²⁰. Im Anschluss erfolgt daher eine Untersuchung, welche Merkmale für einen Verhaltenskodex i. S. d. UWG relevant sind und wie diese auszulegen sind.

I. Urheber eines Verhaltenskodex

Der Begriff des Urhebers kommt weder in der Definition des § 2 I Nr. 5 UWG vor noch enthält das UWG eine Legaldefinition. Die UGP-RL versteht hierunter »jede Rechtspersönlichkeit, einschließlich einzelner Gewerbetreibender oder Gruppen von Gewerbetreibenden, die für die Formulierung und Überarbeitung eines Verhaltenskodex und/oder für die Überwachung der Einhaltung dieses Kodex durch alle diejenigen, die sich darauf verpflichtet haben, zuständig ist« (Art. 2 g UGP-RL). Der deutsche Gesetzgeber hatte eine Umsetzung des Begriffes als nicht notwendig angesehen, da dieser im Gesetz gegen den

220 So etwa: *Augsburger*, MMR 2014, 427 (429); *Birk*, GRUR 2011, 196 (199); *Henning-Bo-dewig*, WRP 2011, 1014 (1021).

unlauteren Wettbewerb an keiner Stelle benötigt werde²²¹. Dennoch kommt dem Begriff insoweit Bedeutung zu, als er eine generelle Zuständigkeitszuweisung beschreibt. Zudem kann auch die Wirksamkeit und Bedeutung von Verhaltenskodizes davon abhängen, wer sie aufgestellt hat²²². Nach den Definitionsansätzen des Duden drängen sich zwei Auslegungsvarianten auf: So kann als Urheber in der besonderen Rechtssprache der Schöpfer bzw. Autor eines Werkes gesehen werden oder nach dem allgemeinen Verständnis derjenige, der etwas bewirkt oder veranlasst hat²²³. Die Person (resp. Rechtspersönlichkeit), die den Verhaltenskodex formuliert hat, muss nicht zwangsläufig mit der Person zusammenfallen, die für die Überwachung oder Überarbeitung zuständig ist. Als Beispiel kann insb. die Übernahme eines Musterkodex einer internationalen Organisation durch ein Unternehmen angeführt werden. Beide Auslegungsvarianten könnten ohne Weiteres unter den Wortlaut des Art. 2 g UGP-RL fallen. Trotz der zweideutigen Formulierung ist eine Verknüpfung des Begriffes mit dem Urheberrecht nicht gewollt. So wird in Erwägungsgrund 20 der UGP-RL festgehalten, dass die von den Urhebern der Kodizes auf nationaler oder auf Unionsebene ausgeübte Kontrolle hinsichtlich der Beseitigung unlauterer Geschäftspraktiken die Inanspruchnahme der Verwaltungsbehörden oder Gerichte unnötig machen könnte und daher gefördert werden sollte²²⁴. Als Urheber soll damit nicht der Schöpfer des Verhaltenskodex im engeren Sinn verstanden werden, sondern die Rechtspersönlichkeit, die für die Kontrolle zuständig ist und durch ihn verpflichtet wird²²⁵. Urheber ist also die Rechtspersönlichkeit, die für den Kodex verantwortlich ist. Die in Art. 2 g UGP-RL verwendete Formulierung nimmt daher auf den Verantwortlichen Bezug, stellt zugleich aber klar, dass dieser auch gleichzeitig den Verhaltenskodex formuliert haben kann.

Mit der weiten Erfassung der Rechtssubjekte in Art. 2 g UGP-RL (»jede Rechtspersönlichkeit«) käme als potentiell Verantwortliche jede natürliche oder juristische Person in Betracht, also neben Unternehmen und Verbänden insb. öffentliche Institutionen und sonstige Vereinigungen. Diese Auslegung

221 BT-Drucks. 16/10145, S. 12.

222 Loschelder/Erdmann/*Erdmann*, Wettbewerbsrecht, § 37 Rn. 5.

223 <http://www.duden.de/rechtschreibung/Urheber>, zuletzt abgerufen am 5.5.2016.

224 Erwägungsgrund 20 der UGP-RL (RL 2005/29/EG vom 11.5.2005).

225 So wird auch im Arbeitspapier zur Umsetzung der UGP-RL der Urheber als derjenige angesehen, der für die Anwendung des Verhaltenskodex zuständig und somit der aus dem Kodex Verpflichtete ist (SEK 2009, 1666 (23)).

entspricht aber nicht der Intention der UGP-RL, deren eindeutiger Wortlaut in Art. 2 f (»Gewerbetreibenden, die sich«) als prägendes Merkmal eines Verhaltenskodex die Regelung des eigenen geschäftlichen Verhaltens sieht. Das Element der Selbstverantwortung ist daher für Verhaltenskodizes und damit auch für den Urheberbegriff entscheidend. Als Urheber kommen damit primär die Unternehmen selbst in Betracht, die sich zu einem eigenen Verhaltenskodex verpflichten²²⁶ bzw. durch ihren Branchenverband zur Übernahme des Kodex verpflichtet werden. Zusätzlich ergibt sich aber aus dem verwendeten Urheberbegriff eine Erweiterung der (Selbst-) Verantwortlichkeit auf Institutionen, die sich im Auftrag der Unternehmen zur Kontrolle des Verhaltenskodex verpflichtet haben. Ausnahmsweise kommen schließlich öffentliche Stellen in Betracht, sofern sie Rechtspersönlichkeit besitzen und neben der Erarbeitung auch für die Durchsetzung des Kodex zuständig sind²²⁷. Das Element der Selbstverantwortung ist hier dennoch gegeben, da es den sich freiwillig verpflichtenden Unternehmen überlassen bleibt, ob und wie sie die Vorgaben erfüllen²²⁸.

II. Vereinbarungen oder Vorschriften

1. Rechtstechnische Ausgestaltung von Verhaltenskodizes

Das Merkmal »Vereinbarungen oder Vorschriften« beschreibt zunächst die rechtstechnischen Ausgestaltungen von Verhaltenskodizes, die unter das UWG fallen sollen. Die Bandbreite reicht von gegenseitigen vertraglichen Verpflichtungen (Vereinbarungen) hin zu Regelwerken, die in der äußeren Ausgestaltung allgemeinen Normen nahekommen (Vorschriften)²²⁹. Dem Zweck der Definition nach kann von einem weiten Auslegungsrahmen ausgegangen werden²³⁰, da die UGP-RL keine spezifischen Erfordernisse zur Gültigkeit eines Verhaltenskodex festlegen will, sondern vornehmlich den Vertrauensschutz

²²⁶ Teplitzky/Pfeifer/Leistner/Peukert, Großkommentar UWG, Band 1, § 2 Rn. 550.

²²⁷ Büllerbach, Auslegung der irreführenden Geschäftspraktiken des Anhangs, S. 43.

²²⁸ Ebenda, Bodewig, GRUR Int 2004, 543 (548) – als Beispiel wird etwa der britische »Code of Advertising Standards and Practice« angeführt, der in der Verantwortung des »Office of Communications« liegt.

²²⁹ Teplitzky/Pfeifer/Leistner/Peukert, Großkommentar UWG, § 2 Rn. 548.

²³⁰ Im Ergebnis ebenso: Schöttle, WRP 2009, 673 (675); Hoeren, BB 2008, 1182 (1187).

der Verbraucher zum Hintergrund hat²³¹. Tatsächlich kann es sich damit neben Verträgen zwischen Unternehmen bzw. Unternehmen und Verbänden auch um Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen, Satzungen, Empfehlungen, abgestimmtes Verhalten oder sonstige Übereinkünfte handeln²³². Zum Teil werden Parallelen zum Kartellverbot in § 1 GWB (bzw. Art. 101 AEUV) und den hierfür in Frage kommenden Mitteln einer Wettbewerbsbeschränkung gezogen²³³. Anders als in § 2 I Nr. 5 UWG werden in § 1 GWB zwar als Mittel der Wettbewerbsbeschränkung Vereinbarungen, Beschlüsse und (außerdem) aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen genannt, die abweichende Ausgestaltung des § 1 GWB lässt sich jedoch vor dem Hintergrund nachvollziehen, dass im Rahmen des Kartellverbots auch rein tatsächliches Unternehmerverhalten sanktioniert werden soll, während die Sanktionierung von nicht eingehaltenen Selbstverpflichtungen zwangsläufig immer am formellen Ursprung eines Verhaltenskodex ansetzt. Darüber hinaus ergeben sich keine wesentlichen Unterschiede.

2. Einseitige unternehmerische Erklärungen als Verhaltenskodex

i. S. d. § 2 I Nr. 5 UWG?

Prägendes Merkmal wettbewerbsbeschränkender Mittel des GWB ist die Koordination unter den beteiligten Parteien²³⁴. Für den Begriff des Verhaltenskodex ließe sich daraus folgern, dass es hier ebenso immer einer Beteiligung von mindestens zwei Parteien bedarf, weshalb zum Teil auch gefordert wird, einseitige unternehmerische Erklärungen nicht unter den Begriff fallen zu lassen²³⁵. Dies wird insb. an dem Wortlaut des § 2 I Nr. 5 UWG festgemacht, der von »Unternehmen« im Plural spricht. Eine dahingehende Einschränkung würde jedoch dem von der UGP-RL bezweckten hohen Verbraucherschutzniveau²³⁶ massiv zuwiderlaufen. Für den Verbraucher ist die grundsätzliche

231 SEK 2009, 1666 (23) – Arbeitspapier zur Umsetzung der UGP-RL.

232 Alexander, GRUR-Int 2012, 965 (967).

233 So etwa: Alexander, ebenda.

234 Immenga/Mestmäcker/Zimmer, Wettbewerbsrecht, Band 2, § 1 GWB Rn. 78.

235 Augsburger, MMR 2014, 427 (429); Birk, GRUR 2011, 196 (199); Teplitzky/Pfeifer/Leistner/Peukert, Großkommentar UWG, § 2 Rn. 552; a.A.: Ohly/Sosnitza/Sosnitza, UWG, § 2 Rn. 85; Alexander, GRUR-Int 2012, 965 (967).

236 Art. 1 UGP-RL.

Eignung zur Irreführung bei jedem als verpflichtend formulierten Verhaltenskodex gegeben. Außerdem ist häufig nicht ersichtlich, wie viele Unternehmen dem jeweiligen Verhaltenskodex in dieser Form zugestimmt haben. Diese Unterscheidung entspricht auch nicht der in der Praxis gehabten Ausgestaltung von Verhaltenskodizes: So werden häufig gemeinsam verhandelte Kodizes schließlich als einseitige Erklärungen des Unternehmens veröffentlicht. Eine Abgrenzung zwischen einseitigen und mehrseitigen Verpflichtungen ist daher häufig nicht eindeutig zu beurteilen, sodass eine solche Differenzierung ein erhöhtes Maß an Rechtsunsicherheit nach sich ziehen würde. Im Umkehrschluss kann die Formulierung in § 2 I Nr. 5 UWG durch die Verwendung des Plurals von Unternehmen gleichsam nur eine Öffnung der Definition für Verhaltenskodizes mehrerer Unternehmen oder Unternehmensvereinigungen bezeichnen. Eine Begrenzung ist jedenfalls im Wortlaut nicht zwingend impliziert. Art. 2 g UGP-RL zeigt vielmehr, dass auch ein einzelner Unternehmer als Urheber eines Verhaltenskodex angesehen werden kann. Eine Beteiligung mehrerer Unternehmen kann daher keine notwendige Voraussetzung für das Vorliegen eines Verhaltenskodex gem. § 2 I Nr. 5 UWG sein.

3. Die Verbindlichkeit eines Verhaltenskodex als Voraussetzung der Definition des § 2 I Nr. 5 UWG?

Diskussionsbedarf hinsichtlich der Reichweite der Definition in § 2 I Nr. 5 UWG ergibt sich bezüglich der Frage, welcher Verbindlichkeitsgrad für das Vorliegen eines Verhaltenskodex gefordert wird. Viele Kodizes sind nur als reine Absichtserklärungen ausgestaltet und versprechen oft nur ein Bemühen, die formulierten Verhaltensstandards einzuhalten. Hier ist zu klären, ob solche Bekräftigungen noch als Verhaltenskodex i. S. d. UWG zu werten sind. Der Wortlaut des § 2 I Nr. 5 UWG legt einen Willen zur Verbindlichkeit nahe, indem er von »verpflichten«, »Vereinbarungen« und »Vorschriften« spricht. Gerade hieraus wird z. T. gefolgert, dass Absichtserklärungen nicht als

Verhaltenskodex aufgefasst werden sollen²³⁷. Einer derart engen Auslegung widerspricht jedoch schon das überkommene Verständnis des Begriffes Verhaltenskodex: Dieser wird grds. als funktionales Äquivalent mit den Begriffen »Brauch«, »gesellschaftliche Übereinkunft«, »Sitte« und »ungeschriebenen Regeln des Verhaltens« verwendet²³⁸. Prägendes Element eines Verhaltenskodex ist gerade das Fehlen rechtlicher oder sonstiger Vorschriften. Unter einem Verhaltenskodex nur unbedingte Verpflichtungen zu verstehen, würde gerade dem Sinn dieses Begriffes zuwiderlaufen. Die Formulierung »Code of Conduct« in Art. 2 lit. f der englischen Version der Richtlinie zeigt ein vergleichbares Bild: Der allgemeine Sprachgebrauch versteht hierunter »a set of rules about how to behave and do business with other people²³⁹«. Die Legaldefinition des »code of conduct« in Art. 2 lit. f UGP-RL stimmt weitgehend mit dem deutschen Pendant überein. Der Kerngehalt eines Verhaltenskodex beinhaltet daher grundsätzlich ein Versprechen zur Einhaltung der formulierten Regeln, welche jedoch nicht mit zwingend verbindlichem Recht gleichgesetzt werden dürfen. Dies entspricht auch der Entstehungsgeschichte der UGP-RL²⁴⁰. Aus Verbraucherschutzgesichtspunkten sollte eine Unterscheidung ohnehin entbehrlich sein, da der Adressat der Werbung häufig nicht genau erkennen kann, inwieweit die Einhaltung der einzelnen Regeln besonders sanktioniert ist.

Hieraus folgt jedoch nicht zwangsläufig, dass reine Absichtserklärungen den vollen Schutz des UWG genießen. Die UGP-RL beschränkt in Art. 6 II lit. b das allgemeine Irreführungsverbot für Verhaltenskodizes nur auf solche, bei denen es sich um eine eindeutige Verpflichtung handelt, deren Einhaltung nachprüfbar ist, und der Gewerbetreibende darauf hinweist, dass er durch den Kodex gebunden ist. Diese Beschränkung bedeutet im Umkehrschluss aber, dass der Gesetzgeber Absichtserklärungen sehr wohl unter die allgemeine De-

²³⁷ Harte/Henning/Keller, UWG, § 2 Rn. 165 (dem widersprechend: Harte/Henning/Dreyer, UWG, § 5 Rn. 4, sowie: Anh. 3 III Nr. 1 Rn. 7); Teplitzky/Pfeifer/Leistner/Lindacher, Großkommentar UWG, § 3 Anh. Nr. 1, Rn. 7 (dem widersprechend: Teplitzky/Pfeifer/Leistner/Peukert, Großkommentar UWG, § 2 Rn. 568f.); Ullmann/Link, jurisPK-UWG, § 5 Rn. 664; Büllesbach, Auslegung der irreführenden Geschäftspraktiken des Anhangs, S. 43; Augsburger, MMR 2014, 427 (429); Kopp/Klostermann, CCZ 2009, 155 (156).

²³⁸ So die Synonyme des Dudens, abrufbar unter: <http://www.duden.de/suchen/dudenonline/Verhaltenskodex>.

²³⁹ <http://dictionary.cambridge.org/dictionary/business-english/code-of-conduct?q=Code+of+Conduct>, zuletzt abgerufen am 5.5.2016.

²⁴⁰ MüKo/UWG/Alexander, Band 1, Anh. § 3 III Nr. 1 Rn. 26; hierzu näher: Dreyer, WRP 2007, 1294 (1297).

finition des Verhaltenskodex fasst und nur das allgemeine Irreführungsverbot des Art. 6 II lit. b UGP-RL auf verbindliche Ausgestaltungen von Kodizes beschränkt²⁴¹. Dies gilt ebenso für die Informationspflicht über Verhaltenskodizes im elektronischen Geschäftsverkehr in Art. 246c EGBGB, der für diese Pflicht neben dem Vorliegen eines Verhaltenskodex i. S. d. UWG (vgl. Art. 246a § 1 I S. 1 Nr. 10 EGBGB²⁴²) eine »Unterwerfung« des Unternehmers unter diesen fordert. Auch hier wird zwischen dem Vorliegen eines Verhaltenskodex und der verbindlichen Unterwerfung unter dessen Regelungen unterschieden.

Aufgrund des eindeutigen Wortlauts in Art. 6 II lit. b UGP-RL kann daher für die allgemeine Definition in § 2 I Nr. 5 UWG nur eine weite Auslegung angenommen werden, weswegen reine Absichtserklärungen ebenfalls vom Anwendungsbereich der Legaldefinition erfasst werden²⁴³.

4. Kein Einfluss der Bezeichnung des Verhaltenskodex auf dessen Vorliegen i. S. d. § 2 I Nr. 5 UWG

In der Praxis existiert heute eine Vielzahl von Bezeichnungen für Verhaltenskodizes (bspw. »codes of conduct«, »principles«, »corporate responsibility codes«, Richtlinien, Erklärungen, Kodizes, Verhaltensregeln, Unternehmensgrundsätze, Wettbewerbs- bzw. Werbegrundsätze, Wettbewerbs- oder Werberichtlinien, Wohlverhaltenskataloge etc.²⁴⁴). Es besteht jedoch Einigkeit, dass die bloße Bezeichnung des Verhaltenskodex für die Frage, ob ein derartiges Instrument vorliegt, keinen Unterschied machen kann²⁴⁵. Dem ist ohne Weiteres zuzustimmen, könnte sonst doch der Gewerbetreibende schon durch die Benennung des Instruments bestimmen, ob er sich einer Haftung nach

241 So ebenfalls: MüKo/UWG/*Alexander*, Band 1, Anh. § 3 III Nr. 1 Rn. 26; Ohly/Sosnitza/*Sosnitza*, UWG, § 2 Rn. 85; Teplitzky/Pfeifer/Leistner/*Peukert*, Großkommentar UWG, § 2 Rn. 568f.; Harte/Henning/Dreyer, UWG, § 5 Rn. 4, sowie Anh. 3 III Nr. 1 Rn. 7; *Alexander*, GRUR-Int 2012, 965 (969); *Birk*, GRUR 2011, 196 (198); *Lamberti/Wendel*, WRP 2009, 1479 (1488); *Dreyer*, WRP 2007, 1294 (1297).

242 Als wörtliche Übernahme des Art. 6 I n VRRL (Richtlinie 2011/83/EU vom 25.10.2011 über die Rechte der Verbraucher).

243 Zur Frage, wann der Adressat der Werbung von einem verbindlichen Verhaltenskodex ausgehen kann: 4. Kapitel, III., 3., b), cc), (3).

244 Beispiele auch bei: Fezer/*Fezer*, Lauterkeitsrecht, Band 1, § 2 Nr. 5 Rn. 40ff.; *Alexander*, GRUR-Int 2012, 965 (967).

245 Ebenso bspw.: Ohly/Sosnitza/*Sosnitza*, UWG, § 2 Rn. 83; Teplitzky/Pfeifer/Leistner/*Peukert*, Großkommentar UWG, § 2 Rn. 548; *Alexander*, GRUR-Int 2012, 965 (967).

dem Lauterkeitsrecht entziehen könnte. Die reine Bezeichnung ist daher nicht ausschlaggebend für das Vorliegen eines Verhaltenskodex nach dem UWG²⁴⁶.

5. Die Wirksamkeit des Verhaltenskodex als notwendiges Kriterium der Definition des § 2 I Nr. 5 UWG?

Kontrovers beurteilt wird die Frage, ob auch ein Verhaltenskodex unter den Anwendungsbereich des UWG fällt, der tatsächlich rechtlich unwirksam ist. Dies betrifft bspw. Verhaltenskodizes, die unter Missachtung formeller Voraussetzungen veröffentlicht werden oder kartellrechtlich verbotene, wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen beinhalten. Einen kartellrechtlich unwirksamen Verhaltenskodex mit den Normen des UWG zu schützen, würde der Einheit des Wirtschaftsrechts zuwiderlaufen²⁴⁷. So wird darauf hingewiesen, dass bei der Entstehungsgeschichte der UGP-RL mehrfach klargestellt wurde, dass Verhaltenskodizes wettbewerbsrechtlich unbedenklich sein müssen²⁴⁸. Die Aussage der Kommission bezieht sich dem Kontext nach aber nur auf die Frage, inwieweit CoC generell geeignet sind, Hindernisse im Binnenmarkt abzubauen²⁴⁹. So würden die positiven Effekte von Verhaltenskodizes auf den Binnenmarkt konterkariert, wenn diese dazu benutzt würden, den Wettbewerb einzuschränken, zu behindern oder zu verzerren²⁵⁰.

Vorschnell wäre es aber, aus diesen Aussagen einen Hinweis abzuleiten, ob für das UWG generell gefordert werden müsste, dass nur wirksame Verhaltenskodizes Rechtswirkungen hervorrufen könnten. Hier muss zwischen der inhaltlichen Wirksamkeit und dem Vertrauensschutz nach außen unterschieden werden. Das UWG beinhaltet insb. mit den Tatbeständen über irreführende Geschäftshandlungen eine Reihe von Vorschriften, die das Vertrauen der Werbeaddressaten in unternehmerische Aussagen und damit die Entscheidungsfreiheit der Abnehmer schützen sollen. Die Beurteilung der Aussage

²⁴⁶ Unterschiede können sich aber insoweit ergeben, als der Verbraucher bei bestimmten Bezeichnungen von einer geringeren Bindungswirkung des Verhaltenskodex ausgehen könnte, vgl. hierzu: 4. Kapitel, III., 3., b), cc), (3).

²⁴⁷ So insb.: Teplitzky/Pfeifer/Leistner/Peukert, Großkommentar UWG, § 2 Rn. 567; Dreyer, WRP 2007, 1294 (1301); Veelken, WRP 2004, 1 (28).

²⁴⁸ KOM (2003), 356 endg., S. 18; Teplitzky/Pfeifer/Leistner/Peukert, Großkommentar UWG, § 2 Rn. 567.

²⁴⁹ KOM (2003), 356 endg., S. 18.

²⁵⁰ Ebenda.

richtet sich grundsätzlich immer nur nach dem Verständnis des angesprochenen Verkehrs²⁵¹. Den Werbeaddressaten ist jedoch eine Überprüfung der Wirksamkeit eines Verhaltenskodex weder zumutbar noch möglich. Es erscheint damit auch zweifelhaft, von einem Schutz der Normen eines Verhaltenskodex durch das Lauterkeitsrecht zu sprechen²⁵² als vielmehr den Adressatenschutz in den Vordergrund zu stellen.

Außerdem zöge der ausschließliche Schutz wirksamer Verhaltenskodizes im UWG fragwürdige Konsequenzen nach sich. So würde der Unternehmer, der irreführende Werbung mit einem kartellrechtlich verbotenen CoC betreibt, mangels lauterkeitsrechtlicher Überprüfung besser gestellt werden als derjenige, der irreführend mit einem kartellrechtlich unbedenklichen Kodex wirbt. Zudem wäre in jedem diesbezüglichen Gerichtsverfahren die Prüfung der kartellrechtlichen Wirksamkeit inzident vorzunehmen, um zu einem lauterkeitsrechtlichen Ergebnis zu kommen, was die Durchsetzung von häufig auf schnelles Handeln ausgelegten Unterlassungsansprüchen erheblich erschweren würde²⁵³.

Die Wirksamkeit eines Verhaltenskodex kann also für die Subsumtion unter § 2 I Nr. 5 UWG sowie für die verschiedenen Vertrauensschutztatbestände des UWG keine Rolle spielen²⁵⁴.

III. Anwendungsbereich

1. Materieller Anwendungsbereich

a) Die Reichweite der Definition in § 2 I Nr. 5 UWG

Das UWG greift aufgrund der ihm immanenten Schutzzweckbegrenzung nur ein, wenn eine Beeinträchtigung der Rechtsgüter der Marktteilnehmer oder der Allgemeinheit durch eine geschäftliche Handlung bei wettbewerbsbezogener Beurteilung als unlauter zu qualifizieren ist²⁵⁵. Die Definition in § 2 I

251 Köhler/Bornkamm/*Bornkamm*, UWG, § 5 Rn. 2.67.

252 So aber: Teplitzky/Pfeifer/Leistner/Peukert, *Großkommentar UWG*, § 2 Rn. 567.

253 Lamberti/Wendel, *WRP* 2009, 1479 (1487).

254 So im Ergebnis auch: Alexander, *GRUR-Int* 2012, 965 (970); Hoeren, *WRP* 2009, 789 (794).

255 BGH *GRUR* 2007, 890 (893, Tz. 34, 35) – »Jugendgefährdende Medien bei eBay«; Loschelder/Erdmann/v. *Ungern-Sternberg*, *Wettbewerbsrecht*, § 23 Rn. 21.

Nr. 5 UWG stellt insoweit eine Verbindung her, indem sie den Begriff der geschäftlichen Handlung (bzw. Geschäftspraktik in Art. 2 lit. f UGP-RL) in den Wortlaut der Bestimmung übernimmt.

Für das Verständnis des Begriffes in § 2 I Nr. 5 UWG ist daher von entscheidender Bedeutung, inwieweit das Vorliegen eines CoC von dem Inhalt der hierin getroffenen Bestimmungen abhängig ist. Häufig wird nämlich der Hinweis auf die im Wortlaut des § 2 I Nr. 5 UWG genannte geschäftliche Handlung für die Begründung herangezogen, ein Verhaltenskodex i. S. d. Definition müsste sich inhaltlich auf den Schutz wettbewerbsbezogener Interessen beschränken²⁵⁶. Der Anwendungsbereich des § 2 I Nr. 5 UWG würde sich damit vornehmlich auf Vorschriftenkataloge über das Werbeverhalten von Unternehmen beschränken²⁵⁷. Solche Kodizes wären etwa die *Werberichtlinien des Zentralverbandes der deutschen Werbewirtschaft (ZAW)* oder der *FSA-Kodex*, welcher Regeln hinsichtlich des Pharmamarketings festlegt.

Aus dem allgemeinen Verständnis des Begriffes »Verhaltenskodex« lässt sich jedenfalls keine Beschränkung des Anwendungsbereiches herauslesen. Dieser findet sich, wie zuvor gesehen, in der Praxis auch (gerade) bei Selbstverpflichtungen in anderen Gebieten wie etwa der Festlegung eigener Umwelt-, Arbeitnehmer- oder Datenschutzstandards²⁵⁸. Entgegen genannter Ansicht lässt sich jedoch auch aus dem Wortlaut des § 2 I Nr. 5 UWG keine Begrenzung des Anwendungsbereiches in materieller Hinsicht folgern. So differenziert die Bestimmung zwischen dem Verhalten von Unternehmen in Bezug auf Geschäftszweige (bzw. in der UGP-RL »Wirtschaftszweige«) oder einzelnen geschäftlichen Handlungen. Bei genauer Betrachtung wäre damit eine Begrenzung der Definition auf geschäftliche Handlungen nur bei Kodizes Voraussetzung, in denen sich die Unternehmen zu einzelnen Handlungen verpflichten. Da der Begriff »Geschäftszweig« letztlich nur ein Synonym für eine einzelne Branche ist, würde eine am Wortlaut ausgerichtete Auslegung

256 In diesem Sinne: Köhler/Bornkamm/*Köhler/Bornkamm*, UWG, Anh. zu § 3 III Rn. 1.6; Teplitzky/Pfeifer/Leistner/Peukert, *Großkommentar UWG*, § 2 Rn. 564f. (a.A.: Teplitzky/Pfeifer/Leistner/*Lindacher*, *Großkommentar UWG*, § 3 Anh. Nr. 1 Rn. 8, § 5 Rn. 1060); Harte/Henning/Dreyer, UWG, Anh. § 3 III Nr. 1 Rn. 6; *Birk*, *Corporate Social Responsibility*, S. 174; *Augsburger*, *MMR* 2014, 427 (429); *Birk*, *GRUR* 2011, 196 (199f.); *Dreyer*, *WRP* 2007, 1294 (1296).

257 Daneben kämen etwa noch Selbstverpflichtungen über Grenzen der Produktnachahmung oder den gezielten Behinderungswettbewerb in Betracht (vgl. § 4 Nr. 9, 10 UWG).

258 *Büllesbach*, Auslegung der irreführenden Geschäftspraktiken des Anhangs, S. 44; *Lamberti/Wendel*, *WRP* 2009, 1479 (1482).

dazu führen, dass branchenbezogene Kodizes einen weiteren materiellen Anwendungsbereich hätten als solche einzelner Unternehmen. Eine derartige Unterteilung kann jedoch augenscheinlich nicht gewollt sein, da dies ein hohes Maß an Rechtsunsicherheit zur Folge hätte. Vielmehr stellt sich die Frage, welchen Aussagegehalt die Formulierung des § 2 I Nr. 5 UWG in diesem Punkt tatsächlich hat. Das Erfordernis einer geschäftlichen Handlung ist für alle Tatbestände des UWG ohnehin zwingend. Hieraus lässt sich jedoch keine Begrenzung des Anwendungsbereiches herauslesen, sondern nur, dass ein als unlauter zu qualifizierendes Verhalten durch eine wettbewerbsbezogene (geschäftliche) Handlung stattgefunden haben muss. Inwiefern der Inhalt eines Kodex selbst einer wettbewerbsbezogenen Beurteilung bedarf, lässt sich aus dem Erfordernis dagegen nicht herauslesen. Es liegt also nahe, dass in § 2 I Nr. 5 UWG nur eine Klarstellung erfolgen soll, mit dem Begriff Verhaltenskodex sowohl branchenbezogene Verhaltensweisen zu erfassen als auch solche, die einzelne Unternehmen untereinander festgelegt haben. Ein sozusagen »doppeltes Erfordernis« einer geschäftlichen Handlung, sowohl beim Inhalt des Kodex als auch bei dem Lauterkeitsrechtlich zu beurteilenden Verhalten, kann jedoch nicht gewollt sein. Nur auf solche Geschäftspraktiken begrenzte Verhaltenskodizes werden in der Praxis auch kaum anzutreffen sein²⁵⁹. So ist bei der Auslegung der Richtlinie auch zu bedenken, dass in den europäischen Rechtsordnungen der Stellenwert von Selbstverpflichtungen höchst unterschiedlich ist. Wenn vor diesem Hintergrund derart offene Formulierungen wie in Art. 2 lit. f UGP-RL gewählt wurden, lässt dies nur den Schluss zu, dass die Richtlinie nicht nur die stellenweise verbreiteten und etablierten Branchenverpflichtungen meint, sondern eine große Offenheit ggü. verschiedenen möglichen Gestaltungsformen zeigt²⁶⁰. Ein insoweit stark einengendes Merkmal wie das Erfordernis eines ausschließlichen Lauterkeitsbezugs würde dem widersprechen²⁶¹. Zudem erklärt die UGP-RL selbst, dass keine inhaltlichen Voraussetzungen an die Definition gestellt werden, denn in Art. 3 VIII UGP-RL erfolgt die ausdrückliche Ausklammerung berufsständischer Verhaltenskodizes aus dem Anwendungsbereich der Richtlinie, damit »die strengen Integritätsstandards, die die Mitgliedstaaten den in dem Beruf tätigen Personen nach Maßgabe des Gemeinschaftsrechts auferlegen können, gewährleistet bleiben«.

259 Büllesbach, Auslegung der irreführenden Geschäftspraktiken des Anhangs, S. 46; Veelen, WRP 2004, 1 (28).

260 Lamberti/Wendel, WRP 2009, 1479 (1483).

261 Ebenso: Lamberti/Wendel, ebenda.

Im Umkehrschluss bedeutet dies aber, dass die UGP-RL CoC anerkennt, die außerhalb ihres Anwendungsbereiches des Wettbewerbsverhaltens ggü. Verbrauchern liegen.

Eine enge Auslegung des § 2 I Nr. 5 UWG wird schließlich auch mit den Ausführungen des Erwägungsgrundes 20 der UGP-RL begründet. Dort wird es als zweckmäßig gesehen, die »Möglichkeit von Verhaltenskodizes vorzusehen, die es Gewerbetreibenden ermöglichen, die *Grundsätze dieser Richtlinie* in spezifischen Wirtschaftsbranchen wirksam anzuwenden«²⁶². Es liegt jedoch nahe, in dem Erwägungsgrund statt einer inhaltlichen Voraussetzung nur eine Auskunft über den Stellenwert von Selbstverpflichtungsinstrumenten innerhalb der Richtlinie zu sehen²⁶³. Laut den Arbeitspapieren der Kommission soll nämlich die Richtlinie gerade keine spezifischen Regeln zur Gültigkeit eines Verhaltenskodex festlegen, sondern vordergründig das Vertrauen von Verbrauchern in Selbstkontrollkodizes schützen und Gewerbetreibende daran hindern, dieses Vertrauen auszunutzen²⁶⁴. Als elementarer Grundsatz der UGP-RL ist also vielmehr das Irreführungsverbot selbst zu sehen, welches unabhängig vom Inhalt eines Verhaltenskodex tangiert sein kann. Die Notwendigkeit eines Irreführungsschutzes besteht jedoch nicht nur bei Verhaltensweisen, die ohnehin der Lauterkeitsrechtlichen Kontrolle unterliegen, sondern gleichermaßen dann, wenn der Inhalt von Regelwerken über den Verhaltensstandard des Lauterkeitsrechts hinausgeht und Aspekte einbezieht, die an sich außerhalb lauterkeitsrechtlicher Kontrolle liegen²⁶⁵. Hieraus ergibt sich gerade der besondere Mehrwert der neu eingeführten Normen über Verhaltenskodizes, die ansonsten keinen über die üblichen Bestimmungen des UWG hinausreichenden Anwendungsbereich hätten. Nur eine derartige Auslegung entspricht dem von der Richtlinie bezeichneten hohen Verbraucherschutzniveau²⁶⁶ und deckt sich auch mit der von der Kommission nochmals speziell betonten Kontrolle sog. Umweltaussagen als Vermarktungs- und Werbeinstrument²⁶⁷. Schließlich ergäben sich bei einer Begrenzung des inhaltlichen Anwendungsbereiches vielfältige Missbrauchsmöglichkeiten für Unternehmer,

262 Erwägungsgrund 20 der RL 2005/29/EG vom 11.5.2005.

263 Alexander, GRUR-Int 2012, 965 (969).

264 SEK 2009, 1666 (23) – Arbeitspapier der Kommission zur Umsetzung der UGP-RL.

265 Alexander, GRUR-Int 2012, 965 (969).

266 Vgl. Erwägungsgrund 5 der RL 2005/29/EG vom 11.5.2005.

267 COM(2013) 139 final, S. 22f. – Bericht der Kommission zur UGP-RL.

ihre Selbstverpflichtungen dahingehend zu gestalten, dass diese nicht unter den Anwendungsbereich der Definition fallen.

Die Entscheidung, ob ein CoC i. S. d. § 2 I Nr. 5 UWG vorliegt, kann daher nicht von einem spezifisch lauterkeitsrechtlichen Inhalt abhängig gemacht werden²⁶⁸, weshalb auch Regelwerke erfasst werden, deren Einhaltung sozial oder ökologisch verantwortliches Unternehmerhandeln (CSR) darstellt²⁶⁹.

b) Begrenzung durch den lauterkeitsrechtlichen Schutzzweck

Der in materieller Hinsicht weite Anwendungsbereich der Definition bedeutet jedoch nicht, dass in Konsequenz alle in Verhaltenskodizes enthaltenen Bestimmungen einer vollen lauterkeitsrechtlichen Überprüfung unterliegen müssen. Hier ist zwischen der Frage des Vorliegens eines Verhaltenskodex gem. § 2 I Nr. 5 UWG und der Frage, welche Rechtswirkungen derartige Selbstverpflichtungsinstrumente bei den unterschiedlichen unternehmerischen Verhaltensweisen hervorrufen können, zu unterscheiden. Hinsichtlich der Rechtswirkungen bleibt abhängig vom zu prüfenden Tatbestand weiterhin zu klären, inwieweit die eigentliche Funktion des Lauterkeitsrechts als Gesetz zur Regelung des Marktverhaltens tangiert ist. Die Grenze ist dort zu ziehen, wo die Gefahr einer Instrumentalisierung des Lauterkeitsrechts zur Durchsetzung an sich wettbewerbsfremder Belange besteht²⁷⁰.

c) Konsequenzen für die weitere rechtliche Einordnung

Im vierten Kapitel der vorliegenden Untersuchung wird ausschließlich das Irreführungsvermögen von Verhaltenskodizes ggü. Verbrauchern beurteilt, welches an die speziellen Normen des UWG anknüpft (§§ 3 III Nr. 1 und 3, 5,

268 So ebenfalls: Teplitzky/Pfeifer/Leistner/Lindacher, Großkommentar UWG, § 3 Anh. Nr. 1 Rn. 8, § 3 Anh. Nr. 3 Rn. 8; § 5 Rn. 1060; Ullmann/Link, jurisPK-UWG, § 5 Rn. 679; Fezer/Pfeifer, Lauterkeitsrecht, Band 1, Anh. § 3 III Nr. 1 Rn. 4; Kopp, Selbstkontrolle durch Verhaltenskodizes, S. 91; Beck, Verhaltenskodizes im Lauterkeitsrecht, S. 59; Alexander, GRUR-Int 2012, 965 (969); Kopp/Klostermann, CCZ 2009, 155 (157); Veelken, WRP 2004, 1 (28); in diese Richtung auch: Ohly/Sosnitza/Sosnitza, UWG, § 2 Rn. 85.

269 Ebenso: Teplitzky/Pfeifer/Leistner/Lindacher, Großkommentar UWG, § 3 Anh. Nr. 1 Rn. 8, § 3 Anh. Nr. 3 Rn. 8; Ullmann/Link, jurisPK-UWG, § 5 Rn. 679.

270 Köhler/Bornkamm/Köhler, UWG, § 1 Rn. 41; Harte/Henning/Podszun, UWG, § 1 Rn. 14, 61; Scherer, WRP 2006, 401 (403).

5a). Die zu untersuchende geschäftliche Handlung liegt hier grundsätzlich in der Veröffentlichung und Nutzung des Verhaltenskodex zu Marketingzwecken. Den Prüfungsrahmen gibt die UGP-RL vor, indem sie in Art. 2 lit. e festlegt, dass nicht nur die wirtschaftlichen Interessen des Verbrauchers geschützt sind, sondern ein umfassender Schutz der Fähigkeit, geschäftliche Entscheidungen auf informierter Grundlage zu treffen, bezieht wird. Die Unlauterkeit (und damit auch das Vorliegen eines Verhaltenskodex) kann damit nicht mit der Begründung verneint werden, die Werbemaßnahme des Unternehmens betreffe letztlich nur ideelle Interessen des Konsumenten, wie Argumente des Umweltschutzes²⁷¹ oder ethische Kaufkriterien. Sofern also in den jeweiligen Fallkonstellationen eine Irreführung bejaht werden kann, ist eine gesonderte Untersuchung des Marktbezugs nicht notwendig, da der Gesetzgeber hier positiv über die Unlauterkeit derartiger Fälle entschieden hat²⁷². Dies wurde auch jüngst durch den EuGH verdeutlicht, der festgestellt hat, dass bei Vorliegen der Voraussetzungen des Art. 6 I UGP-RL (§ 5 I, II UWG) keine gesonderte Prüfung der unternehmerischen Sorgfalt notwendig ist, um das Erfordernis der Unlauterkeit als erfüllt anzusehen²⁷³.

Im fünften Kapitel wird dagegen untersucht, ob Verhaltenskodizes dem von der Kommission verfolgten Anspruch genügen können, die unternehmerische Sorgfalt in bestimmten Branchen zu definieren²⁷⁴. Hier richtet sich die Beurteilung nach den in § 3 I und II UWG verorteten Generalklauseln des Lauterkeitsrechts. Da der Gesetzgeber in diesen Fällen nicht positiv über die Unlauterkeit entschieden hat, ist zu klären, in welchen Fällen maßgebliche Interessen der Marktteilnehmer tangiert sein können und inwieweit private Regeln generell geeignet sind, zur Bestimmung lauteren Verhaltens beizutragen.

2. Persönlicher Anwendungsbereich

Klarheit besteht hingegen bei der Reichweite der Definition des § 2 I Nr. 5 UWG in persönlicher Hinsicht, also hinsichtlich der Frage, ob sich die Norm entsprechend der UGP-RL nur auf das Verhältnis zwischen Verbrauchern und

²⁷¹ BGH GRUR 2010, 852 (Rn. 16) – »Gallardo Spyder«; Harte/Henning/Dreyer, UWG, § 5a Rn. 62.

²⁷² Henning-Bodewig, WRP 2010, 1094 (1103).

²⁷³ EuGH GRUR-Int 2013, 1060 – »CHS Tour Services«.

²⁷⁴ Erwägungsgrund 20 der RL 2005/29/EG vom 11.5.2005.

Gewerbetreibenden (*B2C*) oder auch auf Fälle zwischen Gewerbetreibenden untereinander beziehen kann (*B2B*). So erstreckt sich das UWG im Gegensatz zur Richtlinie auf alle geschäftlichen Handlungen potentiell jeder Person zu gunsten des eigenen oder eines fremden Unternehmens, unabhängig davon, ob dies ggü. Verbrauchern, Mitbewerbern oder sonstigen Marktteilnehmern geschieht²⁷⁵. Aufgrund des dem UWG zugrunde liegenden Prinzips, ein einheitliches Gesetz für *B2C*- und *B2B*-Verhältnisse zu schaffen, sollte daher ob des Nichtvorliegens entgegenstehender Voraussetzungen der Norm davon ausgegangen werden, dass grundsätzlich alle Personengruppen von dem Anwendungs- und Schutzbereich des § 2 I Nr. 5 UWG erfasst werden²⁷⁶. Im Rahmen der Unlauterkeitsprüfung ist diese Aussage dem jeweiligen Tatbestand anzupassen.

IV. Das Merkmal der Freiwilligkeit

§ 2 I Nr. 5 UWG schließt Verpflichtungen aus, die sich bereits aus Gesetzes- oder Verwaltungsvorschriften ergeben. Das Element der freiwilligen Aushandlung der Bestimmungen in einem Verhaltenskodex ist daher ein prägendes Merkmal dieses Instrumentes. Der Terminus »Verwaltungsvorschriften« ist für die deutsche Umsetzung unglücklich gewählt, bezeichnen diese nach dem hiesigen Verständnis »Vorschriften, die sich an die Verwaltung wenden und nur für diese verbindlich sind«²⁷⁷. Klarheit ergibt sich jedoch bei einem Vergleich mit der englischen Version des Art. 2 lit. f UGP-RL, welche von »law, regulation or administrative provision« spricht. Neben Gesetzen sollen unter die Definition damit insb. Normkonkretisierungen von Behörden, Verwaltungsakte und Allgemeinverfügungen fallen.

Sog. »deklaratorische Selbstverpflichtungen«, die lediglich Gesetze oder andere verbindliche Akte der Exekutive wiederholen, sollen damit keinen Ver-

275 Teplitzky/Pfeifer/Leistner/Peukert, Großkommentar UWG, § 2 Rn. 559.

276 Ebenda; Büllesbach, Auslegung der irreführenden Geschäftspraktiken des Anhangs, S. 45; Lamberti/Wendel, WRP 2009, 1479 (1484); Veelken, WRP 2004, 1 (28).

277 <http://wirtschaftslexikon.gabler.de/Archiv/1246/verwaltungsvorschriften-v7.html>, zuletzt abgerufen am 5.5.2016.

haltenskodex i. S. d. UWG darstellen²⁷⁸. Einen derartigen Ausschluss kann man durchaus kritisieren: So geht auch der Unternehmer, der sich auf einen gesetzeswiederholenden Verhaltenskodex festlegt, eine zusätzliche vertragliche Verpflichtung ein und die Gesetzesvorschriften erfahren durch ihre Aufnahme in einen CoC auch in ihrer Durchsetzbarkeit Veränderungen²⁷⁹. Zudem besteht die Möglichkeit, mittels Verhaltenskodizes schwer verständliche Normen in erläuternder Form darzustellen. Eine klare Trennung ist aufgrund diverser Überschneidungen zwischen »freiwilligen« und »deklaratorischen« Verhaltenskodizes ohnehin kaum möglich²⁸⁰.

Der Wortlaut in § 2 I Nr. 5 UWG lässt jedoch augenscheinlich keine andere Auslegung zu. Der Umstand, dass (in der Praxis häufig vorkommende) Verhaltenskodizes mit rein gesetzeswiederholendem Charakter zunächst eine geringere lauterkeitsrechtliche Überprüfung zukommt als über den Gesetzes- text hinausgehende Verpflichtungen, erscheint zunächst unbillig, lässt sich aber über das Instrumentarium des Lauterkeitsrechts lösen²⁸¹.

V. Unerhebliche Kriterien

Aus den vorliegenden Erkenntnissen lassen sich (z. T. auch zur Klarstellung) ergänzend einige Voraussetzungen nennen, die augenscheinlich nicht notwendig für das Vorliegen eines Verhaltenskodex i. S. d. Definition sind:

1. Billigung durch öffentliche Stelle

§ 3 III UWG i. V. m. Nr. 3 des Anhangs sanktioniert die fälschliche Behauptung, ein Verhaltenskodex sei von einer öffentlichen oder anderen Stelle gebilligt.

In Deutschland ist eine Billigung etwa durch die Kartellbehörde denkbar. Diese Sanktionsnorm wie auch das Fehlen einer entsprechenden Vorausset-

278 Harte/Henning/Keller, UWG, § 2 Rn. 159; Teplitzky/Pfeifer/Leistner/Peukert, Großkommentar UWG, § 2 Rn. 570; Ullmann/Link, jurisPK-UWG, § 5 Rn. 667; Alexander, GRUR-Int 2012, 965 (969); a. A.: Köhler/Bornkamm/Köhler, UWG, § 2 Rn. 133; Dreyer, WRP 2007, 1294 (1297).

279 Dreyer, WRP 2007, 1294 (1297).

280 Dreyer, WRP 2007, 1294 (1298).

281 In Betracht käme hier etwa die Fallgruppe der »Werbung mit Selbstverständlichkeiten«, vgl. 4. Kapitel, III., 3., b), cc), (4).

zung in der Definition zeigt aber, dass die Billigung durch eine öffentliche Stelle zwar möglich ist, jedoch keine Voraussetzung für das Vorliegen eines Verhaltenskodex darstellt²⁸².

2. Sanktionsmechanismen

§ 5 I 2 Nr. 6 UWG und die damit einhergehende Öffnung der Definition für reine Absichtserklärungen zeigt im Umkehrschluss, dass die Vereinbarung von Sanktionsmechanismen keine zwingende Voraussetzung für das Vorliegen eines Verhaltenskodex i. S. d. § 2 I Nr. 5 UWG darstellt²⁸³. Dies verdeutlicht auch die Definition des Urhebers in Art. 2 lit. g UGP-RL, wonach hierfür die »Formulierung und Überarbeitung und/oder die Überwachung der Einhaltung« genügt.

3. Beteiligenvoraussetzungen

Vorrangig hält der Richtliniengeber die Beteiligung von Verbraucherverbänden bei der Entstehung eines Verhaltenskodex für wünschenswert²⁸⁴. Auch wenn eine derartige Voraussetzung zwar zwischenzeitlich vom Europäischen Parlament eingefordert wurde²⁸⁵ und durch § 25 GWB für Wettbewerbsregeln gewährleistet wird, ist diese Beteiligungspflicht weder im Rahmen der UGP-RL noch innerhalb des UWG als notwendig erachtet worden²⁸⁶.

282 Teplitzky/Pfeifer/Leistner/Peukert, Großkommentar UWG, § 2 Rn. 549; Alexander, GRUR-Int 2012, 965 (970).

283 Ebenso: Teplitzky/Pfeifer/Leistner/Peukert, Großkommentar UWG, § 2 Rn. 548; Alexander, GRUR-Int 2012, 965 (970); Dreyer, WRP 2007, 1294 (1296); a. A. Birk, GRUR 2011, 196 (200); Kopp/Klostermann, CCZ 2009, 155 (157).

284 Erwägungsgrund 20 der RL 2005/29/EG vom 11.5.2005.

285 Hierzu der Erwägungsgrund 16 des europäischen Parlaments in der Lesung vom 20.4.2004 im Hinblick auf den Hintergrund des Erlasses der Richtlinie 2005/29/EG, P5_TA (2004) 0298.

286 Teplitzky/Pfeifer/Leistner/Peukert, Großkommentar UWG, § 2 Rn. 549; Alexander, GRUR-Int 2012, 965 (967).

VI. Abgrenzungen

Die gefundenen Ergebnisse hinsichtlich der Bedeutung der Merkmale der Definition in § 2 I Nr. 5 UWG sind auch zur Abgrenzung zu vergleichbaren Rechtsinstituten und anderen als Verhaltenskodex bezeichneten Regelwerken hilfreich. Hierzu wird auf einige besonders relevante Fälle eingegangen:

1. Internationale Übereinkommen und Empfehlungen von internationalen Organisationen oder staatlicher Seite

Internationale Übereinkommen (bspw. die *ILO-Kernarbeitsnomen*) oder völkerrechtliche Verträge können zwar bei Ratifizierung Staaten binden, für eine Verpflichtung von Privaten bedarf es aber einer Transformation in nationales Recht. Ebenso können mittels Empfehlungen von internationalen Organisationen (etwa die *OECD-Leitsätze für multinationale Unternehmen*) oder staatlichen Stellen²⁸⁷ keine direkt bindenden Regeln ggü. Privaten festgelegt werden.

Diesen Instrumenten fehlt grundsätzlich das Merkmal einer freiwilligen »Vereinbarung« oder die »Verpflichtung« der Unternehmen zu diesen Bestimmungen. Sofern jedoch einzelne Bestimmungen oder der ganze Regelkanon in eine eigene Selbstverpflichtung des Unternehmens übernommen werden, erfüllt diese die Voraussetzungen des § 2 I Nr. 5 UWG und ist als Verhaltenskodex i. S. d. Lauterkeitsrechts zu erfassen.

2. Wettbewerbsregeln

a) Zweck

Wettbewerbsregeln sind die in § 24 II GWB beschriebenen »Bestimmungen, die das Verhalten von Unternehmen im Wettbewerb regeln zu dem Zweck, einem den Grundsätzen des lauteren oder der Wirksamkeit eines leistungsgerechten Wettbewerbs zuwiderlaufenden Verhaltens im Wettbewerb entgegenzuwirken und ein diesen Grundsätzen entsprechendes Verhalten im Wettbewerb anzuregen«. Mit dem Institut der Wettbewerbsregel wird Wirtschafts- und Berufsvereinigungen die Möglichkeit eröffnet, den Wettbewerb in

²⁸⁷ Vgl. zum Sonderfall des Deutschen Corporate Governance Kodex (DCGK): 3. Kapitel, VI., 5.

bestimmtem Umfang in ihrem Bereich zu regeln²⁸⁸. Während früher die Kartellbehörde die Möglichkeit hatte, diese Regeln durch eine Anerkennung nach § 26 GWB auch ggü. Dritten vom Kartellverbot freizusprechen, ist die Behörde heute nur noch selber an ihre Anerkennung gebunden; in Drittprozessen kann die Kartellrechtswidrigkeit inzwischen dennoch auf den Prüfstand gelangen²⁸⁹.

b) Wettbewerbsregeln und Verhaltenskodizes

Wettbewerbsregeln stehen in einem engen Zusammenhang zu Verhaltenskodizes i. S. d. UWG und werden teilweise vollständig oder weitgehend gleichgesetzt²⁹⁰. Trotz vieler Parallelen ist jedoch eine vollständige Gleichstellung bei genauerer Betrachtung nicht gerechtfertigt:

Ein wesentlicher Unterschied besteht darin, dass Wettbewerbsregeln gem. § 24 I GWB nur von Wirtschafts- und Berufsvereinigungen aufgestellt werden können. Eine derartige Begrenzung existiert bei Verhaltenskodizes nicht, weshalb diese auch gerade von Unternehmen oder sonstigen Rechtspersönlichkeiten aufgestellt werden können. Zudem ist der Schutzzweck von Wettbewerbsregeln auf zwei Bereiche beschränkt: Sie müssen dem lauteren oder dem leistungsgerechten Wettbewerb dienen (§ 24 II GWB). Diese inhaltliche Beschränkung existiert bei Verhaltenskodizes des UWG ebenfalls nicht. Wettbewerbsregeln i. S. d. § 24 II GWB sind damit grundsätzlich zugleich CoC im Sinne des Lauterkeitsrechts; umgekehrt ist jedoch nicht jeder Verhaltenskodex automatisch eine Wettbewerbsregel²⁹¹.

c) Rechtliche Bedeutung von Wettbewerbsregeln im Vergleich zu Verhaltenskodizes

Wettbewerbsregeln stellen also nur einen Ausschnitt im Bereich der Verhaltenskodizes dar. Ihnen kommt heute in der Praxis aber nur noch eine untergeordnete Bedeutung zu²⁹². Ein verbliebener Zweck ist in der präventiven

288 Immenga/Mestmäcker/F. Immenga, Wettbewerbsrecht, Band 2, § 24 GWB Rn. 33.

289 Ebenda, Rn. 3.

290 So etwa: Köhler/Bornkamm/Bornkamm, UWG, § 5 Rn. 5.163; Götting/Nordemann/Nordemann, UWG, § 5 Rn. 6.5; Birk, GRUR 2011, 194 (199).

291 Ohly/Sosnitza/Sosnitza, UWG, § 2 Rn. 87; Immenga/Mestmäcker/F. Immenga, Wettbewerbsrecht, Band 2, § 24 GWB Rn. 9; Loschelder/Erdmann/Erdmann, Wettbewerbsrecht, § 37 Rn. 4; Alexander, GRUR-Int 2012, 965 (971).

292 Immenga/Mestmäcker/F. Immenga, Wettbewerbsrecht, Band 2, § 24 GWB Rn. 7

Selbstkontrolle ggü. dem Kartellamt zu sehen. Nach inzwischen überholtem Verständnis hatten Wettbewerbsregeln insb. die Funktion, zur Ausfüllung lauterkeitsrechtlicher Generalklauseln und unbestimmter Rechtsbegriffe zu dienen²⁹³. Der BGH hat vor dem Hintergrund der Wandlung des zentralen Begriffs des UWG von den guten Sitten hin zur Lauterkeit diese gesetzesausfüllende Funktion beschränkt und misst ihnen nur noch eine indizielle Bedeutung bei²⁹⁴.

Im Gegensatz zu diesen erfreuen sich Verhaltenskodizes jedoch inzwischen stark zunehmender Beliebtheit²⁹⁵, was letztlich auch dem Instrument der Wettbewerbsregeln indirekt wieder zunehmende Bedeutung beschert. So wird bei Verhaltenskodizes prognostiziert, dass diese künftig bei der Konkretisierung des unbestimmten Rechtsbegriffes der »unternehmerischen Sorgfalt« in § 3 II UWG eine Bedeutung erlangen werden, da dessen Prüfung eine Berücksichtigung der Marktgepflogenheiten erfordert, die sich (auch) aus Verhaltenskodizes ergeben kann²⁹⁶. Die genaue Beurteilung dieser Frage erfolgt im Rahmen des 5. Kapitels der Untersuchung.

3. Handelsbräuche

Ein Handelsbrauch nach § 346 HGB liegt vor, wenn es sich bei einem Verhalten um eine im Verkehr der Kaufleute untereinander verpflichtende Regel handelt, die auf einer gleichmäßigen, einheitlichen und freiwilligen tatsächlichen Übung beruht, die sich innerhalb eines angemessenen Zeitraumes für vergleichbare Geschäftsvorfälle gebildet hat und der eine einheitliche Auffassung der Beteiligten zugrunde liegt²⁹⁷. Handelsbräuche wirken normativ, ohne als Rechtsnorm qualifiziert zu werden²⁹⁸.

293 Ebenda, Rn. 4.

294 BGH GRUR 2006, 773 – »Probeabonnement«.

295 Immenga/Mestmäcker/F. Immenga, Wettbewerbsrecht, Band 2, § 24 GWB Rn. 9.

296 So etwa: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff/Sack, Kartellrecht, § 24 Rn. 101; Loschelder/Erdmann/Erdmann, Wettbewerbsrecht, § 37 Rn. 14; Harte/Henning/Podszun, UWG, § 3 Rn. 102; Köhler/Bornkamm/Köhler, UWG, § 2 Rn. 115.

297 St. Rspr., bspw.: BGH MDR 1994, 358 – »Festlegung eines Handelsbrauchs«.

298 MüKo/HGB/Schmidt, § 346 Rn. 1. Dagegen stellt das Handelsgewohnheitsrecht eine Rechtsquelle dar und ist dem positiven Handelsrecht des HGB und seiner Nebengesetze im Rang gleichgestellt (MüKo/HGB/Schmidt, § 346 Rn. 16).

§ 346 HGB gehört in diesem Zusammenhang zu den Generalklauseln, die sozialen Normen des tatsächlichen Lebens mittelbar Rechtsverbindlichkeit verschaffen²⁹⁹. Ebenso wie Verhaltenskodizes können Handelsbräuche eine Standardisierung und Typisierung unternehmerischen Verhaltens bewirken³⁰⁰. Zwischen Handelsbräuchen und Verhaltenskodizes bestehen Schnittbereiche: Mittels längerer Befolgung von selbst gesetzten Verhaltensregelungen durch eine große Anzahl an Unternehmen einer Wirtschaftsbranche kann aus den Regeln eines Verhaltenskodex ein Handelsbrauch werden. So ist der *Standard Compliance Code* der österreichischen Kreditwirtschaft, der als Empfehlung der Interessenvertretung der Kreditinstitute ausgestaltet ist, inzwischen als Handelsbrauch anerkannt³⁰¹. Verhaltenskodizes können also eine Entwicklungsstufe zum Handelsbrauch darstellen.

Dennoch bestehen elementare Unterschiede zwischen beiden Rechtsinstituten: Handelsbräuche entwickeln sich über einen längeren Zeitraum durch den tatsächlichen Gebrauch dieser Maßstäbe unter Kaufleuten und erfordern keine Kodifizierung. Verhaltenskodizes bedürfen dagegen einer nachprüfbarer bewussten Verpflichtung der beteiligten Parteien³⁰² und gelten im Regelfall schon ab dem Zeitpunkt dieser Vereinbarung. Handelsbräuche verpflichten grundsätzlich auch unbeteiligte Unternehmen, weswegen diese auch gelten, wenn sie dem Betroffenen unbekannt sind³⁰³. CoC wirken dagegen zunächst nur zwischen den jeweils beteiligten Unternehmen und können aus sich heraus auch keine anderen Parteien verpflichten. Schließlich bezwecken Verhaltenskodizes insb. den Schutz Dritter, wohingegen Handelsbräuche vornehmlich die Interessen der beteiligten Kaufleute schützen³⁰⁴.

Beide Rechtsinstitute haben damit trotz bestimmter Schnittstellen sehr unterschiedliche Voraussetzungen und Wirkungsweisen und fallen somit nicht unter die Definition in § 2 I Nr. 5 UWG³⁰⁵. Eine (analoge) Anwendung der Vorschriften über Verhaltenskodizes auf Handelsbräuche ist daher ebenso abzulehnen, weshalb die speziellen Irreführungsvorschriften der §§ 5 I 2 Nr. 6,

299 MüKo/HGB/Schmidt, ebenda.

300 *Canaris*, Handelsrecht, § 22 Rn. 3; *Alexander*, GRUR-Int 2012, 965 (970).

301 *Kort*, NZG 2008, 81 (86).

302 Wobei sich jedoch aus der Definition des § 2 I Nr. 5 UWG gerade keine konkreten Formfordernisse ableiten lassen.

303 *Canaris*, Handelsrecht, § 22 Rn. 28; *Alexander*, GRUR-Int 2012, 965 (970).

304 Schmidhuber, S. 176.

305 Ebenso *Teplitzky/Pfeifer/Leistner/Peukert*, Großkommentar UWG, § 2 Rn. 555.

3 III UWG i. V. m. Nr. 1 und 3 des Anhangs nicht greifen, wenn ein Gewerbetreibender etwa die Beachtung eines Handelsbrauches vortäuscht³⁰⁶.

4. Vertriebsverträge und Vertriebsbindungssysteme

Sehr kontrovers diskutiert wird schließlich die Frage, ob auch Vereinbarungen von Unternehmen mit Lieferanten oder Händlern, namentlich Vertriebsbindungssysteme und sonstige vertragliche Regelungen für einen selektiven Vertrieb, unter den Begriff des Verhaltenskodex fallen. Diese Beschränkungen des Absatzsystems stellen Entscheidungen des Herstellers dar, den eigenen Vertriebsweg unter bestimmte Voraussetzungen zu stellen. So wird häufig bei höherwertigen Markenprodukten oder komplex zu bedienenden Maschinen die Belieferung der Handelspartner von der Erfüllung bestimmter fachlicher Qualifikationen (Fachhandelsbindung) und der Erbringung bestimmter warenbezogener Leistungen wie Kundenberatung, Gerätevorführung, Reparaturservice und dergleichen abhängig gemacht³⁰⁷. Der Geschäftsherr fordert von seinen Vertriebsmittlern die Einhaltung bestimmter qualitativer Vorgaben, um sowohl den Ruf der eigenen Marken und Waren auf dem Markt als auch die Verbraucher oder Kunden seiner eigenen Vertriebsmittler vor Gefahren zu schützen, die von dem ungeregelten Vertrieb von Produkten durch ungeeignete oder auch unlauter agierende Verkäufer ausgehen können³⁰⁸.

Die Befürworter einer Einbeziehung in den Anwendungsbereich des § 2 I Nr. 5 UWG sehen einen Vorteil in der Ahndung von Verstößen gegen selektive Vertriebssysteme über das UWG-Instrumentarium³⁰⁹. So könnte etwa der Händler, der ggü. dem Verbraucher damit wirbt, Fachhändler oder Teil eines selektiven Vertriebssystems zu sein, nach § 5 I 2 Nr. 6 UWG in Anspruch genommen werden, wenn er tatsächlich diese Vereinbarung nicht einhält³¹⁰. Zugleich könnte er nach § 3 III UWG i. V. m. Nr. 1 des Anhangs in Anspruch genommen werden, wenn er unwahr behauptet, Fachhändler oder Teil eines selektiven Vertriebssystems zu sein³¹¹.

306 *Alexander*, GRUR-Int 2012, 965 (970).

307 *Immenga/Mestmäcker/Markert*, Wettbewerbsrecht, Band 2, § 19 Rn. 149.

308 *Lamberti/Wendel*, WRP 2009, 1479 (1483).

309 So insb. *Hoeren*, WRP 2009, 789 (793); *Lamberti/Wendel*, WRP 2009, 1479 (1482f.).

310 *Hoeren*, ebenda.

311 Ebenda.

Vor dem Hintergrund der fehlenden inhaltlichen Begrenzung auf speziell lauterkeitsrechtliche Interessen erscheint eine Subsumtion unter diese Norm zunächst nicht abwegig. Vielmehr können bestimmte Vertriebsvereinbarungen auch einen lauterkeitsbezogenen Inhalt haben³¹². Zum Teil wird eine Einbeziehung aus dem Grund abgelehnt, dass Vertriebssystemen das Merkmal der Freiwilligkeit fehlt, da dem gebundenen Vertragshändler durch die Unterwerfung unter das System der Zugang zum Markt erst eröffnet wird und damit seine wirtschaftliche Betätigung entscheidend hiermit zusammenhängt³¹³. Ein fehlender wirtschaftlicher Zwang ist jedoch keine Voraussetzung des § 2 I Nr. 5 UWG, sondern ausschließlich die fehlende Vorgabe verbindlicher Regelungen durch Gesetzes- oder Verwaltungsvorschriften. Das Merkmal der Freiwilligkeit ist damit erfüllt. Da § 2 I Nr. 5 UWG auch Vereinbarungen zwischen Unternehmern zulässt, steht der Wortlaut einer Einbeziehung in die Definition nicht entgegen.

Zweifelhaft ist aber, ob eine Einbeziehung derartiger vertraglicher Regelungen vom Richtliniengeber bei der Einführung der Vorschriften über Verhaltenskodizes bezweckt wurde. Aus den Erwägungsgründen der Richtlinie lassen sich keine eindeutigen Aussagen diesbezüglich ableiten. Die deutsche Regierungsbegründung sieht aber in Verhaltenskodizes Regelungen zur freiwilligen Selbstkontrolle der Wirtschaft³¹⁴. Dieses Ansinnen deckt sich auch mit dem traditionellen Verständnis des Begriffes Verhaltenskodex, der gerade keine rein individualvertraglichen Abreden inter partes bezeichnet, sondern eine Verpflichtung, die als Ergänzung zu hoheitlicher Regulierung gedacht ist³¹⁵. Dementsprechend sieht die Europäische Kommission in einem CoC eine formelle Erklärung zu den Werten und Aktivitäten eines Unternehmens³¹⁶, mit der eine rein vertragliche Regelung des eigenen Vertriebsweges nur schwer in Einklang zu bringen ist. Zur Veranschaulichung darf zu Recht bezweifelt werden, ob einem Hersteller von Markenartikeln in den Sinn käme, sein Vertriebsbindungssystem als »Verhaltenskodex« zu bezeichnen³¹⁷. Dieses traditionelle

312 *Lamberti/Wendel*, WRP 2009, 1479 (1483).

313 *Schmidhuber*, WRP 2010, 593 (598).

314 BT-Drucks. 16/10145, S. 18.

315 Im Ergebnis ebenso: *Ohly/Sosnitza/Sosnitza*, UWG, § 2 Rn. 84; *Teplitzky/Pfeifer/Leistner/Lindacher*, Großkommentar UWG, § 3 Anh. Nr. 1 Rn. 9; *Alexander*, GRUR-Int 2012, 965 (970); *Schmidhuber*, WRP 2010, 593 (598).

316 KOM 2001, 366 endg. (28).

317 *Schmidhuber*, WRP 2010, 593 (598).

Verständnis wird auch durch Art. 3 II der UGP-RL untermauert, welcher ausdrücklich die Herausnahme des Vertragsrechts aus dem Anwendungsbereich der Richtlinie feststellt³¹⁸.

Schließlich darf auch die Frage nach der praktischen Notwendigkeit einer Einbeziehung derartiger Verträge in den Anwendungsbereich des § 2 I Nr. 5 UWG nicht außer Acht gelassen werden. Gegenüber vertragsbrüchigen Händlern ist ein Vorgehen mittels vertraglicher Sanktionsmöglichkeiten ohnehin als vorzugswürdig zu betrachten. Gegenüber dem Außenseiter, der in ein Vertriebssystem »einbricht«, ist eine Sanktionierung über § 5 I 2 Nr. 6 UWG auch so nicht möglich, da hier mangels vertraglicher Bindung an ein Vertriebssystem keine Vereinbarung i. S. d. § 2 I Nr. 5 UWG vorliegt³¹⁹. Daneben ist auch zu beachten, dass derartige Fälle z. T. auch in den Anwendungsbereich des Markenrechts fallen, dessen spezielle Ansprüche grundsätzlich denen des Lauterkeitsrechts vorgehen³²⁰.

Auch wenn Vertriebsbindungssysteme sich zunächst unter den Wortlaut des § 2 I Nr. 5 UWG subsumieren lassen, bleibt jedoch festzuhalten, dass diese keine Verhaltenskodizes darstellen. Neben dem grundlegenden Verständnis des Begriffes steht einer Einbeziehung auch die fehlende Notwendigkeit einer Subsumtion unter den Anwendungsbereich des § 2 I Nr. 5 UWG entgegen.

5. Der Deutsche Corporate Governance Kodex (DCGK)

Verschiedene Regelwerke lassen sich heute ihrer Rechtsnatur nach nicht eindeutig staatlich induzierten oder privaten Regeln zuordnen. Aufgrund dessen tatsächlicher Verbreitung soll die lauterkeitsrechtliche Beurteilung dieser Regelwerke am Beispiel des Deutschen Corporate Governance Kodex (DCGK) vorgenommen werden.

Nach dessen 1. Präambel stellt der DCGK »wesentliche gesetzliche Vorschriften zur Leitung und Überwachung deutscher börsennotierter Gesellschaften dar und enthält international und national anerkannte Standards

318 So stellt Art. 3 II UGP-RL fest: »Diese Richtlinie lässt das Vertragsrecht und insb. die Bestimmungen über die Wirksamkeit, das Zustandekommen oder die Wirkungen eines Vertrages unberührt.«

319 Schmidhuber, WRP 2010, 593 (598).

320 St. Rspr seit BGH GRUR 1999, 161 (162) – »Mac Dog«; vgl. zuletzt: BGH GRUR 2009, 1162 (Rn. 40) – »DAX«; BGH GRUR 2007, 339 (Rn. 39) – »Stufenleitern«; Köhler/Bornkamm/Köhler, UWG, § 4 Rn. 9.9.

guter und verantwortungsvoller Unternehmensführung³²¹. Der Kodex wurde von einer durch das Bundesministerium der Justiz 2001 gegründeten Regierungskommission formuliert und wird (bei Bedarf) jährlich überarbeitet. Er enthält auf der ersten Stufe eine Beschreibung geltender gesetzlicher Vorschriften, auf der zweiten Stufe Empfehlungen, von denen Unternehmen zwar abweichen können, dann aber verpflichtet sind, dies jährlich offenzulegen und die Abweichung zu begründen (»Comply or Explain«)³²². Diese Entsprechenserklärung wurde in § 161 I AktG speziell normiert. Auf der dritten Stufe sind schließlich Anregungen enthalten, von denen ohne Offenlegung abgewichen werden kann.

Bei der Beurteilung mittelbarer Rechtswirkungen des Kodex im Lauterkeitsrecht ist zwischen dem Anwendungsbereich der Definition in § 2 I Nr. 5 UWG und der hierauf bezogenen Norm des § 5 I S. 2 Nr. 6 UWG, den weiteren Irreführungstatbeständen und der Generalklausel zu differenzieren. Zum Teil greift die Bewertung hier den Ergebnissen in den folgenden Kapiteln vor.

a) Das Verhältnis zu § 2 I Nr. 5 und § 5 I S. 2 Nr. 6 UWG

Entgegen einer häufig geäußerten Ansicht³²³ widerspricht der DCGK nicht der Definition des § 2 I Nr. 5 UWG, da er von einer Regierungskommission erarbeitet wurde und somit nicht auf einer Vereinbarung von Unternehmen beruht. Entscheidend ist hier der Urheberbegriff, der von Art. 2 lit. f UGP-RL vorgegeben wird (»Gewerbetreibende, die sich...«). Als Urheber kann nur ein Unternehmer oder Unternehmensverband in Frage kommen. Urheber ist jedoch nicht der Schöpfer des Verhaltenskodex i. e. S., sondern die Rechtspersönlichkeit, die für die Kontrolle zuständig ist und aus dem Kodex verpflichtet wird³²⁴. Die Tatsache, dass eine Regierungskommission den Kodex formuliert hat, ist daher unerheblich.

321 1. Präambel Deutscher Corporate Governance Kodex (DCGK) in der Fassung vom 5. Mai 2015.

322 Ebenda.

323 So etwa: Köhler/Bornkamm/Köhler, UWG, 34. Auflage, § 2 Rn. 113, Ohly/Sosnitza/Sosnitza, UWG, 7. Auflage, Harte/Henning/Keller, UWG, 4. Auflage, § 2 Rn. 168; § 2 Rn. 84; Birk, GRUR 2011, 196 (199); a. A. Götting/Nordemann/Nordemann, § 5 Rn. 6.8.

324 Vgl. das Arbeitspapier zur Umsetzung der UGP-RL: SEK 2009, 1666 (23); hierzu auch: 3. Kapitel, I.

Mangels Vereinbarung von Unternehmen kann nur eine »Verpflichtung« von Unternehmen zu den »Vorschriften« des Kodex in Betracht kommen. Entscheidend ist danach, inwieweit die Entsprechenserklärung nach § 161 I AktG eine Verpflichtungserklärung zur Einhaltung der Empfehlungen des Kodex darstellt. Hier ist zu differenzieren: Hinsichtlich der Befolgung der Empfehlungen für die Vergangenheit handelt es sich um eine reine Wissensmitteilung³²⁵. Die Erklärung für die Zukunft wird im Aktienrecht zumeist als nicht bindende Absichtserklärung beurteilt³²⁶. Im Bereich der lauterkeitsrechtlichen Beurteilung einer Werbemaßnahme mit der Verpflichtung zum DCGK kann diese Einstufung jedoch nicht übernommen werden. Für die Frage, ob es sich um eine bindende Verpflichtung handelt, ist im Rahmen des § 5 I S. 2 Nr. 6 UWG allein die Auffassung der Adressaten einer getätigten Aussage entscheidend³²⁷. Die Regierungsbegründung des § 161 AktG steht dem nicht entgegen: Hintergrund einer Einstufung als Absichtserklärung ist die Vermeidung einer Verpflichtung des Aufsichtsrates zu den Empfehlungen »für alle Zeiten«³²⁸. Dies bezieht sich jedoch auf eine materielle Verpflichtung in Form eines Erfüllungsanspruches. Sekundäre Vertrauenschaftung ist dagegen nicht hierunter zu verstehen³²⁹. Die Regierungsbegründung stellt dies insoweit klar, als eine (Sekundär-)Haftung bei einer Abänderung der Entsprechenserklärung nicht mehr besteht³³⁰. Dagegen besteht bei einer wahrheitswidrigen Entsprechenserklärung eine Vertrauenswirkung der Erklärungsadressaten (insb. der Kapitalanleger). Eine solche geschäftliche Handlung ist auch geeignet, deren Marktentcheidung zu beeinflussen.

Die eine Verpflichtung auf den Kodex begründende Entsprechenserklärung des § 161 I AktG betrifft nur Verhaltensempfehlungen³³¹. Die Verpflichtung zur Einhaltung geltender Gesetze ist deklaratorischer Natur und erfüllt

325 MüKo/AktG/Goette, § 161 Rn. 35; Hüffer/Koch/Koch, AktG, § 161 Rn. 14.

326 So die Regierungsbegründung: BT-Drucks. 14/8769, S. 22; ebenso: MüKo/AktG/Goette, ebenda; Hüffer/Koch/Koch, AktG, § 161 Rn. 20.

327 Vgl. hierzu ausführlich: 4. Kapitel, III., 3., a), aa), (1); sowie: 4. Kapitel, III., b), cc), (3) und die Ergebnisse im 7. Kapitel, I., 3., (11) und (16).

328 BT-Drucks. 14/8769, S. 22.

329 So wird auch eine deliktische Haftung über § 826 BGB (vgl. Hüffer/Koch/Koch, AktG, § 161 Rn. 29) oder über strafrechtliche, die gesetzlichen Transparenzgebote schützende Normen (MüKo/AktG/Goette, § 161 Rn. 101 m. w. N.) in Betracht gezogen.

330 BT-Drucks. 14/8769, S.22.

331 Ebenda, S. 21.

als solche nicht die Voraussetzungen der Definition des § 2 I Nr. 5 UWG³³². Eine Erklärung zur Einhaltung der Anregungen des DCGK ist im Regelfall, abhängig vom konkret genutzten Wortlaut, nicht als »Verpflichtung« i. S. d. § 2 I Nr. 5 UWG anzusehen.

b) Weitere Irreführungstatbestände

Auch außerhalb der Definition kann der DCGK im Rahmen der Irreführung Rechtswirkung erlangen. So kann ein Fall der unwahren Werbeangabe i. S. d. § 5 I S. 1 Alt. 1 UWG vorliegen, sofern der Unternehmer nachweislich von Anfang an nicht vorhatte, die Regelungen des Kodex zu erfüllen, sich aber dennoch zu einer Befolgung in der Zukunft bereiterklärt hat. Daneben kann eine Werbung mit der Einhaltung ohnehin zu befolgender gesetzlicher Regeln eine Werbung mit Selbstverständlichkeiten i. S. d. § 3 III UWG i. V. m. Nr. 10 des Anhangs darstellen. Dies ist der Fall, wenn die Beschreibungen geltender Gesetze im DCGK als Besonderheit dargestellt werden und der Verkehr hierdurch irrtümlich von einem Vorteil ausgeht, den er ansonsten nicht erwartet hätte.

c) Das Verhältnis zur Generalklausel des § 3 UWG

Im Rahmen der Generalklausel stellt sich die Frage, ob der DCGK einen anzuerkennenden Branchenstandard repräsentiert, der unabhängig von einer konkreten Irreführung zu beachten wäre³³³. Hier ist eine andere Beurteilung als im Bereich der Irreführungstatbestände angezeigt, da keine speziellen Normen des Lauterkeitsrechts einschlägig sind. Der Rückgriff auf die Generalklausel des § 3 UWG ist dann versperrt, wenn der Gesetzgeber eine vorrangige spezielle und abschließende Regelung für den Fall getroffen hat. Als solche ist § 161 I AktG anzusehen. Außerhalb der Vertrauenschaftung hat der Gesetzgeber hier klargestellt, dass eine Bindung an den DCGK nicht gewollt ist, sondern nur eine Erklärung bei Nichtbeachtung zu erfolgen hat. Dies stellt die Regierungsgrundbegründung ausdrücklich dar, wonach es den Unternehmen in

332 Vgl. hierzu: 3. Kapitel, IV.

333 Das Verhältnis von Selbstverpflichtungen zur Generalklausel wird ausführlich im 5. Kapitel behandelt.

Fällen, in denen sie es für geboten erachten, die Möglichkeit verbleiben soll, von den Kodex-Regeln abzuweichen³³⁴.

VII. Ergebnisse des 3. Kapitels

Die 2008 in das UWG eingefügte Definition eines Verhaltenskodex in § 2 I Nr. 5 UWG ist derzeit noch mit vielen Unsicherheiten behaftet³³⁵. So wird weder einheitlich beurteilt, welche Merkmale für einen CoC i. S. d. UWG notwendig sind, noch ist deren jeweilige Reichweite geklärt. Die hier vertretenen prägenden Merkmale für das Vorliegen eines derartigen Instrumentes sind in einer Vereinbarung oder Vorschrift, in der Freiwilligkeit und in der Festlegung des Anwendungsbereiches zu sehen. Tendenziell ist von einem weiten Auslegungsrahmen der jeweiligen Punkte auszugehen, um dem von der UGP-RL bezweckten hohen Verbraucherschutzniveau Rechnung zu tragen³³⁶.

Das Erfordernis »Vereinbarungen oder Vorschriften« beschreibt zunächst die formelle Ausgestaltung eines Verhaltenskodex. Hier sind Parallelen zu den Mitteln von Wettbewerbsbeschränkungen des § 1 GWB unübersehbar – dies jedoch mit dem Unterschied, dass ein Kodex einen formellen Ursprung haben muss und daher rein tatsächliche Maßnahmen nicht unter den Begriff fallen. Für das Vorliegen eines Kodex i. S. d. § 2 I Nr. 5 UWG ist aber weder die Bezeichnung der Parteien noch seine tatsächliche Wirksamkeit und eine Verpflichtung von mehreren Unternehmen entscheidend. Zudem verdeutlicht § 5 I 2 Nr. 6 UWG im Wege des Umkehrschlusses die Öffnung der Definition für reine Absichtserklärungen.

Die freiwillige Aushandlung eines Verhaltenskodex ist ein prägendes Element dieses Instrumentes. Der Inhalt eines Kodex darf daher nicht durch andere zwingende Vorschriften ohnehin zu beachten sein. Entgegen dem am europäischen Verständnis ausgerichteten, für das deutsche Recht missverständlichen Wortlaut (»Verwaltungsvorschriften«) fallen hierunter neben Gesetzen insb. Normkonkretisierungen von Behörden, Verwaltungsakte und Allgemeinverfügungen. Auch wenn ein Ausschluss rein deklaratorischer Selbstverpflichtungen durchaus zu kritisieren ist, lässt der eindeutige Wortlaut

334 BT-Drucks. 14/8769, S. 21.

335 *Augsburger*, MMR 2014, 427 (429); *Birk*, GRUR 2011, 196 (199); *Henning-Bodewig*, WRP 2011, 1014 (1021).

336 Erwägungsgrund 5 der RL 2005/29/EG vom 11.5.2005.

keine abweichende Auslegung zu. Tatsächliche Unbilligkeiten dieses Ergebnisses können jedoch durch die Anwendung anderer Instrumente des Lauterkeitsrechts ausgeglichen werden³³⁷.

Der Anwendungsbereich hinsichtlich des thematischen Inhalts eines Kodex ist dagegen weit auszulegen. So besteht gerade keine Begrenzung auf den Schutz wettbewerblicher Interessen im Rahmen des § 2 I Nr. 5 UWG. Eine derartige Begrenzung schreibt weder der Wortlaut vor noch ist dies vom Richtliniengeber gewollt. Denn ein Irreführungspotential der Werbeaddressaten besteht nicht nur bei Verpflichtungen über das Werbeverhalten, sondern bei allen Thematiken, die im Rahmen von Selbstverpflichtungen behandelt werden können. Eine andere Auslegung der Definition erscheint praxisfern und würde häufig mit dem Zweck der UGP-RL nicht zu vereinbarende Ergebnisse nach sich ziehen. Zur Wahrung der seit 2004 in § 1 S. 2 UWG kodifizierten Schutzzweckbegrenzung des Lauterkeitsrechts dienen dagegen das Erfordernis der geschäftlichen Handlung und eine wettbewerbsbezogene Auslegung der Generalklauseln.

Zu Wettbewerbsregeln i. S. d. § 24 II GWB bestehen einige Parallelen, eine vollständige Gleichstellung ist aufgrund des weiteren Anwendungsbereiches des § 2 I Nr. 5 UWG jedoch nicht gerechtfertigt. Vertriebsbindungssysteme schließlich fallen zwar unter den Wortlaut des § 2 I Nr. 5 UWG, entsprechen aber nicht dem Verständnis des Richtliniengebers vom Instrument »Verhaltenskodex«. Weiterhin besteht auch keine praktische Notwendigkeit für eine Subsumtion vertraglicher Regelungen des Vertriebsweges unter § 2 I Nr. 5 UWG. Der Deutsche Corporate Governance Kodex (DCGK) erfordert eine differenzierte Betrachtung. Eine Werbung mit der Einhaltung der Empfehlungen des DCGK ist jedoch im Grundsatz mittels der lauterkeitsrechtlichen Irreführungstatbestände überprüfbar.

337 Hier ist vor allem an die Fallgruppe der »Werbung mit Selbstverständlichkeiten« zu denken, vgl. hierzu: Kapitel 4, III., 3., b), cc), (4).

Kapitel 4 Rechtswirkungen der Werbung mit Verhaltenskodizes

I. Die Werbung mit Verhaltenskodizes

1. Einleitung

a) Kommerzielle Mitteilungen und Vertrauensschutz

Im Zentrum der Untersuchung des vorliegenden Kapitels stehen das Informationsrecht der Werbeadressaten (§ 5a UWG) und das Verbot irreführender Werbemaßnahmen (§§ 3 III i. V. m. Nr. 1 und 3 des Anhangs und § 5 UWG). Diese Normen des UWG dienen letztlich dem elementaren Rechtsgrundsatz des Vertrauensschutzes. So hat das Rechtssystem Vertrauen vornehmlich in zwei Bereichen zu garantieren: Zum einen muss das Vertrauen des Bürgers in die Kontinuität der Rechtsnormen an sich geschützt werden³³⁸, zum anderen muss die Rechtsordnung einen gewissen Vertrauensschutz im Rechtsverkehr garantieren, um insb. den Adressaten von Erklärungen eine ausreichende Erwartungssicherheit zu gewährleisten³³⁹. Gerade marktbezogene Erklärungen beinhalten eine Vermutung des Rechtsfolgewillens, weswegen das Recht die Aufgabe hat, diese Vermutung zu schützen³⁴⁰. Wer also die Vorzüge eines Unternehmens oder eines Produktes rühmt, darf sich nicht anschließend in die Unverbindlichkeit einer »Anpreisung« flüchten können³⁴¹.

Im Lauterkeitsrecht ist für die Beurteilung einer werblichen Angabe stets auf den Empfängerhorizont abzustellen, weshalb das Wahrheitsgebot im Rahmen des Irreführungstatbestands niemals ein Gebot objektiver Wahrheit

338 Maunz/Dürig/Grzeszick, Grundgesetz, Art. 20 Rn. 69.

339 Luhmann, Vertrauen, S. 33.

340 Glinski, Die rechtliche Bedeutung der privaten Regulierung, S. 175.

341 Ebenda.

darstellt, sondern sich immer nach dem Verständnis des angesprochenen Verkehrs richtet³⁴². Inwieweit werbliche Aussagen ein Irreführungspotential beinhalten, hängt damit entscheidend von dem Verständnis des angesprochenen Verkehrskreises und der in der Werbebotschaft verwendeten Formulierung ab.

b) Die Anknüpfungspunkte lauterkeitsrechtlicher Bewertung und der Anwendungsbereich der UGP-RL

Anknüpfungspunkte der lauterkeitsrechtlichen Überprüfung sind in diesem Kapitel hauptsächlich die Veröffentlichung der Inhalte von Verhaltenskodizes (zumeist auf der Homepage des Unternehmens), aber auch weitere Werbemaßnahmen mittels derer unternehmerische Verantwortungsübernahme durch Verhaltenskodizes interessierten Abnehmergruppen dargestellt wird. Der in diesem Kontext zentrale Begriff des Lauterkeitsrechts liegt in der »geschäftlichen Handlung« des § 2 I Nr. 1 UWG, welcher vornehmlich dazu dient, den Anwendungsbereich des Gesetzes ggü. dem allgemeinen Deliktsrecht (§§ 823ff. BGB) abzugrenzen³⁴³. Einer gewissen Unsicherheit begegnet der hierfür im Rahmen der UGP-RL verwendete Begriff der »Geschäftspraktiken«. Hierunter wird in Art. 2 lit. d UGP-RL »jede Handlung, Unterlassung, Verhaltensweise oder Erklärung, kommerzielle Mitteilung einschließlich Werbung und Marketing eines Gewerbetreibenden (verstanden), die unmittelbar mit der Absatzförderung, dem Verkauf oder der Lieferung eines Produktes an Verbraucher zusammenhängt«. Das Kriterium der Unmittelbarkeit könnte in diesem Zusammenhang so interpretiert werden, dass die Richtlinie nur Werbemaßnahmen erfasst, die in einem direkten Zusammenhang mit der Absatzförderung eines konkreten Produktes stehen und nicht nur mittelbar (bspw. durch Verbesserung des Unternehmensimages) eine positive Wirkung auf einen späteren Produktabsatz bezoeken. Es besteht jedoch Einigkeit, dass dieses »Unmittelbarkeitskriterium« nur einen funktionalen Zusammenhang erfordert und nicht im Sinne eines direkten kausalen Zusammenhangs zu verstehen ist³⁴⁴. Entscheidend ist, ob das vorrangige Ziel einer Handlung bei »objektiver Betrachtung darauf gerichtet ist, durch Beeinflussung der geschäft-

342 Köhler/Bornkamm/Bornkamm, UWG, § 5 Rn. 2.69.

343 Köhler/Bornkamm/Köhler, UWG, § 2 Rn. 3.

344 Ebenda, Rn. 48; Isele, GRUR 2009, 727 (729).

lichen Entscheidung der Verbraucher den Absatz oder Bezug zu fördern«³⁴⁵. Dies deckt sich auch mit der Formulierung »kommerzieller Mitteilungen einschließlich Werbung und Marketing« in Art. 2 lit. d UGP-RL als Ausprägung des Begriffes »Geschäftspraktiken«. Laut Art. 2 lit. f der Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr (E-Commerce-Richtlinie)³⁴⁶ fallen unter den gleichbedeutenden Begriff³⁴⁷ »kommerzieller Kommunikation« alle »Formen der Kommunikation, die der unmittelbaren oder mittelbaren Förderung des Absatzes von Waren oder Dienstleistungen oder des Erscheinungsbildes eines Unternehmens, einer Organisation oder einer natürlichen Person dienen, die eine Tätigkeit in Handel, Gewerbe, Handwerk oder einen reglementierten Beruf ausübt«. Unter die Definition sind damit alle denkbaren Typen an Werbemaßnahmen zu subsumieren, insb. auch solche, die nur mittelbar absatzbezogen sind oder nur dem Erscheinungsbild des Unternehmens dienen. Die Veröffentlichung eines Verhaltenskodex geschieht letztlich immer (auch) vor dem Hintergrund der Nutzung zu Marketingzwecken, weshalb zumindest eine mittelbare Absatzförderung augenscheinlich bezweckt und auch von der UGP-RL erfasst wird. Die Hinweise auf eigene ethische Grundsätze oder deren Veröffentlichung im Internet stellen also Geschäftspraktiken i. S. d. UGP-RL dar³⁴⁸.

Um das Irreführungspotential der Werbung mit Verhaltenskodizes beurteilen zu können, ist zunächst eine Untersuchung erforderlich, unter welchen Werbetypus derartige Reklamemaßnahmen fallen und auf welche Weise diese Form kommerzieller Kommunikation auf den Adressaten Wirkung entfaltet. Dies erfolgt vornehmlich unter Zuhilfenahme von Erkenntnissen aus der Konsumenpsychologie. In Anbetracht der Tatsache, dass zu Werbemaßnahmen mit Verhaltenskodizes bisher keine Rechtsprechung³⁴⁹ vorliegt, wird im

345 BGH GRUR 2014, 879 (Rn. 13) – »Good News 2«; BGH WRP 2013, 1189 (Ls. a) – »Standardisierte Mandatsbearbeitung«; BGH GRUR 2010, 1117 (Rn. 18) – »Gewährleistungs-ausschluss im Internet«; Köhler/Bornkamm/Köhler, UWG, § 2 Rn. 48.

346 RL 2000/31/EG vom 8.6.2000 über bestimmte rechtliche Aspekte der Dienste der Informationsgesellschaft, insb. des elektronischen Geschäftsverkehrs, im Binnenmarkt.

347 Köhler/Bornkamm/Köhler, UWG, § 2 Rn. 3.

348 Henning-Bodewig, WRP 2011, 1014 (1020); Glöckner, Corporate Social Responsibility, S. 138f.; Köhler begründet den unmittelbaren Zusammenhang zur Absatzförderung bei CSR-bezogenen Werbemaßnahmen mit Erwägungsgrund 7 S. 2 UGP-RL, von dem das Kriterium der ausschließlichen oder zumindest vorrangigen Ausrichtung auf den Verbraucher ausgehe (Köhler, in: Henning-Bodewig/Liebenau, GRUR-Int 2013, 753 (756)).

349 Mit Ausnahme des zuvor angesprochenen Verfahrens gegen LIDL vor dem LG Heilbronn, welches aufgrund eines Vergleiches der Parteien nicht zur Urteilsreife gelangt ist (hierzu: Kapitel 2, I., 3., c)).

Anschluss versucht, anhand vergleichbarer Werbegruppen eine Einordnung der rechtlichen Grundwertungen vorzunehmen. Die konkrete Beurteilung anhand der Tatbestände des UWG erfolgt unter Einbeziehung der Wertungen des Verbraucherleitbildes (Kapitel 4, II., III.).

2. Einordnung des Werbetypus anhand der Reichweite des Produktbezugs

a) Fragestellung

Das Ziel jeder Werbemaßnahme liegt letztlich immer in der Absatzsteigerung. Zur Erreichung dieses Ziels bieten sich dem Werbenden vielfältige Möglichkeiten bei der Auswahl des passenden Werbeverhaltens. Eine grundlegende Differenzierung innerhalb der Erscheinungsformen von Werbung resultiert aus der Frage, ob diese direkt produktbezogene Vorteile anpreist oder letztlich nur mittelbar dem Absatz der Produkte dienen soll. Im Gegensatz zur Werbung mit produktbezogenen Eigenschaften (Qualität, Preis, Merkmale etc.), die zumeist zu einer konkreten Kaufentscheidung führen soll, beabsichtigen nicht produktbezogene Werbemaßnahmen eine subtilere Lenkung von Konsumentenpräferenzen. Die Kaufentscheidung wird erst in einem späteren Schritt durch die Entstehung einer (positiven) Einstellung des Konsumenten zu dem Produkt beeinflusst.

Schon innerhalb dieser groben Einteilung ergeben sich bei der Werbung mit Verhaltenskodizes Unsicherheiten. Auf CSR bezogene Selbstverpflichtungen beziehen sich mehrheitlich auf die Qualität und Art des Herstellungsprozesses und auf die soziale und umweltbewusste Ausrichtung des Unternehmens (bzw. dessen Zulieferern und Tochtergesellschaften). Gerade durch die Abstellung auf Merkmale des Produktionsprozesses besteht aber die Möglichkeit eines Produktbezuges. Denkbar wären damit zwei Varianten der Einteilung dieser sog. »ethischen Kriterien«: Als Merkmale des Unternehmens bzw. der Marke oder als produktbezogene Eigenschaften, welche als zusätzliches Kaufkriterium neben »traditionellen« Kriterien wie Marke, Preis oder Qualität anzusehen wären.

b) Stellungnahme

aa) Einordnung als produktqualitätsbezogene Werbemaßnahme?

Naheliegend wäre es, »ethische Kriterien« innerhalb des Produktionsprozesses in Verbindung mit produktqualitätsbezogenen Eigenschaften der hergestellten Ware zu setzen. In einer älteren Entscheidung des BGH aus dem Jahr 1958 warb ein Hersteller und Vertreiber von Postkarten mit einem besonderen Herstellungsmerkmal, wonach diese Karten von körperlich behinderten Urhebern unter Zuhilfenahme von Mund und Fuß gezeichnet wurden³⁵⁰. Der Gerichtshof sah in dem Herstellungshinweis »ein Leistungselement besonderer Art, welches einer Berücksichtigung bei einer sachlichen Prüfung der angebotenen Ware durchaus zugänglich ist«³⁵¹. In der Folge wurde bei der Interpretation der Entscheidung festgehalten, dass diese besondere Art der Herstellung zwar nicht deren Gebrauchswert steigere, sie aber gleichwohl eine Eigenschaft des beworbenen Erzeugnisses darstelle, mithin ein enger Sachbezug gegeben ist³⁵².

Inwieweit bestimmte Verpflichtungen innerhalb des Herstellungsprozesses als konkrete Eigenschaften des Produktes zu werten sind, kann auch mittels einer losen Anknüpfung an die Wertungen des Beschaffenheitsbegriffes des Sachmängelrechts in § 434 BGB beurteilt werden. Dieser wird zumeist so beschrieben, dass er alle Umstände erfasst, die in irgendeiner Weise mit dem physischen Zustand der Kaufsache zusammenhängen³⁵³. So ist insb. anerkannt, dass der Hinweis auf den ökologischen Anbau eines Lebensmittelproduktes als Hinweis auf die Beschaffenheit anzusehen ist³⁵⁴. Der wesentliche Unterschied zwischen einem Hinweis auf ökologischen Anbau und etwa dem Ausschluss von Kinderarbeit in der Produktherstellung liegt aber darin, dass sich die Art des Anbaus eines Produktes letztlich auch in dessen physischer Zusammensetzung niederschlägt, wohingegen die Wahl der herstellenden Person oder eine

350 BGH GRUR 1959, 277 – »Künstlerpostkarten«.

351 BGH GRUR 1959, 277 (279) – »Künstlerpostkarten«. Später wurde in dem Hinweis auf die Herstellung in der Region ein »Leistungselement besonderer Art« gesehen: BGH GRUR 1995, 742 (744) – »Arbeitsplätze bei uns«; in diese Richtung ebenfalls: BGH NJW 1976, 753 (753) – »UNICEF-Grußkarten«; BGH GRUR 1968, 44 (48) – »Schwerbeschäftigtenbetrieb«.

352 Zabel, Image-Werbung, S. 21.

353 Bamberger/Roth/Faust, BGB Kommentar, § 434 Rn. 27.

354 Zipfel/Rathke/Rathke, Lebensmittelrecht, § 11 LFGB Rn. 97.

besonders umweltfreundliche Fertigungsmethode i. d. R. keinen Einfluss auf den Zustand des Endproduktes hat.

Ob für den Begriff der Beschaffenheit aber gerade gefordert wird, dass ein physischer Zusammenhang zur Kaufsache vorliegen muss, wurde im Rahmen der Schuldrechtsreform bewusst offengelassen³⁵⁵. Entscheidend soll danach vielmehr sein, ob diese Umstände von der Verkehrsanschauung für die Brauchbarkeit und den Wert der Sache von Bedeutung sind³⁵⁶. Eine weitergehende Öffnung hat zudem die Einführung des § 434 I S. 3 BGB bewirkt, wonach durch werbliche Äußerungen auch die Soll-Beschaffenheit des Produktes definiert werden kann.

Jedem Konsumenten sollte grundsätzlich das Recht zustehen, seine Kaufentscheidung für ein bestimmtes Produkt an den Kriterien auszurichten, die er selbst aufgrund eigener Entscheidung für sich als maßgeblich erachtet. Aus dieser Erkenntnis heraus sind dementsprechend auch Wandlungen innerhalb der Einstellung der Konsumenten zu berücksichtigen. So hat sich das Kaufkriterium ethischer oder umweltbezogener Merkmale erst in den letzten zwei Jahrzehnten bei den Konsumenten herausgebildet. Somit liegt es nahe, hierin ein »neues« Kaufkriterium zu sehen, welches losgelöst von bisherigen wie Preis, Qualität oder Marke für den Konsumenten einen Einfluss auf die Kaufentscheidung haben kann³⁵⁷. Dennoch kann dies im Regelfall nicht zu einer Einordnung von Werbemaßnahmen mit Verhaltenskodizes in den Bereich der produktqualitätsbezogenen Werbung führen. Dies hängt gerade mit der konkreten Ausgestaltung von Selbstverpflichtungen zusammen: Nahezu alle Verhaltenskodizes beziehen sich auf das gesamte Unternehmen und sind nicht allein für bestimmte Produkte vorgesehen. Hieraus ergibt sich auch eine gewisse zeitliche und räumliche Distanz zur endgültigen Produktentscheidung. Die Verbindung des Verhaltenskodex mit dem Unternehmen bestimmt daher im Regelfall auch die Einteilung des Werbetypos. In Einzelfällen besteht jedoch innerhalb von Verhaltenskodizes die Möglichkeit, einen Bezug zu einem konkreten Produkt (oder einer Produktgattung) herzustellen, indem in der Selbstverpflichtung »ethische Kriterien« eines bestimmten Produktes oder einer Produktreihe besonders hervorgehoben werden³⁵⁸.

355 BT-Drucks. 14/6040, S. 211f.; MüKo/BGB/ Westermann, Band 3, § 434 Rn. 9.

356 BT-Drucks. 14/6040, S. 212.

357 *Duong Dinh*, Corporate Social Responsibility, S. 27.

358 Dies betrifft insb. den Bezugspunkt der Irreführung durch Angaben über das »Verfahren der Herstellung« in § 5 I Nr. 1 UWG (hierzu: 4. Kapitel, III., 3., a), cc)).

bb) Einordnung in den Bereich unternehmensbezogener Werbung?

Unternehmensbezogene Werbung existiert im Lauterkeitsrecht in Form sog. Aufmerksamkeits- bzw. Imagewerbung. Dieser Typus dient nicht als Werbemittel, um das konkrete Waren- oder Dienstleistungsangebot des Unternehmens hervorzuheben, sondern um den Namen des Werbenden bekannt zu machen oder dessen Verkehrsbekanntheit zu steigern und damit mittelbar den Absatz zu fördern³⁵⁹. Bei der Aufmerksamkeitswerbung wird verstärkt auf psychologische Markendifferenzierung gesetzt, indem diese Marke mit einem bestimmten (positiven) Gefühl belegt wird³⁶⁰. So soll das Markenimage die Basis für einen emotionalen oder sozialen Zusatznutzen liefern, der dem (später) abzusetzenden Produkt eine sportliche, prestigeträchtige³⁶¹ oder eben verantwortungsvolle umweltbewusste oder soziale Prägung verleiht.

Mittels Veröffentlichung eines Verhaltenskodex wird eine besondere Verantwortung des gesamten Unternehmens ggü. hierfür sensibilisierten Konsumenten dargestellt. Diese Werbemaßnahme ist grundsätzlich nicht mit einer konkreten Konsumauflorderung verbunden, sondern bezweckt nur eine Änderung oder (positive) Verstärkung der Haltung des Konsumenten zur Marke. Die Veröffentlichung eines Verhaltenskodex ist damit i. d. R. als unternehmensbezogene Werbemaßnahme zu deklarieren³⁶².

c) Zwischenergebnis

Auch aufgrund der Vielzahl möglicher Inhalte in Verhaltenskodizes sind für die Werbung mittels Selbstverpflichtungen die fließenden Übergänge von produkt- und unternehmensbezogener Werbung kennzeichnend. Dies ist jedoch nicht ungewöhnlich: So hat auch der BGH bereits eingeräumt, dass auch die allgemeine Firmenwerbung – mittelbar – den Absatz der Produkte fördern kann und soll so wie umgekehrt die Produktwerbung immer auch Firmenwerbung ist³⁶³. Insbesondere im Rahmen der Tatbestände des § 5 UWG ist daher stets auf den Einzelfall abzustellen. Für die Beurteilung der Werbewirkung

359 Köhler/Bornkamm/*Köhler*, UWG, § 2 Rn. 50.

360 *Zabel*, Image-Werbung, S. 24.

361 *Schweiger/Schrattenecker*, Werbung, S. 27.

362 Im Ergebnis ebenso für eine Einteilung als unternehmensbezogene Werbung: Köpke/Röhr/*Kocher*, Codes of Conduct, S. 172.

363 BGH NJW 1992, 2964 (2964) – »Pharma-Werbespot«.

generell wird dagegen auf den Schwerpunkt der Werbemaßnahme abgestellt: Dieser liegt in der Förderung der Identifikation und Beliebtheit der Marke selbst und der Gewinnung neuer Konsumenten, für die eine verantwortungsvolle Ausrichtung des Unternehmens von Bedeutung ist.

Die klassische Imagewerbung³⁶⁴ verwendet Strategien der Emotionalisierung, ohne zugleich nachprüfbare Qualitätsversprechen zu geben³⁶⁵. Im Gegensatz dazu wird bei beworbenen Selbstverpflichtungen der Unternehmen zwar das Verantwortungsgefühl der Werbeadressaten angesprochen, dies geschieht jedoch durch Vermittlung konkreter Informationen über das Unternehmen und dessen Grundsätze. Zum Teil wird im Rahmen der Imagewerbung noch eine weitere Unterteilung vollzogen: Danach soll als Imagewerbung eine Werbemaßnahme bezeichnet werden, die ein intuitives Vorstellungsbild erzeugt, welches auf Assoziationen und gefühlhaften Anmutungen beruht (Konnotationen)³⁶⁶. Sofern die Markenbewertung dagegen durch sachhaltige, objektiv nachprüfbare Informationen (Denotationen) hervorgerufen wird, prägt dies die Einstellung des Werbeadressaten zur Marke, weswegen dann von sog. Einstellungswerbung gesprochen wird³⁶⁷.

Durch die Vermittlung von Informationen über unternehmerische Grundsätze soll eine positive Markenbewertung bei dem Werbeadressaten hervorgerufen werden. Der hier verwendete Werbetypus kann daher schwerpunktmäßig als unternehmensbezogene Kommunikation in Form der Einstellungswerbung eingeordnet werden.

3. Die Wirkungsweise von Werbemaßnahmen mit Verhaltenskodizes

Die lauterkeitsrechtliche Beurteilung von Werbemaßnahmen hängt schlussendlich davon ab, inwieweit diese einen vom Gesetz her nicht gewollten Einfluss auf die Konsumentenentscheidung ausüben. Zur Beurteilung der unlauteren Einflussnahme ist daher die Untersuchung der Wirkungsweise dieses Werbetypus als Ausgangspunkt zwingend. Einleitend erfolgt noch eine kurze Betrachtung der Hintergründe, weshalb Unternehmen heute verstärkt auf un-

364 Die Judikatur des für die vorliegende Arbeit relevanten Bereiches der Imagewerbung wird in einem getrennten Abschnitt bearbeitet: 4. Kapitel, I., 4., b).

365 *Ewert*, Umweltwerbung, S. 41; *Reichold*, WRP 1994, 219 (220).

366 *Schweiger/Schrattenecker*, Werbung, S. 25.

367 Ebenda (m. w. N.); *Ewert*, Umweltwerbung, S. 44.

ternehmensbezogene Werbemaßnahmen in ihrer Außendarstellung zurückgreifen.

a) Marktbedingte Hintergründe

Ein Konsument trifft eine Entscheidung zugunsten eines bestimmten Produktes dann, wenn er bei diesem nach Abwägung der für ihn relevanten Kaufkriterien den höchsten Kosten-Nutzen-Wert vermutet. Gerade im Vergleich zu den späten Nachkriegsjahren, in denen das Wachstum der Märkte durch eine große Nachfrage bestimmt war, zeichnen sich speziell die Absatzmärkte von Konsumgütern in heutiger Zeit durch ein starkes Überangebot an Produkten und ein tatsächlich geringes Risiko bei der Produktauswahl aus. In vielen Branchen sind sog. »gesättigte Märkte« entstanden. Diese kennzeichnen sich dadurch, dass eine Vielzahl der angebotenen Produkte praktisch »ausgereift« ist und sich hinsichtlich Qualität, Geschmack, Brauchbarkeit oder Preis nur geringfügig unterscheidet³⁶⁸. Schon 1989 sollten damaligen Untersuchungen zufolge 75 % aller Branchen in Japan, Westeuropa und den USA als »gesättigt« gelten³⁶⁹. Der Effekt wurde durch die Globalisierung nochmals verstärkt, indem die Anzahl von Anbietern eines bestimmten Produktes deutlich gestiegen ist. Gerade in Phasen stagnierenden Wirtschaftswachstums besteht die Gefahr einer Schrumpfung dieser Märkte mit den für Unternehmen einhergehenden Schwierigkeiten, einen ausreichenden Produktabsatz weiterhin zu gewährleisten.

In derartigen Branchen ändern sich die Mechanismen des Marktes grundlegend. Um sich auf dem Markt weiter behaupten zu können, sind Produktanbieter gezwungen, beim Konsumenten neuen Bedarf zu »kreieren«. Dies erfolgt häufig durch Produktentwicklung, die dem Konsumenten neue Nutzungserlebnisse ermöglichen soll. Als Beispiel kann hier etwa die Branche der TV- und Multimediahersteller genannt werden, in der in regelmäßigen Abständen neuer Bedarf durch Produktentwicklung (aktuell: sog. Ultra-HD Fernseher oder gebogene Displays) generiert wird.

Als Alternative (bzw. sofern eine technische Weiterentwicklung nicht möglich ist) ergibt sich für das Unternehmen durch Marketingmaßnahmen die

³⁶⁸ Schweiger/Schrattenecker, Werbung, S. 27; Meister, WRP 2009, 1043 (1054); Zabel, Image-Werbung, S. 12; Hartwig, WRP 1997, 825 (827).

³⁶⁹ Harrigan, Unternehmensstrategien, S. 23.

Möglichkeit, Kaufanreize zu steuern. Entscheidende Elemente sind hier die Einstellung des Konsumenten zu bestimmten Marken und die Vermittlung eines sog. emotionalen oder sozialen Zusatznutzens³⁷⁰, um eine psychologische Produktdifferenzierung zu bewirken³⁷¹. So wird der Reputationsausbau bzw. Imagegewinn als wichtigste vorökonomische Erfolgswirkung von CSR angesehen³⁷².

b) Wirkungsweise von CSR in Bezug auf das Markenimage

Inzwischen ist anerkannt, dass CSR einen Faktor darstellt, mit dem Unternehmen Einfluss auf das eigene Image ausüben können³⁷³. Die Veröffentlichung eines Verhaltenskodex ist letztlich nur eine Ausprägung sog. Werbung mit der eigenen Verantwortung. Die subtile Wirkungsweise der unternehmensbezogenen Werbung zeichnet sich insb. durch die Erweckung von Aufmerksamkeit und der hieraus resultierenden Einstellung zur Marke aus³⁷⁴. In der Folge sympathisiert der Konsument mit dem Unternehmen und wird das entsprechende Markenimage unbewusst bei seinen späteren Kaufentscheidungen berücksichtigen³⁷⁵.

Der Konsument entscheidet nach imagebezogenen Faktoren, wenn er entweder kein ausreichendes Interesse an einer Produktauswahl (»Low-Involvement-Kauf«) oder zu wenig Produktkenntnis (»Low-Ability-Kauf«) hat, um auf Basis objektiver Produkteigenschaften auszuwählen³⁷⁶. Alternativ können imagebezogene Kriterien für den Konsumenten auch schon eine ausreichende Bedeutung für eine Kaufentscheidung darstellen. Das Unternehmensimage tritt so an die Stelle anderer Teilinformationen, zeichnet sich in konsumentenpsychologischer Hinsicht durch eine gute Verfügbarkeit aus und kann nur schwer durch andere Informationen überlagert werden³⁷⁷. Es kann damit bei

370 Schweiger/Schrattenecker, Werbung, S. 27.

371 Kroeber-Riel/Gröppel-Klein, Konsumentenverhalten, S. 116.

372 Schiebel/Schneider/Schmidpeter, Corporate Social Responsibility, S. 456.

373 Ellen/Webb/Mohr, Journal of the Academy of Marketing Science, 34 (2), 148; Duong Dinh, Corporate Social Responsibility, S. 44.

374 Zabel, Image-Werbung, S. 31.

375 Ebenda.

376 Schweiger/Schrattenecker, Werbung, S. 27.

377 Duong Dinh, Corporate Social Responsibility, S. 43.

bestimmten Produktgruppen auch zur Entlastung bei der Urteilsbildung führen: Die Fülle von Bedeutungen und Merkmalen komplexer Gegenstände wird auf ein einfaches Bild reduziert und so eine unbequeme, komplizierte Beurteilung vermieden³⁷⁸.

In diesem Zusammenhang wird auch die Unterscheidung zwischen Kompetenz- und CSR-Image angeführt: Während das Kompetenzimage eines Unternehmens die Fähigkeiten des Unternehmens aufzeigt (bspw. hinsichtlich Produktqualität) und hierdurch eine Kundenzufriedenheit vornehmlich über den Einsatz kognitiver Faktoren erreichen kann, spiegelt das CSR-Image die »Persönlichkeit« des Unternehmens wider und wirkt dagegen über einen affektiven Einfluss auf die Loyalität, namentlich auf die Identifikation des Konsumenten mit dem Unternehmen³⁷⁹. Inwieweit die Identifikation mit dem Unternehmen mittels kognitiver oder affektiver Faktoren erfolgt, hängt zugleich aber auch mit dem Konsumententypus und der Art der Informationsvermittlung zusammen. Wenn dem Konsumenten nur im Rahmen von Produktwerbung ein Hinweis auf die eigenen Unternehmensgrundsätze gegeben wird, geschieht diese Beeinflussung zumeist affektiv ohne aktive Auseinandersetzung mit dieser vermittelten Information. Dagegen nimmt der Konsument, der aktiv versucht, etwa mittels Vergleichsportalen im Internet³⁸⁰, Unternehmen nach verantwortungsvollen Grundsätzen und diesbezüglichen weiteren Informationen zu differenzieren, diese Daten kognitiv wahr. Dies kann schließlich auch zu einer bewussten Einstellungsänderung der Marke ggü. führen. Verhaltenskodizes können daher sowohl kognitiven als auch affektiven Einfluss auf den Konsumenten ausüben.

c) Zwischenergebnis: Einfluss auf die Konsumentenentscheidung

Es gilt mittlerweile als gesichert, dass Konsumenten bei ihrer Kaufentscheidung immer stärker die Geschäftspraktiken und wahrgenommenen Werte eines Unternehmens berücksichtigen³⁸¹. Viele Studien belegen eine positive Beeinflussung des CSR-bezogenen Unternehmensimages auf die Evaluation

378 Schweiger/Schrattenecker, Werbung, S. 27.

379 Duong Dinh, Corporate Social Responsibility, S. 251.

380 Ein diesbezüglich populäres Portal ist bspw.: <http://www.fairness-check.de/default.aspx>.

381 Schiebel/Schneider/Schmidpeter, Corporate Social Responsibility, S. 457.

und Kaufabsicht von Produkten³⁸². So führen viele Unternehmen, die in den Medien und seitens der Konsumenten mit verantwortungsvollen Geschäftspraktiken in Verbindung gebracht werden, ihren Erfolg zum großen Teil auf die Markentreue der Konsumenten, die die Werte des Unternehmens unterstützen, zurück³⁸³. Diese Markentreue kann sich aber auch umgekehrt niederschlagen, sodass laut einer Umfrage 81 % der Konsumenten bereit sind, untermittelschließlich verantwortungsbewusste Unternehmen »wahrscheinlich« oder »auf jeden Fall« zu boykottieren³⁸⁴.

Käufer haben also zunehmend ein Interesse daran, wie die Produkte hergestellt werden und legen Wert auf die Einhaltung bestimmter Umwelt- und Sozialstandards sowie die Anerkennung der Menschenrechte³⁸⁵.

Wie stark der Konsument aber von dieser Interessenlage auch seine (im Lauterkeitsrecht maßgebliche) Kaufentscheidung abhängig macht, hängt hauptsächlich davon ab, wie viel ihm dieses verantwortungsvolle Image im Einzelfall »wert ist«, welche anderen zusätzlichen Kriterien er seiner Produktentscheidung zugrunde legen will und wie er diese gewichtet. Die erste Frage lässt sich in rechtlicher Hinsicht mit der Entscheidung über den zu beachtenden Verkehrskreis beantworten³⁸⁶. Die zweite Fragestellung hängt vornehmlich mit dem Produkttypus und dem Werbemedium im Einzelfall zusammen³⁸⁷.

4. Rechtliche Beurteilung korrespondierender Werbegruppen

a) Korrespondierende Werbegruppen in der Rechtspraxis

Mittels Veröffentlichung oder Hinweis auf einen eigenen Verhaltenskodex verbreitet ein Unternehmen Informationen über selbst auferlegte Verpflichtungen. Auch wenn das Instrument Verhaltenskodex an sich einen relativ neuen Ansatz darstellt und sich erst in den letzten Jahren exponentiell verbreitet hat, gibt es Werbegruppen, die sich durch eine vergleichbare Interessenlage der

382 *Duong Dinh*, Corporate Social Responsibility, S. 79 (m. w. N.).

383 *Schiebel/Schneider/Schmidpeter*, Corporate Social Responsibility, ebenda. In der Vergangenheit haben insb. Werbemaßnahmen mit Umweltgesichtspunkten teilweise zu erheblichen Umsatzsteigerungen geführt, vgl. *Kisseler*, WRP 1994, 149 (152).

384 *imug*, CSR Informationsbedarf, S. 43; *Rommelspacher*, CSR aus Konsumentensicht, S. 3.

385 BT-Drucks. 14/9200, S. 175.

386 Hierzu: 4. Kapitel, III., 3., b), aa).

387 Hierzu: 4. Kapitel, III., 3., b), bb).

Unternehmen auszeichnen und eine ähnliche Schutzbedürftigkeit bei dem Werbeaddressaten hervorrufen. Hierunter fallen sog. Werbemaßnahmen mit Hinweisen auf die Förderung altruistischer Zwecke, vornehmlich im Bereich des Sponsorings (wie Umweltschutz, soziales Engagement) oder Marketing mittels Appellen an die soziale oder ökologische Verantwortung.

Da zum jetzigen Stand noch keine auswertbare Rechtsprechung zu Werbemaßnahmen mit Verhaltenskodizes vorliegt, wird für die Beurteilung der Zulässigkeit ein partieller Rückgriff auf diese Werbemaßnahmen notwendig. Zunächst erfolgt ein Überblick über die rechtliche Behandlung dieser Werbearten. Im Rahmen der rechtlichen Beurteilung im nächsten und übernächsten Abschnitt³⁸⁸ wird bei Bedarf auf die Wertungen der Rechtsprechung zu diesen Werbemaßnahmen zurückgegriffen.

b) Die Entwicklung dieser Fallgruppen in der Rechtsprechung

Die Rechtsprechung hat die Gemeinsamkeit dieser Werbegruppen darin gesehen, dass mittels Anregung von Gefühlen die Einstellung des Konsumenten zur Marke oder dem einzelnen Produkt beeinflusst wird. In dem Versuch, sog. immaterielle Bedürfnisse beim Konsumenten zu wecken, sieht die Rechtsprechung die vielfältigsten Emotionen angesprochen: Gefühle, Wünsche, Wertvorstellungen, Triebe, Motive, Ziele, Hoffnungen, Tabus, Ressentiments, Vorurteile etc. Der Bereich der Werbung mittels »Ansprache« der Wertvorstellungen des Konsumenten stellt daher letztlich nur einen Ausschnitt aus einer Werbegruppe dar, die seitens der Rechtsprechung lange Zeit unter den Begriff der »gefühlsbetonten Werbung« zusammengefasst wurde. Innerhalb dieser Werbegruppe haben sich seit der Jahrtausendwende erhebliche Entwicklungen in der Judikatur vollzogen, die nachfolgend mit dem Schwerpunkt auf das Ansprechen des Verantwortungsgefühls des Konsumenten dargestellt werden.

³⁸⁸ Irreführungsunabhängige Informationspflichten im Rahmen des § 5a (4. Kapitel, II) und aktive Irreführung nach den § 3 III Nr. 1, 2 und § 5 (4. Kapitel, III).

aa) Ursprüngliche Beurteilung

Die zunächst gefestigte Rechtsprechung des BGH³⁸⁹ war von dem Grundsatz geprägt, dass ein im Eigeninteresse handelndes Unternehmen gegen die guten Sitten verstößt (§ 1 UWG a. F.³⁹⁰), wenn es mit seiner Werbung zielbewusst und planmäßig an die Hilfsbereitschaft, das Mitleid oder das soziale Verantwortungsgefühl des Konsumenten appelliert, ohne dass ein sachlicher Zusammenhang zwischen dem in der Werbung angesprochenen Engagement und der beworbenen Ware oder Dienstleistung besteht³⁹¹. In früheren Urteilen wurde auch noch explizit beanstandet, der Konsument trafe durch diese Werbemaßnahme seine Produktentscheidung nicht mehr nach sachlichen (sprich objektiven) Gesichtspunkten des Leistungswettbewerbs, wie Preis, Bedarf und Qualität, sondern nach sog. »unsachlichen« Erwägungen³⁹². In weiteren Urteilen konzidierte die Rechtsprechung zwar, dass es zum Bild der modernen Werbung gehöre, auch den emotionalen Bereich des Konsumenten anzusprechen, und sah in der Folge auch nicht mehr jedes Wecken von Gefühlsregungen als wettbewerbswidrig an³⁹³. Dennoch hatte sich eine aus heutiger Sicht stark kritisierte Rechtsprechung herausgebildet, die nach aktueller Beurteilung »harmlose« Werbemaßnahmen unter diesem Gesichtspunkt verboten hat. So wurde die Werbemaßnahme eines Schnellimbiss-Restaurants als wettbewerbswidrig beurteilt, in der dieses – wahrheitsgemäß – versprochen hatte, die Einnahmen aus einem bestimmten preisgünstigen Produkt an ein Kinderhilfswerk zu spenden³⁹⁴. Dem Gerichtshof nach lenke diese Werbung vom »Leistungswettbewerb« ab und beeinflusse das Käuferverhalten in unsachgemäßem, nicht durch die angebotene Leistung bestimmte Weise³⁹⁵. Genauso wurde der werbliche Appell eines Möbelhauses, an einem bestimmten Tag dort einzukaufen,

389 So die ständige Rechtsprechung: BGH WRP 1999, 1141 (1143) – »Generika Werbung«; BGH WRP 1995, 487 (488) – »Arbeitsplätze bei uns«; BGH GRUR 1991, 545 (545) – »Tageseinnahmen für Mitarbeiter«; BGH GRUR 1990, 542 (543) – »Biowerbung mit Fahrpreiserstattung«; BGH NJW-RR 1987, 991 (991) – »McHappy Tag«.

390 Im heutigen Gesetzestext des UWG entspräche diese Fallgruppe der unzulässigen Beeinflussung i. S. d. § 4a I S. 2 UWG. Zu den im Rahmen des § 4 Nr. 1 UWG a. F. ehemals subsumierten Fallgruppen nach neuem Recht: Scherer, GRUR 2016, 233 (234).

391 Seichter, WRP 2007, 230 (231).

392 BGH NJW-RR 1987, 991 (992) – »McHappy Tag«.

393 Seichter, WRP 2007, 230 (231).

394 BGH WRP 1987, 553 – »McHappy Tag«.

395 BGH WRP 1987, 553 (553) – »McHappy Tag«.

weil sämtliche Tageseinnahmen an die Mitarbeiter verteilt würden, vom Gerichtshof als wettbewerbswidrig beurteilt³⁹⁶. Die Instanzgerichte legten ihren Entscheidungen die Linie des BGH zugrunde: So hatte das OLG Stuttgart die Werbemaßnahme eines Schokoladenherstellers zu bewerten³⁹⁷. Dieser hatte jede Schokoladenpackung einer gefährdeten Tierart gewidmet und zugleich auf das diesbezügliche Engagement des WWF hingewiesen. Die Werbemaßnahme wurde als wettbewerbswidrig gewertet, da der Hersteller hierbei an das Umweltengagement der Verbraucher appelliere, dieses für den Absatz ihrer Produkte und für ihre Imagepflege einspanne und ein sachlicher Zusammenhang des Umweltbezuges zu den Produkten nicht bestehe³⁹⁸.

Den Hauptgrund für einen Wettbewerbsverstoß sah die Rechtsprechung zumeist nicht in einer Eignung zur Irreführung³⁹⁹, sondern in einer mittels Ansprache des Mit- oder Verantwortungsgefühls unzulässigen Beeinflussung durch die anstelle des »Leistungswettbewerbs« die Hilfsbereitschaft der Verbraucher ausgenutzt würde⁴⁰⁰. Der Verstoß gegen den lauteren Wettbewerb wurde danach unabhängig davon angenommen, ob die Unterstützung tatsächlich geleistet – die Werbemaßnahme mithin der Wahrheit entsprach – oder nur behauptet wurde.

Die Inkonsistenz der Rechtspraxis zeigte sich schließlich offenkundig vor dem Hintergrund der unter dem Stichwort Schockwerbung diskutierten Werbemaßnahme der Marke Benetton: Hier hatte der Textilhersteller auf Plakaten mit provokanten Motiven wie einer auf einem Ölteppich schwimmenden ölverschmutzten Ente oder schwer arbeitenden Kleinkindern in der sog. Dritten Welt geworben. Der Gerichtshof sah in den Werbemotiven eine sittenwidrige Wettbewerbsmaßnahme, da mittels Darstellung schweren Leids das Mitgefühl beim Verbraucher angesprochen und zugleich eine Solidarisierung des Konsumenten mit dem werbenden Unternehmen hergestellt werde⁴⁰¹. Unabhängig von der Frage, inwieweit derartige Werbemaßnahmen geeignet sind,

396 BGH GRUR 1991, 545 – »Tageseinnahmen für Mitarbeiter«.

397 OLG Stuttgart WRP 1999, 456 – »Schokolade für die Umwelt«.

398 OLG Stuttgart WRP 1999, 456 (456) – »Schokolade für die Umwelt«.

399 So aber etwa: OLG Köln NJW-RR 1993, 812 (Ls 1) – »Werbung mit Hinweis auf Umweltmanagement«.

400 OLG Hamburg GRUR 1987, 386 (386) – »Bäumchen-Aktion«.

401 BGH NJW 1995, 2488 (Ls.) – »Ölverschmutzte Ente«; BGH: GRUR 1995, 595 – »Kinderarbeit«.

den Absatz des Unternehmens zu fördern⁴⁰², wurde jedoch zu Recht gefragt, wo die Grenze zwischen zulässiger und sittenwidriger Gefühlsansprache liege. So wurde vermehrt kritisiert, dass »wenn Sonnenschein, Urlaubsglück, unbeschwerte Jugend oder erotische Attraktion bislang die Image-Werbung mit Gefühlen und Stimmungen dominierten und trotz fehlender Sachbezogenheit wegen ihrer ›netten Harmlosigkeit‹ keine Unlauterkeitsdebatte auslösten, sich an der rechtlichen Beurteilung doch nichts deswegen ändern kann, weil plötzlich erschreckende Realität auf farbigem Glanzpapier den Betrachter überfällt«⁴⁰³. Bei einer konsequenten Anwendung dieser höchstrichterlichen Rechtsprechung müsste man daher tatsächlich zu dem fragwürdigen Ergebnis kommen, einem Unternehmen eine Werbemaßnahme aufgrund des (damals) erforderlichen fehlenden Sachzusammenhangs verbieten zu müssen, in der die Kunden dazu aufgerufen werden, Zivilcourage zu beweisen und sich gegen Rechtsextremismus zu engagieren⁴⁰⁴. Denn all diesen Werbemaßnahmen ist gemein, dass der Konsument sich zuerst mit einem – positiven oder negativen – Attribut bzw. Zusatznutzen identifiziert, ehe es zum Rückschluss von der verinnerlichten Wertvorstellung auf das werbende Unternehmen kommen soll⁴⁰⁵. Diese partiell strenge Beurteilung gefühlsbetonter Werbemaßnahmen konfrontierte die Rechtsprechung letztlich mit dem Vorwurf, das soziale Engagement von Unternehmen zu verhindern⁴⁰⁶.

bb) Ursachen für die Liberalisierung in der Rechtsprechung

Für die Liberalisierung dieser bis dato gefestigten Rechtsprechung zur Jahrtausendwende waren insb. zwei Faktoren ausschlaggebend:

402 Tatsächlich hatte das Unternehmen Benetton einen massiven Umsatzrückgang nach der öffentlichen Diskussion über diese Werbemaßnahmen zu beklagen. Hierzu: *Kießling/Kling*, WRP 2002, 615 (619). Dies zeigte sich auch daran, dass einige Händler (erfolglos) ggü. dem Hersteller Benetton Klage aufgrund des Umsatzrückgangs wegen schockierender Werbemaßnahmen eingereicht hatten (BGH NJW 1997, 3304 – »Benetton I«).

403 *Hartwig*, WRP 1997, 825 (835, m. w. N.).

404 *Hartwig*, WRP 1997, 825 (834); *Kießling/Kling*, WRP 2002, 615 (620); so die rechtlich nicht beanstandete Werbekampagne der Marke Timberland: »Anreten gegen Haß« aus dem Jahr 1994.

405 *Hartwig*, WRP 1997, 825 (834).

406 So der Aufsatz von: *Lange*, WRP 1999, 893.

(1) Das europäische Verbraucherleitbild

Auch wenn dieser Aspekt in keiner höchstrichterlichen Entscheidung direkt zum Ausdruck gekommen ist, hatte der Wandel des geltenden Verbraucherleitbildes einen Einfluss auf ein verstärktes Hinterfragen der hergebrachten Rechtsprechung. Zu dieser Zeit wurde als Maßstab für die Beurteilung der Beeinflussung der Marktgegenseite der flüchtige und unkritische Verbraucher angesehen. Mit der Vorgabe eines neuen Verbraucherleitbildes durch den EuGH und der hierauf folgenden Adaption durch die deutsche Rechtsprechung war fortan der sog. durchschnittlich informierte, aufmerksame und verständige Verbraucher Maßstab, der das Werbeverhalten mit einer der Situation angemessenen Aufmerksamkeit verfolge⁴⁰⁷. Dieses Verbraucherleitbild lag bereits dem französischen und englischen Recht zugrunde und beruht letztlich auf einer Abwägung zwischen den Gefahren einer Wettbewerbsmaßnahme für den Verbraucher einerseits und den Erfordernissen des freien Waren- und Dienstleistungsverkehrs andererseits⁴⁰⁸. Augenscheinlich liegt die Annahme einer unangemessenen Beeinflussung des Verbrauchers nach dem alten Leitbild zumindest näher als nach heutiger Ansicht. Ein striktes Verbot gefühlbetonter Werbemaßnahmen in diesem Bereich verträgt sich nicht mit dem neuen Verbraucherleitbild⁴⁰⁹.

(2) Die Bedeutung des Art. 5 I GG

Maßgeblichen Einfluss hatte aber die durch das BVerfG erfolgte Konkretisierung der Pressefreiheit des Art. 5 I S. 2 Alt. 1 GG, welche grundsätzlich auch Werbemaßnahmen als Meinungsäußerungen Dritter (des Werbenden) erfasst⁴¹⁰. So wurden mehrere Entscheidungen des BGH zu dieser Zeit im Rahmen der Verfassungsbeschwerde vom BVerfG überprüft und letztlich verworfen. Ausgangspunkt war das genannte Verfahren im Fall »Benetton«: Das BVerfG rügte, dass die Bedeutung und Tragweite der Pressefreiheit vom BGH nicht zutreffend erkannt wurde, und verwarf letztlich dessen Entscheidung⁴¹¹.

407 EuGH GRUR 2003, 533 (Rn. 55) – »Pippig Augenoptik/Hartlauer«; EuGH EuZW 2000, 286 (Ls. 1) – »Estée Lauder Cosmetics/Lancaster Group«.

408 Köhler/Bornkamm/Köhler, UWG, § 1 Rn. 22.

409 Heermann, JZ 2006, 318 (320); Schmidt, ZUR 2006, 311 (313).

410 BVerfG WRP 2001, 129 (Ls. 1, 133) – »Benetton«.

411 BVerfG WRP 2001, 129 (135) – »Benetton«.

Bestätigt und weitergeführt wurde diese Haltung des BVerfG danach noch im Rahmen des Verfahrens »Tier- und Artenschutz«⁴¹². Um eine Einschränkung der Meinungsfreiheit zu rechtfertigen, müsste die angegriffene werbliche Äußerung nach den Umständen des Einzelfalls derart schwerwiegend sein, dass eine Gefährdung des Leistungswettbewerbs bestehe⁴¹³. Denn den Bürgern stehe es »gem. Art. 2 I GG grundsätzlich frei, (zu entscheiden) auf Grund welcher Motive sie am rechtsgeschäftlichen Verkehr teilnehmen⁴¹⁴«. Daher bedarf die Einordnung einer Werbung als sittenwidrig einer plausiblen Begründung, wenn die Anbieter der Leistungen sich nicht nur auf Angaben zu Preis und Qualität beziehen, sondern durch weitere Informationen zum Kauf motivieren wollen⁴¹⁵. Aus diesen Erwägungen lässt sich ergänzend herauslesen, dass sich moderne Werbung nicht mit der klassischen Vorstellung eines »Leistungswettbewerbs« zwischen verschiedenen Anbietern, bezogen auf einen objektiven Vergleich durch Preis, Qualität, Konditionen und Service, vereinbaren lässt⁴¹⁶.

cc) Der heutige Schwerpunkt rechtlicher Einordnung

Das BVerfG hatte in aller Deutlichkeit erklärt, dass die »Altruismusthese« samt »Sachlichkeitsgrundsatz« – also die rechtliche Ungleichbehandlung (wahrheitsgemäßer) egoistischer und altruistischer Gefühlsansprache bei fehlendem sachlichen Zusammenhang – nicht länger haltbar ist, denn ein Großteil heutiger Werbung ist durch das Bestreben gekennzeichnet, durch gefühlbetonte Motive Aufmerksamkeit zu erregen und Sympathie zu gewinnen⁴¹⁷. Als eines der ersten Gerichte hat das OLG Hamburg auf die Entscheidungen des BVerfG reagiert und das Werbeversprechen eines Unternehmens, für jeden verkauften Gegenstand einen – nicht konkretisierten – Beitrag an eine gemeinnützige

412 BVerfG GRUR 2002, 455 – »Tier- und Artenschutz«.

413 Ebenda, Ls. 2.

414 Ebenda, S. 457.

415 Ebenda.

416 *Kießling/Kling*, WRP 2002, 615 (618). In diese Richtung hatte der BGH auch selbst schon im Rahmen eines früheren Urteils argumentiert, als er feststellte, dass es »mit den Grundsätzen des Leistungswettbewerbes nicht in Widerspruch stehe, wenn der Werbende die positiven Seiten eines Produktes oder dessen Herstellung bewerbe«, vgl. BGH WRP 1996, 290 (292).

417 BVerfG GRUR 2002, 455 (456) – »Tier- und Artenschutz«; *Hartwig*, WRP 2003, 582 (586).

Organisation weiterzuleiten, als im Regelfall nicht zu beanstanden gewertet⁴¹⁸. Als Reaktion auf die Zurückweisung durch das BVerfG in der Rechtssache »Tier- und Artenschutz« gab der BGH die bisherige Rechtsprechung zur gefühlsbetonten Werbung – resp. das Erfordernis eines sachlichen Zusammenhangs – in eindeutiger Weise auf. Nach dem neuen Verständnis des Gerichtshofs kann nunmehr »eine Werbeaussage [...] nicht schon dann als unlauter angesehen werden, wenn das Kaufinteresse durch Ansprechen des sozialen Verantwortungsgefühls, der Hilfsbereitschaft, des Mitleids oder des Umweltbewusstseins geweckt werden soll, ohne dass ein sachlicher Zusammenhang zwischen dem in der Werbung angesprochenen Engagement und der beworbenen Ware besteht«⁴¹⁹.

Im Rahmen der Verfahren »Regenwaldprojekt I«⁴²⁰ und Regenwaldprojekt II⁴²¹ festigte und konkretisierte der BGH in der Folge die neue Linie der Rechtsprechung. Hier hatte ein Brauereiunternehmen damit geworben, mit jedem – in einem speziellen Zeitraum verkauften – Kasten Bier 1 m² Regenwald nachhaltig zu schützen. Der Gerichtshof sah die »freie Entscheidung des Verbrauchers regelmäßig nicht dadurch gefährdet, dass seine Kaufentscheidung nicht auf ausschließlich wirtschaftlichen Überlegungen, sondern auch auf der Möglichkeit beruht, sich durch die vom Unternehmer versprochene Förderung eines Dritten mittelbar für das damit verbundene Ziel zu engagieren«⁴²². Die Schwelle zur Unlauterkeit nach § 4 Nr. 1 UWG a. F. (nunmehr in § 4a I S. 2 UWG geregelt⁴²³) werde erst überschritten, »wenn der Einfluss ein solches Ausmaß erreicht, dass er die freie Entscheidung des Verbrauchers zu beeinträchtigen vermag⁴²⁴«. Davon konnte im Streitfall aber nicht ausgegangen werden, »denn es bleibt der freien Entschließung des Verbrauchers überlassen, ob er sich bei seiner Kaufentscheidung von dem Engagement des Unternehmers beeinflussen lässt⁴²⁵«.

418 OLG Hamburg GRUR-RR 2003, 51 (Ls.) – »Bringt die Kinder durch den Winter«.

419 BGH GRUR 2006, 75 (Ls. 1) – »Artenschutz«.

420 BGH GRUR 2007, 247 – »Regenwaldprojekt I«.

421 Ebenda; BGH GRUR 2007, 251 – »Regenwaldprojekt II«.

422 BGH GRUR 2007, 247 (Rn. 21) – »Regenwaldprojekt I«.

423 Zu dem neuen Tatbestand und den Fallgruppen des alten Rechts: Scherer, GRUR 2016, 233; Köhler, NJW 2016, 593.

424 BGH GRUR 2007, 247 (Rn. 21) – »Regenwaldprojekt I«.

425 Ebenda.

c) Zwischenergebnis

Spätestens mit den Entscheidungen des Gerichtshofs in den beiden Verfahren »Regenwaldprojekt I und II« ist die Annahme einer unsachgemäßen Beeinflussung des Konsumenten gem. § 4 Nr. 1 UWG [a. F. nunmehr § 4a I S. 2 UWG] durch sozial oder ökologisch motivierte Werbeversprechen nur noch auf wenige Einzelfälle beschränkt⁴²⁶. Den Bürgern steht es »gem. Art. 2 I GG grundsätzlich frei, (zu entscheiden) auf Grund welcher Motive sie am rechts-geschäftlichen Verkehr teilnehmen⁴²⁷«. Der Schwerpunkt heutiger Beurteilung liegt im Bereich der Irreführung und die Fallgruppe »gefühlsbetonter Werbung« wurde praktisch aufgegeben. So statuierte der Gerichtshof in der Urteilsbegründung, dass nunmehr zu prüfen sei, wie der Verkehr die Werbung der Beklagten in Hinblick auf die Art und Weise und den Umfang der Unterstützung zur Sicherung des Regenwaldes auffasse und ob diese Vorstellung sich mit den Unterstützungsleistungen der Beklagten für den Regenwald decke⁴²⁸. Gerade im Bereich der sog. Umweltwerbung wird aber heute weiterhin angemerkt, die Zielsetzung des § 5 UWG verlange, dass insb. im Bereich von Werbeaussagen, die für den Konsumenten nur schwer nachprüfbar sind, an die Richtigkeit und Wahrheit dieser Werbung strenge Anforderungen gestellt werden müssen⁴²⁹.

5. Fazit

Die Werbung mit Verhaltenskodizes kann schwerpunktmaßig dem Bereich der unternehmensbezogenen Werbung in Form der Einstellungswerbung zugeordnet werden. Die bezweckte Wirkung liegt in der Aufwertung der Marke des Unternehmens, welche sich erst sekundär in einer späteren unbewussten Präferenz des Kunden beim Entscheidungsprozess auswirkt. Die positive Beeinflussung einer an CSR-Faktoren ausgerichteten Marke auf die Evaluation und Kaufabsicht von Produkten wurde inzwischen in vielen Studien nachge-

426 So die Feststellung im konkreten Fallbezug auf die besondere Schutzbedürftigkeit Minderjähriger: BGH GRUR 2008, 183 – »Tony Taler«.

427 BVerfG GRUR 2002, 455 (457) – »Tier- und Artenschutz«.

428 BGH GRUR 2007, 247 (Rn. 32) – »Regenwaldprojekt I«.

429 LG Düsseldorf LMRR 2013, 105 (I., 1., a, cc)) – »Die Dose ist grün«; BGH GRUR 1994, 828 (829) – »Unipor Ziegel«.

wiesen⁴³⁰. Teilweise wird dem emotionalen Markenbild sogar ein intensiverer und vor der Sachqualität vorrangiger Wahrnehmungseffekt beigemessen⁴³¹. Bei diesen neuen Werbeformen haben sich die Unternehmen auf Märkte mit geringen Qualitätsunterschieden und die gestiegene Sensibilität der Verbraucher für ökologische und soziale Argumente eingestellt.

Durch das mit der Veröffentlichung und Erwähnung eines Verhaltenskodex indirekt bezeichnete Ansprechen des Verantwortungsgefühls und der Wertvorstellungen des Konsumenten ergeben sich Parallelen zur ehemals von der Rechtsprechung streng gehandhabten Fallgruppe der gefühlbetonten Werbung. Hier ist jedoch inzwischen anerkannt, dass auch ohne einen sachlichen Zusammenhang der Werbung zum Produkt nicht ohne Weiteres eine unzulässige Beeinflussung gem. § 4a I S. 2 UWG vorliegt, wenn das Kaufinteresse nur aus Verantwortungsgefühl, Hilfsbereitschaft oder Mitleid resultiert. Es wird der Entscheidungsfreiheit des Konsumenten überlassen, aufgrund welcher Motive er sich zum Kauf eines Produktes verleiten lassen will. Da Unternehmen in der Folge nach dem Motto »Tue Gutes und rede darüber« in der Werbung Belange der Verantwortung grundsätzlich betonen dürfen, stieg durch diese Liberalisierung auch der wirtschaftliche Anreiz derartiger Werbemaßnahmen⁴³².

Indirekt hat diese Rechtsprechung aber auch zur Folge, dass sog. »weiche Kriterien«⁴³³, wie etwa das verantwortungsvolle Unternehmensimage, als Faktoren der Kaufentscheidung anerkannt werden. Ein »sozialethischer Leistungswettbewerb« wird grundsätzlich positiv gewertet⁴³⁴. Mit der Anerkennung ethischer Faktoren für die Produktentscheidung geht auch deren Schutzwürdigkeit einher, die sich primär auf die Entscheidungsfreiheit der Marktgegenseite bei der Produktauswahl bezieht. Im Zentrum stehen damit das Irreführungsverbot (§ 5 UWG) und Informationsgebot (§ 5a UWG) des Lauterkeitsrechts, welche nachfolgend anhand der Merkmale des Verbraucherleitbildes und unter Rückgriff auf Urteile korrespondierender Werbegruppen

430 Weswegen die Unterscheidung zwischen imagebezogener und produktbezogener Werbung im Bereich des Heilmittelwerbegesetzes als Besonderheit dieses Gebietes zu werten ist (vgl. hierzu: BGH GRUR 2009, 1082 (Rn. 15) – »DegaSmiles & more«).

431 *Meister*, WRP 2009, 1043 (1052).

432 *Schmidt*, ZUR 2006, 311 (312); *Ohly*, GRUR 2004, 889 (897).

433 Im Unterschied zu eindeutig objektiven Kriterien wie: Preis, Qualität, Verfügbarkeit etc.

434 *Fezer/Fezer*, Lauterkeitsrecht, Band 1, Einl. E Rn. 239; *Birk*, GRUR 2011, 196 (197).

für den Bereich der Werbemaßnahmen mit Verhaltenskodizes untersucht werden.

II. Informationspflichten im Rahmen des § 5a UWG

1. Einleitung: Vom Wahrheitsgebot zum Informationsgebot

Die Beurteilung, inwieweit eine Werbemaßnahme nach dem Lauterkeitsrecht als irreführend bewertet wird, lässt sich in zwei Bereiche einteilen: Die aktive Irreführung durch getätigte Äußerungen in der Werbung⁴³⁵ und die Irreführung durch Unterlassen.

Im Lauterkeitsrecht hat das Irreführungsverbot im letzten Jahrzehnt eine umfassende Entwicklung durchlaufen. So enthielt das bis 2004 geltende Gesetz nur einen Tatbestand für irreführende Angaben (§ 3 UWG 1909). Dennoch hatte die Rechtsprechung auch zu dieser Zeit schon angenommen, dass eine Irreführung des Werbeaddressaten auch durch ein Unterlassen erfolgen kann⁴³⁶. In Konsequenz wurde mit der UWG-Reform des Jahres 2004 erstmals ein Tatbestand der Irreführung durch Unterlassen eingeführt (§ 5 II S. 2 UWG 2004). Vor dem Hintergrund der deliktsrechtlichen Tradition des Lauterkeitsrechts und spezieller Informationsgebote in § 4 Nr. 5 und Nr. 6 UWG⁴³⁷ lag eine Irreführung durch Unterlassen jedoch nur dann vor, wenn der Verkehr vom Werbenden eine Aufklärung im Einzelfall erwarten konnte. Ein Informationsgebot war weder vom Gesetzgeber vorgesehen⁴³⁸ noch entnahm die höchstrichterliche Rechtsprechung dies dem Tatbestand⁴³⁹.

Schon zu diesem Zeitpunkt basierte jedoch das europäische Verbraucherlebtbild des informierten und verständigen Marktbürgers auf einem wettbewerbsrechtlichen Informationsmodell, dessen Zielsetzung in der Herstellung

435 Hierzu: 4. Kapitel, III.

436 So bspw.: BGH GRUR 2002, 182 (185) – »Das Beste jeden Morgen«; BGH GRUR 1999, 1122 (1123) – »EG-Neuwagen I«; BGH GRUR 1985, 450 (451) – »Benzinverbrauch«.

437 So die Begründung etwa bei: BGH GRUR 2006, 161 (163) – »Zeitschrift mit Sonnenbrille«.

438 BT-Drucks. 15/1487, S. 20.

439 BGH GRUR 2007, 251 (Rn. 20) – »Regenwaldprojekt II«; BGH GRUR 2007, 247 (Rn. 23) – »Regenwaldprojekt I«; BGH GRUR 2006, 161 (Rn. 27) – »Zeitschrift mit Sonnenbrille«.

von Markttransparenz liegt⁴⁴⁰. Die UGP-RL machte dies in Art. 7 deutlich und bewirkte mit ihrer Umsetzung in den Jahren 2008 und 2015 in § 5a UWG eine gravierende Änderung hin zu einem Informationsgebot. Innerhalb des § 5a UWG wird nunmehr zwischen dem Verschweigen (§ 5a I UWG) und Vorenthalten (§ 5a II UWG) einer Information unterschieden. Während § 5a I UWG letztlich nur den ursprünglichen Tatbestand der Irreführung durch Unterlassen übernimmt und auch im *B2B*-Verhältnis anzuwenden ist, setzt § 5a II-VI UWG die Erfordernisse des Art. 7 II, IV, V UGP-RL um und normiert ausschließlich ggü. dem Verbraucher⁴⁴¹ Informationspflichten. § 5a III und § 5a IV UWG konkretisieren dabei das in § 5a II S. 1 UWG entscheidende Merkmal der »Wesentlichkeit« einer Information⁴⁴². Die Absätze wurden im Zuge der UWG-Novelle 2015 inhaltlich nicht modifiziert⁴⁴³. Vollkommen neu gefasst sind dagegen die Absätze V und VI, welche wiederum das Tatbestandsmerkmal des »Vorentaltens« einer Information präzisieren⁴⁴⁴. Es entspricht der ganz herrschenden Meinung, dass § 5a II UWG keine tatsächliche Fehlvorstellung des Werbeaddressaten voraussetzt, sondern nur auf das Vorentalten einer für den Verbraucher wesentlichen Information abstellt, die für ihn Relevanz bezüglich seiner Konsumententscheidung besitzt⁴⁴⁵. Dies ergibt sich auch daraus, dass Art. 7 der UGP-RL im Gegensatz zu Art. 6 I UGP-RL keine Täuschungseignung erwähnt⁴⁴⁶. Nur ein dahingehendes Verständnis des § 5a II UWG entspricht der Liberalisierung und Deregulierung des europäischen Lauterkeitsrechts, welches an die Stelle von Verbotsgrundsätzen sanktionierte

440 Fezer, WRP 2007, 1021 (1023).

441 Köhler/Bornkamm/*Bornkamm*, UWG, § 5a Rn. 6a.

442 Köhler/Bornkamm/*Köhler*, UWG, 34. Auflage, § 5a Rn. 3.5.

443 Alexander, WRP 2016, 139 (140).

444 Köhler/Bornkamm/*Köhler*, UWG, 34. Auflage, § 5a Rn. 3.5.

445 So die h. M.: BGH GRUR 2012, 943 (Rn. 13) – »Call-by-Call«; BGH GRUR 2011, 82 (Rn. 33) – »Preiswerbung ohne Umsatzsteuer«; OLG Frankfurt NJOZ 2011, 974 (974) – »Nassrasierer«; Ohly/*Sosnitza/Sosnitza*, UWG, § 5a Rn. 4; Harte/Henning/Dreyer, UWG, § 5a Rn. 11; Fezer/*Pfeifer*, Lauterkeitsrecht, Band 2, § 5a Rn. 30; Köhler/Bornkamm/*Bornkamm*, UWG, § 5a Rn. 29 (in Abkehr von der 27. Auflage); Alexander, GRUR Int 2012, 1 (4); Lettl, GRUR-RR 2009, 41 (43); Fezer, WRP 2010, 577 (582); Fezer, WRP 2007, 1021 (1026, 1028); Apostolopoulos, GRUR Int 2005, 292 (296). Insoweit entspricht dies auch der herrschenden Ansicht im Rahmen des UWG 2015: Köhler/Bornkamm/*Köhler*, UWG, 34. Auflage, § 5a Rn. 3.48; a. A. dagegen: Steinbeck, WRP 2011, 1221 (1224); Seichter, WRP 2005, 1087 (1093); Köhler/Lettl, WRP 2003, 1019 (1053).

446 Ohly/*Sosnitza/Sosnitza*, UWG, § 5a Rn. 4.

Informationspflichten setzt⁴⁴⁷. Die Förderung von Markttransparenz und Stärkung der Stellung des Verbrauchers durch Informationen sind entscheidende Elemente des europäischen Lauterkeitsrechts⁴⁴⁸. Inwieweit die werbliche Herausstellung von Verhaltenskodizes Informationsverpflichtungen des § 5a II UWG unterworfen ist, wird nachfolgend geprüft.

2. Die Informationsanforderungen des § 5a III, IV UWG

a) Wesentliche Informationspflichten im Rahmen von Angeboten, § 5a III UWG

Die Regelung des § 5a III UWG stellt eine Ergänzung des Grundtatbestandes in § 5a II UWG dar und nennt bestimmte Informationen, die im Rahmen eines Angebotes als wesentlich gelten. Auch wenn hinsichtlich der Frage, unter welchen Voraussetzungen positiv von dem Vorliegen eines Angebotes ausgegangen werden kann, noch Unklarheiten bestehen⁴⁴⁹, spricht vieles dafür, in vorliegenden Fällen von einem Nichtvorliegen dieser Tatbestandsvoraussetzung auszugehen: Die Formulierung »angeboten« stellt letztlich eine Übersetzung des deutschen Gesetzgebers dar, der sich für diese Formulierung statt der »Aufforderung zum Kauf« in Art. 2 lit. i UGP-RL entschieden hat. Die Richtlinie definiert den Begriff der »Aufforderung zum Kauf« als »jede kommerzielle Kommunikation, die die Merkmale des Produktes und den Preis in einer Weise angibt, die den Mitteln der verwendeten kommerziellen Kommunikation angemessen ist und den Verbraucher dadurch in die Lage versetzt, einen Kauf zu tätigen«. Da die »kommerzielle Kommunikation« auch die mittelbare Absatzförderung erfasst, ist ein »Angebot« i. S. d. § 5a III UWG nicht im zivilrechtlichen Sinne zu verstehen und beschränkt sich daher weder auf Vertragsangebote i. S. d. § 145 BGB⁴⁵⁰ noch auf den Fall der *invitatio ad offerendum*⁴⁵¹. Die Werbung muss keine unmittelbare Möglichkeit zum Bestellen bieten⁴⁵². Einen Kaufappell, welcher häufig in imperativer Form erfolgt,

⁴⁴⁷ Fezer, WRP 2010, 577 (582); Fezer, WRP 2007, 1021 (1023).

⁴⁴⁸ Henning-Bodewig, WRP 2011, 1014 (1021); Lettl, GRUR 2004, 449 (452f.).

⁴⁴⁹ Hierzu ausführlicher: Birk, GRUR-Prax 2014, 100.

⁴⁵⁰ BGH GRUR 2011, 82 (Rn. 33) – »Preiswerbung ohne Umsatzsteuer«.

⁴⁵¹ BT-Drucks. 16/10145, S. 25; Birk, GRUR-Prax 2014, 100 (100).

⁴⁵² EuGH GRUR 2011, 930 (Ls. 1) – »Konsumentombudsmannen/Ving Sverige AB«.

sieht die Rechtsprechung dagegen als notwendig an⁴⁵³. Außerdem setzt der Wortlaut eindeutig voraus, dass in der Werbung Preis und einzelne Merkmale eines Produktes genannt werden, sodass der Verbraucher auf Grundlage dieser Informationen eine geschäftliche Entscheidung treffen kann. Dieser Bezug zum Vertragsschluss ist jedoch bei Formen der Image- oder Aufmerksamkeitswerbung im Regelfall nicht vorhanden⁴⁵⁴, weshalb die Werbung mit Verhaltenskodizes grundsätzlich nicht unter den Tatbestand des § 5a III UWG fällt.

b) Wesentliche Informationspflichten aufgrund gemeinschaftsrechtlicher Informationsanforderungen, § 5a IV UWG

§ 5a IV UWG stellt klar, dass unionsrechtliche Informationspflichten als wesentlich i. S. d. § 5a II UWG gelten. Hierzu wird in der entsprechenden Vorschrift der UGP-RL auf deren Anhang II verwiesen, der eine nicht abschließende Liste mit gemeinschaftsrechtlich verankerten Informationsgeboten aufzählt. Eine wesentliche Änderung der deutschen Rechtslage ergibt sich hierdurch jedoch nicht, da zugleich der Rechtsbruchtatbestand des § 3a UWG einschlägig ist⁴⁵⁵. Die hier enthaltenen Informationspflichten sollen es dem Verbraucher ermöglichen, sich über bestimmte Merkmale der Produkte (insb. auch Finanzprodukte) oder deren Vertriebsart zu informieren⁴⁵⁶. Für den Bereich der Image- bzw. Einstellungswerbung sind jedoch keine einschlägigen Informationspflichten ersichtlich.

c) Zwischenergebnis

Sowohl die Informationspflichten im Rahmen von Angeboten des § 5a III UWG als auch die gemeinschaftsrechtlichen Informationsanforderungen des § 5a IV UWG beziehen sich grundsätzlich nicht auf unternehmensbezogene Werbemaßnahmen mit Verhaltenskodizes. Im Einzelfall kann im Rahmen

453 BGH GRUR 2014, 686 (Rn. 28) – »Goldbärenbarren«.

454 BT-Drucks. 16/10145, S. 25; OLG Jena GRUR-RR 2013, 305 (Ls.) – Werbung mit einer Marke«; Köhler/Bornkamm/*Bornkamm*, UWG, § 5a Rn. 30 a, b; Harte/Henning/Dreyer, UWG, § 5a Rn. 53; Ohly/Sosnitza/*Ohly*, UWG, § 5a Rn. 31; Alexander, WRP 2012, 125 (126); Körber/Heinlein, WRP 2009, 780 (785).

455 Köhler/Bornkamm/*Bornkamm*, UWG, § 5a Rn. 40.

456 John, Sponsoringmaßnahmen, S. 188.

einer Produktwerbung gleichzeitig ein Hinweis auf die unternehmerische Verantwortung in Form einer Selbstverpflichtung erfolgen. Diese Werbemaßnahme an sich unterliegt aber insoweit der »üblichen« Lauterkeitsrechtlichen Überprüfung, der Hinweis auf den Verhaltenskodex selbst betrifft jedoch regelmäßig nicht die Merkmale des § 5a III UWG oder die Informationspflichten des § 5a IV UWG, weshalb ein solcher Hinweis keine Besonderheit bei der Beurteilung dieser Tatbestände mit sich bringt.

3. Umfang des Informationsgebotes für Werbemaßnahmen mit Verhaltenskodizes im Rahmen des § 5a II UWG

a) Das Informationsgebot des § 5a II UWG

Nach § 5a II UWG handelt unlauter, wer »im konkreten Fall unter Berücksichtigung aller Umstände dem Verbraucher eine wesentliche Information vorenthält, die der Verbraucher je nach den Umständen benötigt, um eine informierte geschäftliche Entscheidung zu treffen, und deren Vorenthalten geeignet ist, den Verbraucher zu einer geschäftlichen Entscheidung zu veranlassen, die er andernfalls nicht getroffen hätte«. Die Norm stellt damit eine Informationspflicht für alle für den Verbraucher im Einzelfall als wesentlich angesehenen Informationen auf⁴⁵⁷. Tatbestandsvoraussetzungen des Informationsgebotes des § 5a II UWG sind die »Wesentlichkeit« der Information, deren »Vorenthalten« und die Relevanz dieses Umstandes für die geschäftliche Entscheidung des Verbrauchers⁴⁵⁸.

b) Die Wesentlichkeit der Information

aa) Bedeutung des Merkmals

Die Wesentlichkeit der Information für die Verbraucherentscheidung ist für die Frage der Informationspflichten bei Werbemaßnahmen mit Verhaltenskodizes das entscheidende Kriterium. Als wesentlich werden alle Informationen betrachtet, die für die geschäftliche Entscheidung erhebliches Gewicht haben und deren Angabe unter Berücksichtigung der beiderseitigen Interessen vom

⁴⁵⁷ Köhler/Bornkamm/*Bornkamm*, UWG, § 5a Rn. 29.

⁴⁵⁸ Harte/Henning/*Dreyer*, UWG, § 5a Rn. 51.

Unternehmer erwartet werden kann⁴⁵⁹. Um sich der Frage nach dem erheblichen Gewicht für die geschäftliche Entscheidung des Verbrauchers zu nähern, wird in einem ersten Schritt untersucht, wie Rechtsprechung und Literatur bisher zu einem Informationsgebot hinsichtlich ethischer oder ökologischer Belange in der Werbung Stellung beziehen. Im Anschluss wird die Reichweite von Informationspflichten bei Verhaltenskodizes anhand der Vor- und Nachteile der Informationsbereitstellung im europäischen Verbraucherverständnis beurteilt und abgewogen.

bb) Existiert bereits ein Informationsgebot hinsichtlich ethischer oder ökologischer Belange?

(1) Stimmen in der Literatur für die Einführung eines Informationsgebotes

Die Notwendigkeit eines Informationsgebotes wurde gerade bei umweltbezogenen Werbeäußerungen schon länger vor Einführung des § 5a UWG diskutiert. So plädierten einige Stimmen in den 1990er Jahren für die Einführung eines allgemeinen Informationsgebotes in § 3 UWG a. F. im Bereich der umweltbezogenen Unternehmenskommunikation⁴⁶⁰. Pauschale Umweltangaben wirkten wie ein »ökologisches Gesamturteil« und würden dem Verbraucher suggerieren, ein Produkt sei insgesamt umweltfreundlich⁴⁶¹. Ein Informationsgebot wurde aufgrund der »Bedeutung des Umweltschutzes als wichtigem Gemeinschaftsgut« und des Verbraucherbedürfnisses, über »gesellschaftlich erhebliche« Umweltangaben informiert zu werden, als notwendig angesehen⁴⁶². Es sollte gerade im Hinblick auf die Komplexität von Fragen des Umweltschutzes und des meist nur geringen Wissensstandes des von der Werbung angesprochenen Publikums zu einer Vermeidung von Irreführungen beitragen⁴⁶³.

Vor dem Hintergrund der absehbaren Änderungen im Lauterkeitsrecht durch die Einführung der UGP-RL und dem hiermit verbundenen neuen

459 BGH GRUR 2012, 1275 (Ls. 1) – »Zweigstellenbriefbogen«; Harte/Henning/Dreyer, UWG, § 5a Rn. 59.

460 So etwa: Roth, Unternehmenskommunikation, S. 239; Ewert, Umweltwerbung, S. 69; Federhoff-Rink, Unternehmenskommunikation, S. 208; Fezer, WRP 1995, 671 (676f.); in diese Richtung auch: Lambsdorff/Jäger, BB 1992, 2297 (2302).

461 Federhoff-Rink, Unternehmenskommunikation, S. 211, 213.

462 Federhoff-Rink, Unternehmenskommunikation, S. 206, 208.

463 Apostolopoulos, GRUR-Int 2005, 292 (297).

Schwerpunkt auf Markttransparenz und Informationspflichten mehrten sich die Stimmen, die auch über den ökologischen Bereich hinaus zusätzliche Informationspflichten forderten. So plädierten *Micklitz* und *Kefler* schon früh im Rahmen ihres Vorschlags für eine Richtlinie über unlautere Marktkommunikation für ein Informationsangebot über Belange der Gesundheit, der Sicherheit und des Umweltschutzes⁴⁶⁴. Auch der Bundesverband der Verbraucherzentralen sprach sich in seiner Stellungnahme zum Referentenentwurf der UWG-Novelle 2008 dafür aus, dem Verbraucher einen dahingehenden Informationsanspruch gesetzlich zu garantieren⁴⁶⁵. Schließlich gab auch die Rede des damaligen Bundespräsidenten *Horst Köhler* anlässlich des deutschen Verbrauchertags 2007 neue Anstöße zur Festlegung von Informationspflichten. Er prägte in seinen Ausführungen die Formulierung vom sog. »zweiten Preis«, den zunächst nicht der Käufer selbst zahle, sondern andere Menschen, Tiere und die Umwelt⁴⁶⁶. Damit der Konsument auch diesen zweiten Preis als »Schiedsrichter des Marktes« beurteilen könne, bleibe es »Aufgabe der Politik, die Rahmenbedingungen so zu setzen, dass der Verbraucher eine – im besten Sinne des Wortes – preiswerte Wahl hat und die Waren aus nachhaltiger Produktion sofort erkennt. Denn nur wer verlässliche Informationen hat, kann mit seinen Kaufentscheidungen Unternehmen belohnen, die gute Dinge unter Einhaltung hoher Umwelt- und Sozialstandards produzieren«⁴⁶⁷. In Konsequenz dessen plädierte insb. *Fezer* dafür, CSR-Informationen als wesentlich im Sinne des Informationsangebotes des Art. 7 UGP-RL und des § 5a UWG anzusehen⁴⁶⁸. Denn diese CSR-Kriterien »konkretisieren die sozialethische

464 *Micklitz/Kefler*, GRUR-Int 2002, 885 (899).

465 *Verbraucherzentrale Bundesverband*, Stellungnahme zum Referentenentwurf eines ersten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb vom 27. Juli 2007, S. 3 (abrufbar unter: http://zap.vzvb.de/00b4796d-71a4-4ce2-ad08-9193d8840c1a/stn_uwg_reform_oktober_2007.pdf, zuletzt abgerufen am 19.3.2015).

466 *Köhler*, »Wer verbraucht, gestaltet« – Ansprache von Bundespräsident Horst Köhler beim Deutschen Verbrauchertag 2007 am 9. Juli 2007 in Berlin, S. 2, abrufbar unter: http://www.bundespriäsident.de/SharedDocs/Reden/DE/Horst-Koehler/Reden/2007/07/20070709_Rede_Anlage.pdf?__blob=publicationFile, zuletzt abgerufen am 21.2.2015.

467 *Köhler*, »Wer verbraucht, gestaltet« – Ansprache von Bundespräsident Horst Köhler beim Deutschen Verbrauchertag 2007 am 9. Juli 2007 in Berlin, S. 3f.

468 *Fezer/Fezer*, Lauterkeitsrecht, Band 1, Einleitung E, Rn. 240; ebenso: *Fezer*, WRP 2010, 577 (585); *Fezer*, WRP 2007, 1021 (1022); in diese Richtung nunmehr auch: *Glöckner*, in: *Henning-Bodewig/Liebenau*, GRUR-Int 2013, 753 (756); *Henning-Bodewig*, WRP 2011, 1014 (1021f.).

Unternehmensverantwortung in einer globalisierten Weltwirtschaft« und eine »Ausgrenzung der globalen Informationen über die Produktionsverhältnisse und Handelsbedingungen eines Produktes aus dem Informationsangebot der UGP-RL beschädigt die Verbraucherentscheidung im Marktausleseprozess und die Schiedsrichterfunktion des Verbrauchers am Markt«⁴⁶⁹. Gegenstand einer souveränen Verbraucherentscheidung seien damit sowohl die Produktstandards als auch die Unternehmensstandards⁴⁷⁰.

(2) Ablehnende Literaturansichten

Diese Ansicht stieß jedoch in der Literatur nicht überall auf Zustimmung⁴⁷¹. Zwar wird von den Kritikern ebenfalls anerkannt, dass ein wachsender Anteil an Konsumenten seine Kaufentscheidung unter Berücksichtigung von ökologischen und sozialen Herstellungsmethoden trifft. Dies soll jedoch nicht den vom UWG geschützten Durchschnittsverbraucher, sondern nur individuelle Informationsbedürfnisse betreffen⁴⁷². Zudem wird auf die Verteilung des Risikos verwiesen: Aktiv getätigte Äußerungen hat der Unternehmer selbst in der Hand und kann daher das Risiko steuern⁴⁷³. Informationspflichten werden dagegen durch das Verbraucherleitbild mit dessen immanenten Unsicherheiten bestimmt und hätten für den Unternehmer die Konsequenz, medial beeinflussten, tatsächlichen oder gefühlten Informationsbedürfnissen von Verbrauchern, vermittelt durch die Bewertung von Gerichten, nachlaufen zu müssen⁴⁷⁴. Die Ablehnung von Informationspflichten erfolgt damit vornehmlich aus Gründen der Rechtssicherheit, aber auch aus Praktikabilitätsgründen, denn es wird darauf verwiesen, dass Werbung plakativ sein müsse und bei einem weitgehenden Informationsangebot Gefahr liefe, sich in Detaildarstellungen

469 Fezer, WRP 2007, 1021 (1022).

470 Ebenda, S. 1029.

471 Vgl. insb.: Köhler/Bornkamm/Köhler, UWG, § 5a Rn. 29f.; Ohly/Sosnitza/Sosnitza, UWG, § 5a Rn. 10; Augsburger, MMR 2014, 427 (430); Birk, GRUR 2011, 196 (202f.); Ullmann, GRUR 1996, 948 (956).

472 Birk, GRUR 2011, 196 (203).

473 Ebenda.

474 Ebenda.

zu verlieren⁴⁷⁵. Der Unternehmer solle und könne nicht über alle Umstände eines Geschäfts informieren⁴⁷⁶.

(3) Die Haltung der Rechtsprechung

Trotz der ausschließlichen Kodifizierung eines aktiven Irreführungsverbotes im UWG bis 2004 nahm die Rechtsprechung in bestimmten Fällen (insb. im Rahmen von umweltbezogenen Angaben) auch eine Irreführung durch Unterlassen an. So stellte der BGH schon in den 1990er Jahren mehrfach fest, dass »umweltbezogene Werbeangaben mit Rücksicht auf die starke emotionale Werbekraft derartiger Werbeaussagen und im Hinblick auf die Komplexität von Fragen des Umweltschutzes und des meist nur geringen sachlichen Wissensstandes des von der Werbung angesprochenen breiten Publikums über die naturwissenschaftlichen Zusammenhänge und Wechselwirkungen« strengen Anforderungen und weitgehenden Aufklärungspflichten unterliegen⁴⁷⁷. Der Gerichtshof stellte jedoch zugleich klar, dass § 3 UWG a. F. zwar ein Irreführungsverbot enthalte, aber auch im Rahmen der Umweltwerbung kein Informationsgebot⁴⁷⁸, ein Unterlassen daher immer dem aktiven Tun gleichgestellt sein müsse.

Im Zuge der UWG-Reform von 2004 verdeutlichte der Gesetzgeber, dass er sich ausdrücklich gegen ein allgemeines Transparenzgebot entschieden und spezielle Informationspflichten nur bei Verkaufsförderungsmaßnahmen, Preisausschreiben oder Gewinnspielen in § 4 Nr. 4 und Nr. 5 UWG a. F. vorgesehen habe⁴⁷⁹. Die Rechtsprechung bezieht sich hierauf und verneint in Übereinstimmung mit der Regierungsbegründung ein allgemeines Informationsgebot auch bei umwelt-bezogenen Angaben⁴⁸⁰. Eine Verpflichtung zu

475 *Ullmann*, GRUR 1996, 948 (956).

476 *Ohly/Sosnitza/Sosnitza*, UWG, § 5a Rn. 10.

477 BGH WRP 1996, 290 (291) – »Umweltfreundliches Bauen«; BGH GRUR 1991, 548 (549) – »Umweltengel«; BGH NJW 1991, 1229 (1229) – »Zaunlasur«.

478 BGH WRP 1996, 290 (291) – »Umweltfreundliches Bauen«; BGH WRP 1988, 722 (723) – »Entfernung von Kontrollnummern I«; OLG München NJW-RR 1997, 1268 (1268) – »Wir tun viel für unsere ... Mitwelt«.

479 BT-Drucks. 15/1487, S. 19f.

480 So bspw.: BGH GRUR 2006, 161 (163) – »Zeitschrift mit Sonnenbrille«; BGH GRUR 2007, 251 (Rn. 20) – »Regenwaldprojekt II«; BGH GRUR 2007, 247 (Rn. 23) – »Regenwaldprojekt I«.

aufklärenden Hinweisen sollte danach nicht schon gelten, wenn der Unternehmer mittels seiner Werbemaßnahme das Umweltgewissen der Verbraucher anspricht, sondern erst, wenn die Werbung konkrete, für die Kaufentscheidung relevante irrite Vorstellungen hervorruft⁴⁸¹.

An dieser Rechtsprechung hält der Gerichtshof auch nach Umsetzung der UGP-RL im Ansatz fest und sieht in § 5a I, II UWG keine generelle Verpflichtung, alle – auch weniger vorteilhafte oder negative – Angaben offenzulegen⁴⁸². Dennoch erkennt der BGH die Neuerungen in § 5a II UWG insoweit an, als er feststellt, dass die von einer konkreten Irreführungsgefahr unabhängige Pflicht zur Angabe von wesentlichen Informationen zwar keine generelle Informationspflicht begründe, jedoch zur Offenlegung solcher Informationen verpflichtet, die für die geschäftliche Entscheidung des Verbrauchers erhebliches Gewicht haben und deren Angabe unter Berücksichtigung der beiderseitigen Interessen vom Unternehmer erwartet werden kann⁴⁸³.

(4) Zwischenergebnis

Mit der UWG-Novelle 2015 stärkt der Gesetzgeber die gebotene Einzelfallbeachtung, indem er eine genauere Umsetzung des Art. 7 III UGP-RL in § 5a V UWG vornimmt. Hier wird zugunsten des Unternehmers berücksichtigt, dass sich aus dem konkret verwendeten Informationsmedium Beschränkungen bei der Bereitstellung der Informationen ergeben können und welche Maßnahmen dieser getroffen hat, um die Informationen dem Verbraucher anderweitig zur Verfügung zu stellen. Darüber hinaus gibt der Gesetzgeber jedoch auch weiterhin keine Konkretisierung des Merkmals, die über die beispielhaft aufgezählten Informationen des § 5a III UWG und den Bezug auf unionsrechtlich verankerte Informationspflichten (§ 5a IV UWG) hinausgeht, und überlässt die inhaltliche Ausfüllung des Rechtsbegriffes wiederum der Judikative⁴⁸⁴.

Die aktuelle höchstrichterliche Rechtsprechung erkennt zwar irreführungsunabhängige Informationspflichten im Rahmen des § 5a II UWG an, sie

481 BGH GRUR 2007, 247 (Rn. 23) – »Regenwaldprojekt I«

482 BGH GRUR 2013, 945 (Rn. 24) – »Standardisierte Mandatsbearbeitung«; BGH GRUR 2011, 638 (641) – »Werbung mit Garantie«.

483 BGH GRUR 2012, 1275 (Rn. 36) – »Zweigstellenbriefbogen«; Ohly/Sosnitza/Sosnitza, UWG, § 5a Rn. 14.

484 BT-Drucks. 16/10145, S. 26.

gibt jedoch für den Bereich ethischer oder ökologischer Angaben keine über das schon aus dem Wortlaut des § 5a II UWG ersichtlich entscheidende Merkmal der »Wesentlichkeit für die Verbraucherentscheidung« hinausgehenden Klarstellungen. Als allgemeine Aussage lässt sich der Rechtsprechung zwar entnehmen, dass ökologische oder ethische Belange der Ware oder des Unternehmens jedenfalls nicht aus sich heraus als wesentlich angesehen werden. Zugleich kann die Wesentlichkeit der Information aber auch nicht deswegen verneint werden, weil die Werbeaussage ausschließlich ideelle Interessen des Verbrauchers – wie etwa solche des Umweltschutzes⁴⁸⁵ oder andere Aspekte unternehmerischer Verantwortung – beeinträchtige. Dies käme praktisch einer staatlichen Bevormundung des Verbrauchers gleich, weil der Gesetzgeber für ihn die Entscheidung treffen würde, welche Kriterien er bei seiner Entscheidung berücksichtigen muss, und ist daher mit dem geltenden Verbraucherleitbild unvereinbar. Dies verdeutlicht auch gerade der Umkehrschluss aus der Abkehr von der Fallgruppe der »gefühlsbetonten Werbung«⁴⁸⁶.

Die Beurteilung der Wesentlichkeit von Informationen in und über Verhaltenskodizes muss letztlich im Einzelfall aufgrund des europäischen Verbraucherverständnisses und der Interessen des Unternehmers beurteilt werden⁴⁸⁷. Aus Gründen der Rechtssicherheit wird nachfolgend dennoch der Versuch unternommen, anhand der Vor- und Nachteile von Informationspflichten zu untersuchen, ob und ggf. welche pauschalen Informationsverpflichtungen bei Werbemaßnahmen mit Verhaltenskodizes in Abwägung der beiderseitigen Interessen anerkannt werden müssen.

485 BGH GRUR 2010, 852 (854) – »Gallardo Spyder«; Harte/Henning/Dreyer, UWG, § 5a Rn. 62.

486 Eine derartige Bevormundung, welche Kriterien der Verbraucher bei seiner Entscheidung nicht berücksichtigen darf, nahm der BGH bspw. noch in folgendem Fall an: BGH GRUR 1987, 534 – »McHappy-Tag«.

487 Harte/Henning/Dreyer, UWG, § 5a Rn. 64.

cc) Reichweite eines Informationsangebotes im Bereich von Verhaltenskodizes

(1) Notwendigkeit der Informationsvermittlung: Konsumentensouveränität und Marktversagen

In der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken wird an diversen Stellen das Regelungsziel eines »hohen Verbraucherschutzniveaus« betont⁴⁸⁸. In Art. 169 I AEUV wird die Förderung des Rechts auf Information als wesentliches Element zur Verwirklichung dieses Regelungsziels genannt. In Kombination mit dem geltenden (normativen) Leitbild des durchschnittlich informierten, aufmerksamen und verständigen Verbrauchers⁴⁸⁹ ergibt sich der Grundsatz, dass dieser zwar aufgrund seiner Kenntnisse und Erfahrungen in der Lage sein muss, seine Bedürfnisse zu erkennen und miteinander zu vergleichen⁴⁹⁰, hierfür aber auf die für seine mündige und selbstbestimmte Entscheidung notwendigen Informationen angewiesen ist.

Die heutigen Verbrauchermärkte zeichnen eine asymmetrische Informationsverteilung aus, da die Einholung von Informationen über das Unternehmen oder das Produkt für das anbietende Unternehmen mit deutlich geringeren Aufwendungen verbunden ist als der Verbraucher selbst an Suchkosten aufwenden müsste (sofern er diese Informationen überhaupt erlangen kann). Hier hat die Werbung – neben der Anpreisung des Produktes – durchaus den Zweck, eine symmetrische Verteilung der Informationskosten zu gewährleisten⁴⁹¹. Ein wesentlicher Zweck von Informationspflichten liegt daher darin, die Informationslast demjenigen zu übertragen, der sie einfacher und kostengünstiger bereitstellen kann⁴⁹². Der europäische Gesetzgeber hat mit Art. 7 UGP-RL eine wirtschaftspolitische Abwägung getroffen und sich im Grundsatz für eine Belastung der Unternehmer mit den Informationskosten aller »wesentlichen« Informationen entschieden⁴⁹³. In der hierdurch geförderten Konsumenten-

488 So die Erwägungsgründe 1, 5, 11, 15, 20, 23, 24 und Art. 1 der Richtlinie 2005/29/EG des europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Mai 2005 über unlautere Geschäftspraktiken im binnenmarktinternen Geschäftsverkehr zwischen Unternehmen und Verbrauchern.

489 St. Rspr. des EuGH: EuGH WRP 2003, 615 (620) – »Pippig Augenoptik«; EuGH GRUR-Int 1998, 795 (Ls.) – »Gut Springenheide«; ebenfalls der BGH seit: BGH GRUR 2000, 820 (Ls. 2) – »Space Fidelity Peep Show«.

490 Fezer/Steinbeck, Lauterkeitsrecht, Band 1, § 4–1 Rn. 86.

491 Van den Bergh/Lehmann, GRUR-Int 1992, 588 (597).

492 Metz, Informationspflichten, S. 155.

493 Harte/Henning/Dreyer, UWG, § 5a Rn. 77.

souveränität wird z. T. auch eine neue Verantwortung der Konsumenten gesehen, da diese mit ihren individuellen Kaufentscheidungen das Handeln der Produzenten steuern können und daher in die Pflicht genommen werden, die sozialen, ökologischen und gesellschaftlichen Begleiterscheinungen der eigenen Konsumhandlung zu berücksichtigen⁴⁹⁴.

Bei Aussagen über die unternehmerische Verantwortung handelt es sich um sog. Vertrauenseigenschaften⁴⁹⁵ des Produktes oder Unternehmens, die, wie Herkunftsangaben oder Aussagen über die biologische Produktherstellung, für den Konsumenten mangels Expertise oder Überprüfungsmöglichkeiten nicht zu verifizieren sind. Für den Verbraucher besteht keine Beurteilungsmöglichkeit, ob das Unternehmen die im Verhaltenskodex propagierten Standards tatsächlich einhält. Bei derartigen Aussagen besteht naturgemäß eine größere Gefahr der Fehlinformation als bei Sucheigenschaften (bspw. Form, Farbe, Typus), die der Verbraucher schon vor dem Kauf überprüfen kann, oder Erfahrungseigenschaften (Geschmack, Qualität), die für ihn zumindest nach dem Kauf beurteilt werden können (vgl. Abb.1).

494 Schneider/Schmidpeter/Koths/Holl, *Corporate Social Responsibility*, S. 663 (m. w. N).

495 Der Terminus »Eigenschaften« ist sicherlich im Kontext von vornehmlich unternehmensbezogenen Selbstverpflichtungen nicht glücklich gewählt. Er wird hier jedoch nur verwendet, um eine Zuordnung zu der üblichen Einteilung in Such-, Erfahrungs- und Vertrauenseigenschaften zu erreichen.

	Such-eigenschaften	Erfahrungs-eigenschaften	Vertrauens-eigenschaften
Lebensmittel	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Preis ▪ Aussehen ▪ Frische 	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Geschmack ▪ Verarbeitung ▪ Lagerfähigkeit 	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Inhaltsstoffe (Gentechnik) ▪ Art der Tierhaltung ▪ ökologische Herstellung
Textilien	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Preis ▪ Stil, Mode ▪ Passform 	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Pflegeeigenschaften ▪ Verarbeitung ▪ Haltbarkeit 	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Gesundheit/ allerg. Reaktionen ▪ umweltverträgliche Herstellung ▪ Einhaltung Sozialstandards
PKW	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Anschaffungspreis ▪ Farbe/ Design ▪ Platzangebot 	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Kraftstoffverbrauch ▪ Reparaturanfälligkeit ▪ Fahrleistung 	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Schadstoffemissionen ▪ Flottenverbrauch ▪ umweltverträgliche Herstellung ▪ Einhaltung Sozialstandards
Strom	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Preis ▪ Vertragslaufzeit 	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Wechselmöglichkeit ▪ Service ▪ Zuverlässigkeit 	<ul style="list-style-type: none"> ▪ konkrete Umweltbelastung der Stromerzeugung ▪ Art der Stromerzeugung ▪ Umweltengagement des Lieferanten
Riester-Rente		<ul style="list-style-type: none"> ▪ Preis / Kosten ▪ Renditeaspekte ▪ Sicherheit 	<ul style="list-style-type: none"> ▪ spätere Rentenzahlungen ▪ Anwendung ethischer Kriterien bei der Anlage

Abb. 1: Informationsökonomische Güterklassifikation⁴⁹⁶

Da sich Verbraucher vermehrt für artgerechte Tierzucht, Produktionsbedingungen bei Zuliefererfirmen oder ökologische Merkmale interessieren, hat in jüngster Zeit die Bedeutung von Vertrauensgütern zugenommen⁴⁹⁷. Diese hiermit einhergehende zusätzliche Gefahr von Informationsasymmetrien kann auch wettbewerbliche Auswirkungen nach sich ziehen. Diese Gefahren zeigen sich zunehmend beim Markt für nachhaltige Produkte: Trotz eines anhand zahlreicher Studien nachgewiesenen stark ausgeprägten Bewusstseins der Verbraucher für Nachhaltigkeitsthemen divergieren in der Realität des Marktes weiterhin der Anspruch und die Wirklichkeit hinsichtlich verantwortungsvollen Konsums⁴⁹⁸. Als eine Ursache wird das Phänomen des sog. »Market for Lemons«⁴⁹⁹ genannt, welches zuerst vom Nobelpreisträger *George A. Akerlof* für den Gebrauchtwagenmarkt beschrieben wurde und die Er-

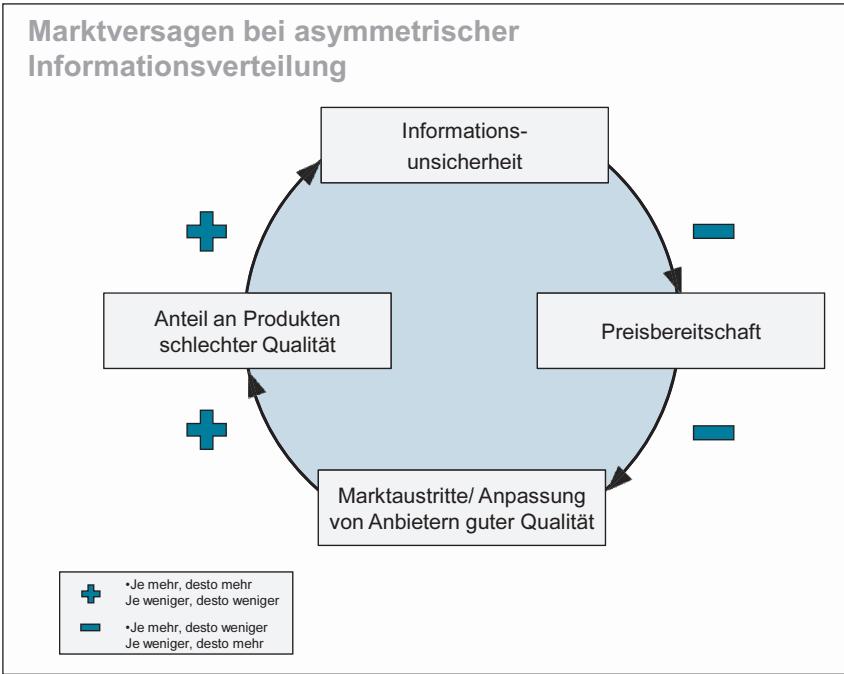
496 Quelle: *Schoenheit*, Verbraucherinformation, S. 5 (abrufbar unter: <http://www.ombuds-mann.de/pdf/15.pdf?title=die+volkswirtschaftliche+bedeutung+der+verbraucherinformation+von+ingo+schoneheit>, zuletzt abgerufen am 9.6.2016).

497 Schneider/Schmidpeter/Koths/Holl, Corporate Social Responsibility, S. 667.

498 Schneider/Schmidpeter/Koths/Holl, Corporate Social Responsibility, S. 664.

499 *Akerlof*, The Quarterly Journal of Economics, Bd. 84, Nr. 3, S. 488ff. (auch abrufbar unter: <https://www.iei.liu.se/nek/730g83/artiklar/1.328833/AkerlofMarketforLemons.pdf>, zuletzt abgerufen am 9.6.2016).

kenntnis schildert, dass auf dem Markt für Gebrauchtwagen im Durchschnitt schlechtere Autos gehandelt werden als die Qualität der entsprechenden vorhandenen Gebrauchtwagen vermuten lassen würde. Als Grund wurde die für den Käufer schwierige Unterscheidung zwischen hochwertigen Gebrauchtwagen (»Peaches«) und minderwertigen Gebrauchtwagen (»Lemons«) ausgemacht, die aus der fehlenden Überprüfungsmöglichkeit der Qualität zum Kaufzeitpunkt durch den Käufer und der bestmöglichen Anpreisung durch den Verkäufer resultiert. Da der Käufer die Qualität zum Kaufzeitpunkt nicht (abschließend) beurteilen kann, berücksichtigt er das Risiko, einen minderwertigen Wagen zu kaufen, und ist daher im Durchschnitt nur bereit, weniger zu zahlen als er zahlen würde, wenn er von einer durchweg hohen Qualität in dem Marktsegment ausgehen würde. Dies hat die Verdrängung von Anbietern mit hoher Qualität und daraus folgendem hohen Preis zur Folge, und der Anteil von Anbietern minderer Qualität nimmt zu (vgl. Abb. 2).

Abb. 2: Marktversagen bei asymmetrischer Informationsverteilung⁵⁰⁰

Übertragen auf die vorliegende Problematik kann die tatsächlich nur in Ansätzen bestehende Bereitschaft, für ein Produkt eines in der Wertschöpfungskette verantwortungsvoll agierenden Unternehmens einen spürbar höheren Preis zu zahlen, trotz eines hierfür geschärften Bewusstseins der Verbraucher mit der Informationsasymmetrie in diesem Segment erklärt werden. Da der Konsument keine ausreichenden Informationen über die tatsächliche Geschäftspraxis des Unternehmens hat und eine Vielzahl von Anbietern sich mit einem verantwortungsvollen Image offensiv vermarktet, geht er automatisch davon aus, dass er bei seiner Produktauswahl auch ein Unternehmen wählen kann, dessen Verantwortungsbewusstsein vornehmlich der Vermarktung dient, und ist aufgrund dieser Unsicherheit nicht bereit, eine etwaige höhere Preisdifferenz zu zahlen – zumal hinzukommt, dass nachhaltiger Konsum nicht zwangsläufig mit einem höheren Preis einhergeht. So hat *Horst Köhler* in seiner erwähnten Rede bereits festgestellt, dass nachhaltiger Konsum keine Frage des Geldes sei,

500 Quelle: *imug*, Kennzeichnung generationengerechter Produkte, S. 17.

sondern eine Frage der Information und der richtigen Wahl⁵⁰¹. Mit gewissen Abstrichen ist dem zuzustimmen.

Als staatliche Lösungsmöglichkeiten zur Überwindung asymmetrischer Informationsverteilung bietet sich insb. die Festlegung von Mindeststandards oder staatlichen Zertifizierungen an. Die Einführung des europaweiten Biostandards ist hier als erfolgreiches Beispiel zu nennen. Eine für das Unternehmen weniger einschneidende Lösung ist die staatlich kontrollierte Verpflichtung zur Offenlegung bestimmter Informationen. Eine grundsätzliche Notwendigkeit von Auskunftspflichten im hier untersuchten Bereich der Selbstverpflichtungen kann daher angenommen werden. Es bleibt jedoch zu klären, wie detailliert diese in Abwägung der beidseitigen Interessen ausgestaltet werden müssen, weshalb auch auf die Schwierigkeiten und Grenzen der Informationsbereitstellung einzugehen ist.

(2) Grenzen und Probleme im Rahmen der Informationsbereitstellung

Das gewünschte Potential der Werbung, zur Vermittlung von Informationen beizutragen, bedarf einer genaueren Untersuchung, um die notwendige Reichweite von Informationspflichten im Einzelfall zu bestimmen. Entscheidend ist hier die Abschätzung, welche strukturellen Anforderungen an die Bereitstellung der Daten generell zu stellen sind, um vom Verbraucher auch aufgenommen zu werden, und inwieweit er diese auch tatsächlich verarbeiten und nutzbar machen kann. Schließlich bedarf es noch einer Herausarbeitung der schützenswerten Unternehmerinteressen, um eine abschließende Abwägung des Umfangs von Informationspflichten vornehmen zu können.

(a) Strukturelle Anforderung an Informationen

Neben dem Kriterium der »Wesentlichkeit« für die Verbraucherentscheidung werden zumeist noch die »Verständlichkeit«, »Vergleichbarkeit« und »Verfügbarkeit« der Daten als entscheidende strukturelle Anforderungen für eine weitere Verarbeitung beim Konsumenten genannt⁵⁰². Das Kriterium der »Wesentlichkeit« soll letztlich eine angemessen dimensionierte Informationsmenge

501 Köhler, »Wer verbraucht, gestaltet« – Ansprache von Bundespräsident Horst Köhler beim Deutschen Verbrauchertag 2007 am 9. Juli 2007 in Berlin, S. 3.

502 Metz, Informationspflichten, S. 78f.

bestimmen und wird auch durch die Möglichkeiten einer an diesen Kriterien orientierten Darreichung der Informationen beeinflusst, die wiederum von der Art der einzelnen Information abhängt. Hier ist als eine entscheidende Problematik eines Informationsangebotes über Kriterien der unternehmerischen Verantwortung deren – häufig auch von Unternehmenseite proklamierte – Komplexität und Vielfältigkeit der bereitzustellenden Informationen zu nennen⁵⁰³. So hat der *BSCI*-Kodex als eine typische Ausprägung der hier untersuchten Selbstverpflichtungen immerhin einen Umfang von zehn Seiten⁵⁰⁴. Dies hat Einfluss auf die Einschätzung, inwieweit ein Informationsangebot diese strukturellen Zielsetzungen erreichen kann. Insbesondere die Anforderungen an die Verständlichkeit und Vergleichbarkeit bedürfen in diesem Kontext einer näheren Betrachtung.

Das erste Kriterium der Verständlichkeit muss aus sprachlicher sowie intellektueller Perspektive beurteilt werden. Als Leitbild gelten hier die (idealerweise) von Gesetzen zu erfüllenden Anforderungen: So sind im Gesetz deutlich lesbare, klare, genaue und unzweideutige Angaben gefordert, wohingegen zu ausladende oder wenige prägnante Formulierungen die Merkbarkeit verschlechtern und einen abnehmenden Einfluss auf die Informationsverarbeitung (und damit auch auf die Konsumentenentscheidung) haben⁵⁰⁵. Je nach Inhalt des Verhaltenskodex können die getroffenen Regelungen einen komplexen Inhalt enthalten – und dies sowohl bezogen auf die Menge als solche wie auch bei der Ausgestaltung mittels Fachbegriffen. Dagegen kann sich eine zunehmend simplifizierte Ausformulierung ggf. negativ auf den Inhalt und die Effektivität der einzelnen Verpflichtungen im Verhaltenskodex auswirken. So lässt sich das Verbot von Kinderarbeit bspw. prägnant in einem Satz darstellen, effektive umweltspezifische Anforderungen im Produktionsprozess sind dagegen häufig nur mittels spezieller Begrifflichkeiten oder intensiver Beschreibung der Vorgaben zu erreichen. Zwar sind in der Praxis viele Verhaltenskodizes allgemein und prägnant gehalten, was letztlich der Verständlichkeit für den Verbraucher zugutekommt. Dies kann jedoch nicht bedeuten, dass ein Unternehmen zu einer verallgemeinernden Ausformulierung eines freiwilligen Verhaltenskodex gezwungen werden kann, wenn es sich mittels

503 *Birk*, Corporate Social Responsibility, S. 178, *Birk*, GRUR 2011, 196 (203); *Ernst*, WRP 2010, 1304 (1311).

504 *BSCI*-Verhaltenskodex, Stand 1.2014, abrufbar unter: http://www.bsci-intl.org/system/files/bsci_code_of_conduct_de_2014.pdf, zuletzt abgerufen am 9.6.2016.

505 *Metz*, Informationspflichten, S. 78.

genauer fachlicher Ausgestaltung ein höheres Maß an Rechtssicherheit und Bestimmtheit bzgl. der eigenen Regelungen zu verschaffen gedenkt.

Dieser Gesichtspunkt wird auch durch die Anforderungen an die Vergleichbarkeit von Informationen verdeutlicht. Hier ließe sich als Maßstab etwa die Gewährleistung von Markttransparenz durch einen schnellen Preisvergleich mittels der PAngV nennen. Ein vor diesem Hintergrund für den Verbraucher tatsächlich hilfreiches Informationsgebot im Rahmen von Verhaltenskodizes wäre eine Vereinheitlichung der Formulierungen in Selbstverpflichtungen, die dem Werbeaddressaten die Sicherheit geben könnte, dass durch die Verpflichtung zu einem solchen Verhaltenskodex ein bestimmter festgelegter Standard eingehalten würde, der über die gesetzlichen Anforderungen hinausgeht. Dies ließe letztlich auf eine gesetzliche Festlegung von verpflichtenden Standards in der Ausgestaltung eines Verhaltenskodex hinaus. Eine derart weitreichende Vorgabe würde jedoch dem Zweck eines Instrumentes der freiwilligen Selbstverpflichtung widersprechen. Einem Unternehmen, welches sich aus freien Stücken zu höheren Standards verpflichtet, muss die Möglichkeit verbleiben, diese Standards selbst zu formulieren und an das eigene Unternehmen anzupassen. Eine Vereinheitlichung lässt sich auch aufgrund der tiefgreifenden strukturellen Unterschiede der Unternehmen untereinander (bspw. hinsichtlich Geschäftszweig, Geschäftsform, Ausrichtung, Verzweigung oder auch beabsichtigter Außendarstellung) nur schwer erreichen und ist zum jetzigen Stand bestenfalls für den Bereich der Menschenrechte denkbar⁵⁰⁶.

Das Kriterium der Verfügbarkeit stellt dagegen keine Einschränkung möglicher Informationspflichten dar. Selbstverständlich müssen Informationspflichten in einem dem Werbemedium angemessenen Rahmen erfolgen (wie nun auch mit Einführung des § 5a V UWG 2015 verdeutlicht). Der Zugriff auf detaillierte Informationen über die Homepage des Unternehmens ist aber in jedem Fall eine Quelle, die dem Verbraucher bei Bedarf zur Verfügung steht und auch vom Unternehmer genutzt werden muss.

(b) Selektion und Verarbeitung der Information

Zur Beurteilung von Informationspflichten darf die tatsächliche Aufnahme und Verarbeitung von Informationen durch den Informationsempfänger – den Verbraucher – nicht außer Acht gelassen werden. Entscheidende Kriteri-

506 Vgl. hierzu die Ausführungen im Ausblick im 7. Kapitel, III.

en der Evaluation sind die Aufnahmekapazität des Verbrauchers und dessen subjektive Rationalität bei deren Verarbeitung.

In der Konsumentenverhaltensforschung ist inzwischen anerkannt, dass Markenbilder von den Verbrauchern oft sogar intensiver und vorrangig vor der Sachqualität wahrgenommen werden⁵⁰⁷. Wie zuvor festgestellt, kann ein Markenbild insb. durch Vermittlung von CSR-Informationen, bspw. durch die werbliche Verwendung eines unternehmerischen Verhaltenskodex, kreiert bzw. verändert werden⁵⁰⁸. Der Vorteil eines Markenbildes für die Produktauswahl liegt in der Prägnanz und Verfügbarkeit. Bei der konkreten Ausgestaltung der Selbstverpflichtungen sind den Informationspflichten aber quantitative Grenzen gesetzt. Der sog. »Information Overload«⁵⁰⁹ beschreibt hierbei einen entscheidenden Gesichtspunkt innerhalb des Wesentlichkeitserfordernisses einer Information: Für die Aufnahmekapazität des Verbrauchers ist das persönliche »Involvement« maßgebend, welches letztlich von dem subjektiv beurteilten Stellenwert der Entscheidungsfindung und dem Werbemedium bestimmt wird. Auch wenn als Maßstab ein für Aspekte der CSR sensibilisierter Verbraucher genommen wird, unterliegt auch dieser mengenmäßigen Beschränkungen bei der Informationsaufnahme und -verarbeitung⁵¹⁰. Aufgrund empirischer Ermittlungen wurde festgestellt, dass der Mensch nur sechs bis sieben Informationen verarbeiten kann und die aus subjektiver *ex ante*-Sicht optimale Wahl des Konsumenten umso weniger gegeben ist, je mehr Informationen er seiner Entscheidung über diese Kapazität hinaus zugrunde legt⁵¹¹. Auch im Interesse des Konsumenten darf daher keine Überfrachtung mittels Informationspflichten erfolgen, denn es kann ohnehin nur ein kleiner Teil der Informationen verarbeitet werden⁵¹² und ein Zuviel würde im Gegenteil sogar zu einer Desinformation des Adressaten beitragen.

In diesem Zusammenhang ist auch die subjektive Rationalität der Verbraucher zu beachten, die faktisch nur beschreibt, dass die Relevanz einer

507 Meister, WRP 2009, 1043 (1052).

508 Hierzu: 4. Kapitel, I., 3., b).

509 Vgl. auch zur Problematik des »Information Overload« im Bereich der Lebensmittelkennzeichnung: Lars Jaklin: Informationspflichten im Onlinehandel mit Lebensmitteln (2016).

510 Auch wenn früher teilweise vertreten wurde, dass ein Zuviel an Informationen überhaupt nicht möglich sei: van den Bergh/Lehmann, GRUR-Int 1992, 588 (595).

511 Metz, Informationspflichten, S. 19 (m. w. N).

512 Lettl, GRUR 2004, 449 (456).

Information für jeden Verbraucher sehr unterschiedlich sein kann. Auch wenn dieses Argument praktisch gegen alle Informationspflichten angeführt werden kann, zeigt sich diese Tatsache bei der vorliegenden Thematik in aller Deutlichkeit. Da Verhaltenskodizes eine erhebliche Bandbreite an Inhalten behandeln können, ist auch die jeweilige Gewichtung der einzelnen Punkte bei jedem Verbraucher unterschiedlich. Eine pauschale Aussage besonders erheblicher Belange im Rahmen von Verhaltenskodizes kann nicht zweifelsfrei und für alle Werbeadressaten geltend getätigt werden⁵¹³. Der Verbraucher rechnet ohnehin durchaus auch mit einer selektiven Ausgestaltung von Aussagen der Unternehmen⁵¹⁴, in denen neben den positiven Aspekten nicht zwangsläufig auch alle negativen Belange Erwähnung finden⁵¹⁵. Aufgrund der verpflichtenden Ausgestaltung von Formulierungen in Verhaltenskodizes kann diese Feststellung zwar nicht uneingeschränkt von anpreisenden Werbeversprechen übernommen werden, dem Konsumenten wird aber durchaus auch der Zweck der Veröffentlichung eines Verhaltenskodex bekannt sein.

(c) Gegenläufige Unternehmerinteressen

Informationspflichten dienen dem Zweck, die Entscheidungsfreiheit der Konsumenten zu gewährleisten. Eine solche Verpflichtung schränkt jedoch zugleich die Handlungs- und Berufsausübungsfreiheit der Anbieter ein. Auf unternehmerischer Seite ist daher zu berücksichtigen, dass jede Informationspflicht eine nicht unerhebliche Belastung für den Werbenden darstellt und insb. nicht ausdrücklich im Gesetz normierte Informationsanforderungen (wie solche des § 5a II UWG) für ihn mitunter schwer zu erkennen sind⁵¹⁶ und daher ein erhöhtes Maß an Rechtsunsicherheit bewirken. Gerade in jüngster Zeit hat zudem die Menge an Informationspflichten erheblich zugenommen, sodass es für den Unternehmer als juristischem Laien ohne rechtliche Bera-

513 So ist für einen Konsumenten das Verbot von Kinderarbeit von besonderer Relevanz, ein anderer sieht bestimmte umweltbezogene Verpflichtungen oder die Festlegung von Mindestlöhnen als Priorität bei der Einschätzung unternehmerischer Verantwortlichkeit des Anbieters.

514 *Körber/Heinein*, WRP 2009, 780 (783).

515 So zuletzt: BGH GRUR 2013, 945 (Rn. 34) – »Standardisierte Mandatsbearbeitung«.

516 *Körber/Heinein*, WRP 2009, 780 (780, 784).

tung nicht möglich sein dürfte, den Überblick über die ihn treffenden Anforderungen zu behalten⁵¹⁷.

(3) Abwägung: Reichweite der Informationspflichten

Der europäische Gesetzgeber hat mit Einführung des Art. 7 UGP-RL eine Abwägungsentscheidung zugunsten der Entscheidungsfreiheit der Konsumenten getroffen⁵¹⁸ und hat dieser Freiheit ob ihres Persönlichkeitsbezuges und des Elementes der Meinungsbildung eine stärkere Schutzwürdigkeit vor den Interessen des Unternehmers zugestanden⁵¹⁹. Dennoch kann die Handlungsfreiheit des Unternehmers nur dann beschränkt werden, wenn dies zur Gewährleistung der Entscheidungsfreiheit des Konsumenten auch tatsächlich erforderlich ist. Von besonderem Gewicht bei der Abwägung sind daher die Bedeutung der Information für das Geschäft und die mündige Verbraucherentscheidung, die voraussichtliche Effektivität der Informationspflicht und die zu erwartende Belastung für den Unternehmer⁵²⁰.

Im Rahmen der vorliegenden Untersuchung wurde mehrfach die Bedeutung von Informationen über unternehmerische Verantwortung für die Verbraucherentscheidung nachgewiesen. Auch wenn im Bereich von Werbemaßnahmen mit der unternehmerischen Verantwortung auch aufgrund des zumeist fehlenden Produktbezuges die Nähe zur endgültigen Kaufentscheidung nicht unmittelbar vorhanden ist, zeigt die Konsumentenverhaltensforschung deutliche Effekte durch die Erzeugung einer Einstellung zur Marke, die mitunter erheblichen Einfluss auf die spätere Produkt- bzw. Markenauswahl haben kann. Informationen über Verhaltenskodizes haben damit einen – zur Begründung eines Informationsangebotes – notwendigen Einfluss auf die Konsumentenentscheidung.

Hinsichtlich der Effektivität eines solchen Gebotes ergibt sich jedoch eine andere Beurteilung: Diese wird durch den Nutzen für die freie Konsumentenentscheidung bestimmt und ergibt sich aus den strukturellen Anforderungen an Informationen und deren Verarbeitung durch den Adressaten. Die Gewährleistung einer freien Konsumentenentscheidung kann jedenfalls nicht

517 Körber/Heinein, WRP 2009, 780 (788).

518 Harte/Henning/Dreyer, UWG, § 5a Rn. 77.

519 Metz, Informationspflichten, S. 183.

520 Metz, Informationspflichten, S. 155.

durch eine Verpflichtung zur Offenlegung aller (auch weniger vorteilhafter) Informationen erfolgen⁵²¹. Die obigen Ausführungen verdeutlichen nämlich, dass ein Mehr an Informationen nicht zwangsläufig zu einer – aus Sicht des Konsumenten – besseren Entscheidungsfindung führen muss. Bei der praktischen Ausgestaltung eines umfassenderen Informationsangebotes für Werbemaßnahmen mit Verhaltenskodizes ergeben sich mitunter erhebliche Schwierigkeiten. Tatsächlich werden in Verhaltenskodizes enthaltene Standards häufig an die konkreten Bedürfnisse des Unternehmens im Einzelfall angepasst⁵²². Aufgrund der Bandbreite und Komplexität der Regelungsmaterie ließe sich aber ohne eine Vereinheitlichung von Inhalten in Verhaltenskodizes keine notwendige Vergleichbarkeit der Informationen herstellen. Zugleich müssten dem Unternehmen Anforderungen an die Wortwahl und den Umfang vorgeschrieben werden. Dies lässt sich jedoch kaum mit dem Grundgedanken eines Verhaltenskodex im Sinne einer freiwilligen Übernahme von Verantwortung vereinbaren. Eine mitunter vorgeschlagene Aufbereitung der Informationen durch geeignete Stellen wie Verbraucherverbände, *Stiftung Warentest*, Presse oder allgemeine Medien⁵²³ würde eine letztlich nicht darstellbare gesetzliche Regelung nur auf andere Institutionen auslagern. Für eine systematische Aufbereitung von CSR-Informationen dürften deren Kapazitäten nicht ausreichen. Zudem stellt sich die Frage, ob für die Aufbereitung der Informationen ein gesetzliches Informationsgebot notwendig ist, da auch momentan schon einzelne Untersuchungen dieser Institutionen erfolgen und bspw. die *Stiftung Warentest* in ihre Produktprüfungen immer häufiger CSR-Untersuchungen integriert. Der Einfluss dieser Institution auf die Verbraucherentscheidung darf nicht verkannt werden, er sollte jedoch nicht zur Begründung gesetzlicher Informationspflichten herangezogen werden. Sofern also die Zielsetzung der Verständlichkeit und Vergleichbarkeit der Informationen bei der vorliegenden Thematik nicht (ausreichend) verfolgt werden kann, mindert dies den Wert erheblich, den die Informationsbereitstellung zur Gewährleistung der freien Konsumentenentscheidung beitragen kann.

521 So zuletzt: BGH GRUR 2013, 945 (Rn. 34) – »Standardisierte Mandatsbearbeitung«; Loschelder/Erdmann/Helm, Wettbewerbsrecht, § 59 Rn. 123; Köhler/Bornkamm/Bornkamm, § 5a Rn. 10 (m. w. N.).

522 *Barth/Wolff*, CSR in Europe, S. 11.

523 So etwa: Fezer/Fezer, Lauterkeitsrecht, Band 1, Einleitung E, Rn. 382; Fezer, WRP 2010, 577 (580); Fezer, WRP 2007, 1021 (1027). In diese Richtung auch: Glöckner, WRP 2009, 1175 (1187).

Die erwartete Belastung der Unternehmen durch mögliche Informationspflichten ist schließlich der dritte zu beachtende Faktor. Ob dies dogmatisch mittels »Hineinlesens« des Merkmals der »Zumutbarkeit« in das Wesentlichkeitskriterium erfolgt⁵²⁴ oder die Interessen der Unternehmen im Rahmen einer Abwägung Berücksichtigung finden, ist dabei i. E. unerheblich. Hier ist zu beachten, dass jede Festlegung einer Informationspflicht für Anbieter eine Belastung darstellt, die insb. bei gesetzlich nicht ausdrücklich normierten Pflichten zu einem erhöhten Maß an Rechtsunsicherheit führt. Informationspflichten, die letztlich zu Vorschriften über die konkrete Ausgestaltung von Verhaltenskodizes führen, sollten vor dem Hintergrund des Grundgedankens einer freiwilligen Selbstverpflichtung vermieden werden.

In Bezug auf umfassende Informationspflichten bei Verhaltenskodizes sind daher aufgrund der mangelnden Effektivität und des geringen Verbrauchernutzens die Interessen der Unternehmen an Rechtssicherheit und autonomer Entscheidung hinsichtlich der Ausgestaltung eigener Selbstverpflichtungen als vorrangig zu erachten. Einzelne Informationspflichten sind in diesem Bereich dann denkbar, wenn sie für den Verbraucher von Nutzen sind und den Unternehmer nicht unbillig belasten. Welche einzelnen Informationspflichten diese Kriterien erfüllen, wird nachfolgend untersucht.

(4) Individuelle Informationspflichten im Rahmen von Verhaltenskodizes?

(a) Veröffentlichung des Verhaltenskodex

Als Informationspflicht im Rahmen des § 5a II UWG könnte die Pflicht zur Veröffentlichung eines Verhaltenskodex zu werten sein, dem sich der Unternehmer freiwillig unterworfen hat.

Bei außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen und solchen des elektronischen Geschäftsverkehrs besteht bereits nach Art. 246a § 1 I Nr. 10⁵²⁵ und Art. 246c Nr. 5 EGBGB eine Pflicht zur Angabe etwaiger Verhaltenskodizes. Die Vorschrift des Art. 246a § 1 I Nr. 10 EGBGB nimmt ausdrücklich Bezug auf die Definition des Verhaltenskodex in Art. 2 lit. f UGP-RL, weshalb der Anwendungsbereich einheitlich zu verstehen ist. Die Anzeigepflicht bezieht sich jedoch nur auf Verhaltenskodizes, denen sich der Unternehmer

524 So jedenfalls: Köhler, WRP 2009, 109 (116).

525 Als wörtliche Übernahme des Art. 6 I n) VRRL (Richtlinie 2011/83/EU vom 25.10.2011 über die Rechte der Verbraucher).

»unterworfen« hat (Art. 246 c Nr. 5 EGBGB). Die Hinweispflicht soll daher nur Selbstverpflichtungen treffen, die für den Unternehmer verbindlich gelten, und klammert reine Absichtserklärungen aus. Dies ist auch aus Gründen der befürchteten Informationsfülle der Transparenz insoweit geschuldet, als der Verbraucher bei einem solchen Hinweis sicher sein kann, dass der Unternehmer sich auch an das erwähnte Regelwerk halten muss⁵²⁶. Neben dieser Hinweispflicht hat der Unternehmer den Verbraucher nach Art. 246a § 1 I Nr. 10 EGBGB aber auch darüber zu informieren, »wie Exemplare davon erhalten werden können«. Art. 246c Nr. 5 EGBGB verdeutlicht dies mit der Möglichkeit des elektronischen Zugangs, worunter vornehmlich die Veröffentlichung des Verhaltenskodex auf der Firmenhomepage verstanden werden kann.

Eine Pflicht zur Veröffentlichung eines Verhaltenskodex auch aus § 5a II UWG ist aus mehreren Gründen zu begrüßen. So bleibt es jedem Verbraucher überlassen, ob er sich bei Bedarf intensiver über die eingegangenen Pflichten des Unternehmens informieren möchte, und Institutionen, die von der Möglichkeit der Aufbereitung von Informationen zugunsten der Verbraucher Gebrauch machen möchten (wie bspw. Verbraucherverbände, *Stiftung Warentest* oder Presseorgane), haben die Möglichkeit, dieses Regelwerk zu analysieren. Dieses Informationsbedürfnis des § 5a II UWG sollte im Einklang mit den Wertungen des EGBGB nur für verbindlich eingegangene Verhaltenskodizes gelten, da ansonsten die Informationspflichten des EGBGB durch einen erheblich erweiterten Anwendungsbereich des § 5a II UWG verwässert würden. Eine hieraus im Einzelfall resultierende Irreführungsproblematik bei Absichtserklärungen, auf die ein Unternehmer verweist, aber gleichzeitig nicht veröffentlicht, ist im Rahmen der aktiven Irreführungstatbestände zu beurteilen, um einer zu befürchtenden Informationsfülle entgegenzuwirken.

Die Informationspflicht des § 5a II UWG geht aber dennoch über den Anwendungsbereich des EGBGB hinaus, da sie auch im Vorfeld eines Vertragsschlusses die Veröffentlichung des Kodex fordert und zugleich nicht auf den elektronischen Geschäftsverkehr oder außerhalb von Geschäftsräumen geschlossene Verträge beschränkt bleibt. Im Einklang mit dem Schutzzweck des Lauterkeitsrechts sollte diese Informationspflicht nur für solche Selbstverpflichtungen gelten, die durch das Unternehmen nach außen kommuniziert werden.

526 Spindler/Schuster/Schirmbacher, Recht der elektronischen Medien, 4.Teil, C., Art. 246 a EGBGB Rn. 80.

ziert werden⁵²⁷. Diese Beschränkung ist letztlich auch ein Kompromiss aus dem Informationsbedürfnis der Verbraucher und der freiwilligen Übernahme von Verpflichtungen durch den Unternehmer. So muss ihm außerhalb der Informationspflicht des EGBGB die Möglichkeit gegeben bleiben, im eigenen Interesse intern Verhaltenskodizes festzulegen, ohne diese zugleich der Öffentlichkeit zu präsentieren. In diesen Fällen eröffnen sich auch keine zu schützenden Vertrauenstatbestände des Verbrauchers. Sofern der Unternehmer einen Kodex aber zu Marketingzwecken nutzt, muss dem Werbeaddressaten aus Gründen des Vertrauensschutzes die Möglichkeit der Einsichtnahme in die eingegangenen Verpflichtungen gewährt werden.

Das Informationsgebot ist daher nur einschlägig, wenn das Unternehmen den Verhaltenskodex auch als Marketinginstrument verwendet. In diesem Fall ist jedoch die Veröffentlichung des vollständigen Verhaltenskodex eine wesentliche Information i. S. d. § 5a II UWG und deren Missachtung als Verstoß gegen dieses Informationsgebot zu werten⁵²⁸. Im Regelfall kann die Veröffentlichung mittels gut ersichtlicher Abrufbarkeit des Verhaltenskodex auf der Firmenhomepage des Unternehmens erfolgen⁵²⁹.

(b) Art und Umfang der Verpflichtungen

Im Gegensatz zur reinen Veröffentlichung des Verhaltenskodex würde ein Informationsgebot über die Art und den Umfang der eingegangenen Verpflichtungen einen weitaus stärkeren Eingriff in die Autonomie des Unternehmers bedeuten. Eine derartige Verpflichtung würde dem Verbraucher aufgrund der großen Bandbreite möglicher Inhalte und Ausgestaltungen von Verhaltenskodizes keinen Mehrwert bringen. Voraussetzung eines solchen Informationsgebotes wäre eine Vereinheitlichung von Inhalten in Verhaltenskodizes, die dem

- 527 Im Regelfall dürfte ansonsten ohnehin der Anwendungsbereich des UWG mangels geschäftlicher Handlung nicht eröffnet sein.
- 528 In diese Richtung lässt sich auch die Entscheidung des BGH im Fall »Umweltengel« interpretieren. Hier hatte ein Händler ohne nähere Angaben mit dem Umweltzeichen »Umweltengel« an seinen Waren geworben, ohne anzugeben, in welcher Beziehung die Anerkennung als umweltfreundlich erteilt wurde (BGH GRUR 1991, 548 – »Umweltengel«); im Ergebnis ebenso: BT-Drucks. 14/9200, S. 182 (Globalisierung der Weltwirtschaft – Herausforderungen und Antworten, Schlussbericht der Enquete-Kommission des Bundestages, 12.6.2002).
- 529 Der Verweis auf die firmeneigene Website wird grundsätzlich als zulässig erachtet: EuGH GRUR 2011, 930 (Rn. 56) – »Konsumentombudsmannen/Ving Sverige AB«.

Unternehmer jedoch die Möglichkeit nehmen würde, den Verhaltenskodex an die Struktur und Philosophie des Unternehmens anzupassen. Dies würde dem Grundgedanken eines Verhaltenskodex als freiwillig übernommener Ausdruck unternehmerischer Verantwortung widersprechen und ist daher abzulehnen.

(c) Verbindlichkeit

Inwiefern Informationsgebote über den Grad der Verbindlichkeit eines Verhaltenskodex notwendig sind, hängt letztlich vom Wortlaut der konkreten Selbstverpflichtung ab und ist damit eine Beurteilung im Einzelfall. Zweifelsohne kann ein Gewerbetreibender nicht mit der Übernahme besonderer Verantwortung in Form eines Verhaltenskodex werben und sich an anderer Stelle auf dessen Unverbindlichkeit berufen⁵³⁰. Zunächst ist daher jeder Verhaltenskodex als verbindliche Übernahme von eigenen Verpflichtungen zu werten und nur bei explizitem Hinweis als reine Absichtserklärung einzuordnen. Bei einem unverbindlichen Verhaltenskodex stellt für den Verbraucher der ausdrückliche Hinweis auf die Unverbindlichkeit eine wesentliche Information dar. Zudem kann ein erfolgter Hinweis auch den Erfordernissen des § 5a II UWG nicht genügen, wenn er erst an späterer Stelle innerhalb des Verhaltenskodex genannt wird und der sonstige Wortlaut den Eindruck der Verbindlichkeit weckt. Da der Unternehmer in diesen Fällen auch aktiv mit dem Verhaltenskodex wirbt, muss er sich die hierin enthaltenen Aussagen auch zurechnen lassen. Ein derartiges Informationsgebot stellt keine unzumutbare Belastung für den Unternehmer dar.

Ein ausdrücklicher und gut sichtbarer Hinweis auf die Unverbindlichkeit eines Verhaltenskodex bei reinen Absichtserklärungen stellt damit eine wesentliche Information i. S. d. § 5a II UWG dar⁵³¹.

530 Ebenso: *Henning-Bodewig*, WRP 2011, 1014 (1021).

531 Anzumerken ist hier noch, dass auch unverbindliche Verhaltenskodizes geeignet sind, beim Werbeadressaten bestimmte Erwartungen zu wecken, hierzu: 4. Kapitel, III., 3., b), cc), (3).

(d) Grundsätze der Überwachung

Für die konkrete Wirksamkeit eines Verhaltenskodex sind eine Überwachung der Einhaltung und festgeschriebene, turnusmäßige Überprüfungsmaßnahmen von grundlegender Bedeutung. Für den Verbraucher sind damit, neben der Information, inwieweit das Unternehmen den Verhaltenskodex als verbindlich erachtet, die festgeschriebenen Überwachungsmaßnahmen des Kodex von erheblicher Bedeutung, um die Ernsthaftigkeit der Umsetzung der Verpflichtung beurteilen zu können. Auch wenn nur ein geringer Anteil an Verbrauchern sich die Mühe machen wird, beworbene Verhaltenskodizes auf deren Überwachungsmaßnahmen hin zu untersuchen, ist diese Informationspflicht auch für Institutionen der »Informationsaufbereitung« (Verbraucherzentralen und -verbände, Stiftung Warentest oder Presseorgane) zu begrüßen. Eine Informationspflicht über die integrierten Überwachungsmaßnahmen ermöglicht dem Konsumenten zumindest mittelbar eine eingehendere Information über die Ernsthaftigkeit der Umsetzung eines Verhaltenskodex und ist daher als wesentliche Information des Verbrauchers i. S. d. § 5a II UWG zu werten⁵³².

c) Vorenthalten

Neben der »Wesentlichkeit« dieser Informationen im Rahmen des § 5a II UWG ist deren »Vorenthalten« Voraussetzung für das Vorliegen des Tatbestandes. Nach der UWG-Novelle 2015 sind dem »Vorenthalten« das »Verheimlichen« (§ 5a II S. 2 Nr. 1 UWG), das »zweckwidrige Bereitstellen« (§ 5a II S. 2 Nr. 2 UWG) und das »nicht rechtzeitige« Bereitstellen der wesentlichen Informationen gleichgestellt.

Die Wesentlichkeit einer Information für die Verbraucherentscheidung und die Feststellung, ob diese i. S. d. Gesetzes »vorenthalten« wurde, stehen in einem Spannungsverhältnis zueinander, denn je bedeutsamer eine Information für den Konsumenten ist, umso größere Anstrengungen sind dem Unternehmer zur Beschaffung dieser Information zuzumuten⁵³³. Die Voraussetzung des Vorentaltens ist vor allem dann relevant, wenn durch Beschränkungen

532 Ebenso: BT-Drucks. 14/9200, S. 182 (Globalisierung der Weltwirtschaft – Herausforderungen und Antworten, Schlussbericht der Enquete-Kommission des Bundestages, 12.6.2002); Kocher, GRUR 2005, 647 (652).

533 Harte/Henning/Dreyer, UWG, § 5a Rn. 52.

in technischer, räumlicher oder zeitlicher Hinsicht die Möglichkeiten und Begrenzungen des gewählten und eingesetzten Kommunikationsmittels eine unmittelbare Anzeige der wesentlichen Information verhindern⁵³⁴. Die nunmehr in § 5a V UWG umgesetzte »Medienklausel« des Art. 7 III UGP-RL führt hierzu aus, dass in diesem Fall alle Maßnahmen, die der Gewerbetreibende getroffen hat, um dem Verbraucher die Information anderweitig zur Verfügung zu stellen, bei der Entscheidung darüber, ob Informationen vorenthalten werden, berücksichtigt werden. Die positive Entscheidung über die Wesentlichkeit einer Information entbindet folglich nicht von der im Einzelfall erforderlichen Interessenabwägung, ob die Information i. S. d. § 5a II UWG »vorenthalten« wird⁵³⁵. Von Bedeutung ist hier insbesondere, inwieweit der Unternehmer im Internet diese Informationen veröffentlicht hat und der Verbraucher diese Informationen ohne Weiteres auffinden kann. Einen im vorliegenden Kontext besonders relevanten Fall stellt das »zweckwidrige Bereitstellen« des § 5a II S. 2 Nr. 2 UWG dar. Diese Fallgruppe kann etwa dann erfüllt sein, wenn der Unternehmer Informationen für den deutschen Markt nicht in deutscher Sprache bereithält⁵³⁶. Eine Ausnahme wird hier für Verhaltenskodizes in englischer Sprache zu machen sein, da hierfür auch das Interesse des Unternehmers an einer ggf. konzernweiten, einheitlichen sprachlichen Ausgestaltung des Kodex spricht.

d) Spürbarkeitserfordernis und Verstoß gegen die unternehmerische Sorgfalt

Nach der neuen Regelungssystematik des UWG 2015 findet sich das Spürbarkeitserfordernis nicht mehr zentral in der Generalklausel des § 3 UWG, sondern wird von den einzelnen Unlauterkeitstatbeständen direkt umfasst⁵³⁷. Der noch zum alten Lauterkeitsrecht geführte (vornehmlich dogmatische) Streit über die Frage der Spürbarkeit als zusätzlichem Erfordernis des § 5a UWG oder einer Integration des Merkmals in das Kriterium der »Wesentlichkeit«

534 Körber/Heinlein, WRP 2009, 780 (784); Sosnitza, WRP 2008, 1014 (1031).

535 Harte/Henning/Dreyer, UWG, § 5a Rn. 54, 67.

536 Alexander, WRP 2016, 139 (144).

537 Ebenda, S. 143.

hat sich damit nach der Reform erledigt⁵³⁸. Das Spürbarkeitserfordernis des § 5a II S. 1 Nr. 2 UWG ist als eigenständiges Merkmal in jedem Einzelfall zu prüfen und ein von der »Wesentlichkeit« der Information losgelöstes Kriterium der Irreführung durch Unterlassen.

Ein im Rahmen des § 5a II UWG 2008 vom BGH teilweise angenommenes zusätzliches Erfordernis eines Verstoßes gegen die (nunmehr) unternehmerische Sorgfalt des § 3 II UWG⁵³⁹ ist zwischenzeitlich vom EuGH mangels richtlinienkonformer Auslegung anhand des Art. 7 UGP-RL abgelehnt worden⁵⁴⁰ und auch nach dem eindeutigen Wortlaut und der Systematik der neuen Gesetzesfassung nicht mehr zu prüfen⁵⁴¹.

4. Verschweigen von Tatsachen i. S. d. § 5a I UWG

§ 5a I UWG gilt als einziger Tatbestand der Vorschrift auch für den geschäftlichen Verkehr mit Unternehmen und ist systematisch eigentlich der aktiven Irreführung in § 5 UWG zuzuordnen⁵⁴². Die Vorschrift hat bei genauerer Be- trachtung diesem ggü. keinen zusätzlichen Anwendungsbereich: So setzt das als Irreführung durch Unterlassung von § 5a I UWG erfasste Verschweigen einer Tatsache voraus, dass sich die angesprochenen Verkehrskreise durch das Verschweigen täuschen lassen, was jedoch zugleich damit verbunden ist, dass der Erklärungsempfänger den Aussagen des Erklärenden einen weiteren konkludenten Erklärungsinhalt bemisst, welcher immer unter den Tatbestand der aktiven Irreführung des § 5 UWG fällt⁵⁴³. Sofern der Erklärungsempfänger sich dagegen keine weiteren Gedanken macht, fehlt es auch an einer Irreführung durch Unterlassen⁵⁴⁴, weshalb auf eine zusätzliche Prüfung des § 5a I

538 Vgl. noch zum UWG 2008 die Rechtsprechung: BGH GRUR 2010, 1142 (Rn. 24) – »Holzhocker«; BGH GRUR 2010, 852 (Rn. 21) – »Gallardo Spyder«; a. A. Harte/Henning/Dreyer, UWG; § 5a Rn. 83; Alexander, GRUR-Int 2012, 1 (5); Steinbeck, WRP 2011, 1221 (1225); differenzierend: Ohly/Sosnitza/Sosnitza, UWG, § 5a Rn. 6.

539 BGH GRUR 2010, 248 (Rn. 31) – »Kamerakauf im Internet«; ebenso: KG GRUR-RR 2011, 278 (279) – »Lesbarkeit«.

540 EuGH WRP 2014, 38 (Ls.) – »CHS Tour Services/Team4 Travel«.

541 Köhler/Bornkamm/Köhler, UWG, 34. Auflage, § 5a Rn. 3.45; Alexander, WRP 2016, 139 (143); Niebel/Jauch, BB 2016, 259 (263).

542 Köhler/Bornkamm/Bornkamm, UWG, § 5a Rn. 6.

543 Ebenda.

544 Ebenda.

UWG hier verzichtet wird und diese Fälle im Rahmen des § 5 UWG behandelt werden.

5. Fazit

Die Informationspflichten des § 5a III und IV UWG sind im Regelfall nicht bei Werbemaßnahmen mit Verhaltenskodizes einschlägig, da diese als unternehmensbezogene Werbung grundsätzlich nicht im Rahmen konkreter Produktangebote erfolgt.

Für die Frage nach Informationspflichten des § 5a II UWG ist das Merkmal der »Wesentlichkeit« der Information für den Verbraucher entscheidend. Der Gesetzgeber hat festgelegt, dass es der Rechtsprechung überlassen bleibt zu beurteilen, welche Informationen im konkreten Einzelfall so wesentlich sind, dass der Unternehmer sie von sich aus zu offenbaren hat⁵⁴⁵. Inwieweit eine Aussage über Belange unternehmerischer Verantwortung das Wesentlichkeitskriterium erfüllt, lässt sich jedoch nicht abschließend aus der Rechtsprechung herauslesen. Als allgemeine Aussage lässt sich der Judikatur nur entnehmen, dass ökologische oder ethische Belange der Ware oder des Unternehmens jedenfalls nicht von sich heraus als wesentlich angesehen werden. Auf der anderen Seite kann die »Wesentlichkeit« jedoch auch nicht aus dem Grund verneint werden, dass eine Werbeaussage lediglich »ideelle« Aspekte unternehmerischer Verantwortung betreffe. Dies käme praktisch einer staatlichen Bevormundung des Verbrauchers gleich: Der Gesetzgeber würde für ihn die Entscheidung treffen, welche Kriterien er bei seiner Entscheidung berücksichtigen muss, weswegen dies mit dem geltenden Verbraucherleitbild unvereinbar ist. Die Beurteilung der Wesentlichkeit einer Information in und über Verhaltenskodizes muss damit letztlich im Einzelfall aufgrund des europäischen Verbraucherverständnisses und der Interessen des Unternehmers abgewogen werden⁵⁴⁶.

Die Werbung mit Verhaltenskodizes zeichnet sich durch ein Spannungsverhältnis aus, wonach Unternehmen zwar auf der einen Seite zur freiwilligen Übernahme von Verantwortung bewegt werden sollen, auf der anderen Seite sich aber aus den i. d. R. nicht nachprüfbar und häufig in verbindlicher Sprache abgehaltenen Informationen der Selbstverpflichtungen hohe Irrefüh-

545 BT-Drucks. 16/10145, S. 26.

546 Harte/Henning/Dreyer, UWG, § 5a Rn. 64.

rungsgefahren ergeben. Infolge der mangelhaften Effektivität von Informationspflichten für die Aufklärung des Werbeadressaten in diesem Bereich und einer nur schwer darstellbaren allgemeinen Informationspflicht durch Vereinheitlichung von Verhaltenskodizes sollte dem Interesse der Unternehmen, ihre Selbstverpflichtungen nach eigenem Bedarf an den Strukturen und Philosophien des Betriebes auszustalten, grundsätzlich der Vorrang eingeräumt werden. Gerade in diesem Bereich ist der Schwerpunkt lauterkeitsrechtlicher Überprüfung, entgegen der europäischen Entwicklung, bei der Irreführungskontrolle des § 5 UWG zu sehen. Hinsichtlich möglicher Gefahren der Irreführung bei aktiv getätigten Äußerungen ist der Unternehmer weniger schutzwürdig, da er die Aussagen beeinflussen und das Irreführungsrisiko selbst steuern kann. Dagegen führen nicht kodifizierte Informationsgebote in einem derart komplexen und weitreichenden Gebiet zu erheblicher Rechtsunsicherheit.

Der Schwerpunkt lauterkeitsrechtlicher Überprüfung liegt damit in der Vermeidung irreführender Aussagen. Informationsgebote sind restriktiv zu handhaben und nur auf den Bereich zu beschränken, der für den Verbraucher einen tatsächlichen Nutzen darstellt und zu keiner unbilligen Belastung der Unternehmen führt. Zu diesen wesentlichen Informationen, die bei einer werblichen Verwendung eines Verhaltenskodex in jedem Fall anzugeben sind, zählen:

- Die vollständige Veröffentlichung des Verhaltenskodex in einem der Allgemeinheit zugänglichen Medium (insb. die gut ersichtliche Bereitstellung auf der Firmenhomepage), sofern in der öffentlichen Kommunikation auf die verantwortungsvolle Unternehmenspolitik hingewiesen wird.
- Eine eindeutige und gut erkennbare Klarstellung, sofern ein Verhaltenskodex nur als unverbindliches Regelwerk ausgestaltet ist.
- Informationen über die Grundsätze der Überwachungsmaßnahmen, die eine Durchsetzung des Verhaltenskodex sichern sollen.

Diese Informationspflichten knüpfen mit dem Bezug auf die Veröffentlichung eines Verhaltenskodex an ein vorangegangenes Verhalten⁵⁴⁷ des Unternehmers an, worauf die Erwartungshaltung der Werbeadressaten basiert. Diese Informationen sind als wesentlich i. S. d. § 5a II UWG einzuordnen und besitzen im Regelfall auch geschäftliche Relevanz für die Verbraucherentscheidung.

547 Die »Veranlassung« durch den Unternehmer ebenfalls als maßgeblichen Gesichtspunkt ansehend: von Walter, Corporate Social Responsibility, S. 194.

III. Aktive Irreführung der Marktgegenseite (§ 3 III UWG i. V. m. Nr. 1 und Nr. 3 des Anhangs sowie § 5 UWG)

1. Einleitung

a) Einführung

Wie zuvor festgestellt, liegt die hauptsächlich beabsichtigte und tatsächliche Wirkung einer werblichen Herausstellung von Verhaltenskodizes in der Schaffung normativer Erwartungen beim Werbeaddressaten. Besonders die Irreführungstatbestände des Lauterkeitsrechts haben die Aufgabe, diese geschaffene Erwartungshaltung des Werbeaddressaten zu schützen.

Bei allen Tatbeständen des UWG ist die sog. »schwarze Liste« des § 3 III UWG, welche auf Anhang I der UGP-RL beruht, vorrangig zu beachten. Diese Prüfung ist daher nur aufgrund der inhaltlichen Parallelen zu § 5 UWG innerhalb der aktiven Irreführung verortet. Ein Verstoß gegen die hier genannten geschäftlichen Handlungen ist stets unlauter und somit unabhängig vom Grundtatbestand des § 5 I S. 1 UWG und der Spürbarkeitsschwelle des § 3 I UWG⁵⁴⁸. Vor allem kommt es bei den Tatbeständen des abschließenden Kataloges des Anhangs zu § 3 III UWG nicht auf eine konkrete Täuschungseignung im Einzelfall an⁵⁴⁹.

Die aktive Irreführung der Werbeaddressaten wird innerhalb des § 5 UWG geregelt, welcher im Jahr 2008 an die Vorgaben der UGP-RL angepasst und im Rahmen der UWG-Novelle 2015 – mit der Ausnahme der Anpassung des Spürbarkeitskriteriums des § 5 I S. 1 UWG an den Wortlaut der UGP-RL – nicht modifiziert wurde. § 5 I S. 1 UWG fasst in Form einer Generalklausel den Irreführungstatbestand zusammen. Unlauter handelt danach, wer eine irreführende geschäftliche Handlung vornimmt, die geeignet ist, den Verbraucher oder sonstigen Marktteilnehmer zu einer geschäftlichen Entscheidung zu veranlassen, die er andernfalls nicht getroffen hätte (§ 5 I S. 1 UWG). Das Gesetz statuiert damit den das gesamte Wettbewerbsrecht beherrschenden Wahrheitsgrundsatz, nach dem es lauterem Verhalten widerspricht, sich Wettbewerbsvorteile durch Täuschung resp. durch das Hervorrufen eines unrichtigen, der Wirklichkeit nicht entsprechenden Eindrucks zu verschaffen, und der Getäuschte hierdurch seine Entscheidung in (unbewusster) Unkenntnis

548 Götting/Meyer/Vormbrock/Meyer, Gewerblicher Rechtsschutz, § 27 Rn. 15.

549 Ebenda.

vom tatsächlichen Sachverhalt trifft⁵⁵⁰. § 5 I S. 2 UWG orientiert sich an Art. 3 der Irreführungsrichtlinie⁵⁵¹ und Art. 6 der UGP-RL und konkretisiert den Irreführungstatbestand, indem er Umstände nennt, auf die sich die Täuschung oder die Täuschungseignung beziehen muss⁵⁵². Die weiteren Absätze des § 5 UWG betreffen für die vorliegende Untersuchung nicht relevante Sonderformen der Irreführung.

b) Erläuterung der verwendeten Prüfungsmethodik im Rahmen des § 5 I UWG

Bisher existiert noch keine Rechtsprechung zum Problembereich einer Irreführung durch Werbemaßnahmen mit Verhaltenskodizes. Zudem erschwert die erhebliche Variationsbreite möglicher Selbstverpflichtungen eine allgemeine rechtliche Einordnung dieses Werbetypus unter § 5 UWG. Die hier verfolgte Prüfungsmethodik richtet sich daher nach zwei Grundsätzen:

Zum einen wird – wenn möglich – versucht, bei der Beurteilung von Werbemaßnahmen an Entscheidungen in verwandten Werbegruppen anzuknüpfen. Gerade Entscheidungen zu Werbemaßnahmen, die mittels Verwendung von Hinweisen auf altruistische Zwecke (Umweltschutz oder soziale Belange) eine bestimmte Marktklientel ansprechen, können hier ggf. eine Hilfestellung zur rechtlichen Einordnung geben.

Zum anderen lässt sich der erheblichen Variationsbreite einschlägiger Selbstverpflichtungen nur mit einer systematisierenden Eingruppierung begreifen. Da als Werbeaddressee vorrangig der Verbraucher in Frage kommt, erfolgt die Beurteilung anhand der Kriterien des hierfür einschlägigen Verbraucherleitbildes. Es wird – quasi umgekehrt – von dessen durch den europäischen Gesetzgeber und die Rechtsprechung festgelegten Fähigkeiten bei der Aufnahme und Verarbeitung von Werbebotschaften ausgehend hinterfragt, welche Werbeaussagen – abseits von rein objektiv falschen Aussagen – geeignet sind, den Verbraucher in die Irre zu führen.

⁵⁵⁰ BGH GRUR 1995, 744 (747) – »Feuer, Eis & Dynamit I«; Ohly/Sosnitza/Sosnitza, UWG, § 5 Rn. 8.

⁵⁵¹ Richtlinie 84/450/EWG des Rates vom 10. September 1984 zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über irreführende Werbung.

⁵⁵² Harte/Henning/Dreyer, UWG, § 5 Rn. 15.

2. Die Tatbestände der »schwarzen Liste« des § 3 III UWG

Die Tatbestände der »schwarzen Liste« im Anhang von § 3 III UWG wurden im Zuge der Umsetzung der UGP-RL im Jahr 2008 eingeführt. Diese Regelungen sollen zu einer erhöhten Rechtssicherheit beitragen, indem diejenigen geschäftlichen Handlungen, die unter allen Umständen als unlauter zu werten sind, eindeutig identifiziert werden können⁵⁵³. Die Tatbestände der »schwarzen Liste« beziehen sich nur auf geschäftliche Handlungen ggü. Verbrauchern und enthalten sog. »*per se* – Verbote«, welche mit Erfüllung des Tatbestandes ohne zusätzliche Spürbarkeitsprüfung zum Unlauterkeitsurteil gelangen⁵⁵⁴. Eine analoge Anwendung der Vorschriften auf das B2B-Verhältnis ist aufgrund der Ausgestaltung des Anhangs als »*per se*-Verbote« ausgeschlossen. Dennoch wird zumeist eine Übertragung der Wertungen im Sinne einer Indizwirkung im B2B-Verhältnis befürwortet, da Unternehmen als Adressaten diesbezüglicher Äußerungen nicht weniger schutzwürdig sind⁵⁵⁵.

In den Fällen des § 3 III UWG i. V. m. Nr. 1 und Nr. 3 des Anhangs werden irreführende geschäftliche Handlungen im Zusammenhang mit Verhaltenskodizes angesprochen. Beide Tatbestände sollen gewährleisten, dass Unternehmer verantwortungsbewusst mit Selbstverpflichtungen im Rahmen ihrer Marketingtätigkeiten umgehen⁵⁵⁶. Neben dem Verbraucherschutz dienen die Verbotstatbestände zugleich dem Schutz der Mitbewerber, die in einen durch einen Kodex gebundenen Geschäftspartner erhöhtes Vertrauen setzen und dieser hierdurch im Geschäftsleben ein höheres Ansehen genießt⁵⁵⁷.

a) § 3 III UWG i. V. m. Nr. 1 des Anhangs – Unterzeichner eines Verhaltenskodex

aa) Allgemeines

Gem. § 3 III UWG i. V. m. Nr. 1 des Anhangs ist »die unwahre Angabe eines Unternehmers, zu den Unterzeichnern eines Verhaltenskodex zu gehören«,

553 Erwägungsgrund 17 der UGP-RL (RL 2005/29/EG vom 11.5.2005).

554 Genaueres zur Dogmatik der Tatbestände der »schwarzen Liste« bei: Teplitzky/Pfeifer/Leistner/Fritzsche/Pfeifer, Großkommentar UWG, § 3 Rn. 684ff.

555 So etwa: MüKo/UWG/Alexander, Band 1, Anh. § 3 III Nr. 3 Rn. 10; Teplitzky/Pfeifer/Leistner/Pfeifer, Großkommentar UWG, § 3 Rn. 696; Hoeren, BB 2008, 1182 (1187); anders dagegen: Harte/Henning/Dreyer, UWG, Anh. § 3 III Nr. 1 Rn. 5.

556 MüKo/UWG/Alexander, Band 1, Anh. § 3 III Nr. 1 Rn. 4.

557 Ebenda, Rn. 6.

eine unzulässige geschäftliche Handlung. § 3 III UWG i. V. m. Nr. 1 des Anhangs lehnt sich eng an den Wortlaut der entsprechenden Norm des Anhangs der UGP-RL an und steht in einem ergänzenden Verhältnis zu § 5 I S. 2 Nr. 6 UWG: Während § 3 III UWG i. V. m. Nr. 1 des Anhangs das Fehlen behaupteter Bindung an den Verhaltenskodex sanktioniert, behandelt die Norm des § 5 I S. 2 Nr. 6 UWG die Nichteinhaltung von Verpflichtungen aus dem Verhaltenskodex.

bb) Tatbestandsmerkmale

(1) Verhaltenskodex

Der Begriff »Verhaltenskodex« entspricht dem zuvor in der Definition des § 2 I Nr. 5 UWG behandelten Terminus⁵⁵⁸. So enthält der Wortlaut des § 3 III UWG i. V. m. Nr. 1 des Anhangs im Gegensatz zu § 5 I S. 2 Nr. 6 UWG gerade keinen Ausschluss reiner Absichtserklärungen.

(2) Unterzeichner

Nach dem Wortlaut des § 3 III UWG i. V. m. Nr. 1 des Anhangs greift die Norm ein rein formales Kriterium auf, nämlich die Unterzeichnung eines Verhaltenskodex, die häufig dadurch entsteht, dass ein Unternehmer einem Verband oder Verein beitritt, der den Kodex entwickelt oder verabschiedet hat und diese Verpflichtung an die Mitglieder weitervermittelt⁵⁵⁹. Es besteht Einigkeit darüber, dass die (schriftliche) »Unterzeichnung« nur den typischen Fall derartiger Verpflichtungen darstellt und die konkrete Form der Verpflichtung im Rahmen des Tatbestandes keine Rolle spielt⁵⁶⁰. Für den Verbraucher als zu schützenden Adressaten der Angabe ist die vertragsrechtliche Lage ohnehin irrelevant.

558 Vgl. Hierzu das 3. Kapitel der Untersuchung.

559 Birk, GRUR 2011, 196 (198).

560 Teplitzky/Pfeifer/Leistner/Lindacher, Großkommentar UWG, Anh. § 3 III Nr. 1 Rn. 10; Bülesbach, Auslegung der irreführenden Geschäftspraktiken des Anhangs, S. 43; Schöttle, WRP 2009, 673 (674); Lamberti/Wendel, WRP 2009, 1479 (1486); Dreyer, WRP 2007, 1294 (1298).

(3) Unwahre Angabe

§ 3 III UWG i. V. m. Nr. 1 des Anhangs erfasst jedenfalls die ausdrückliche und objektiv unwahre Angabe des Unternehmers, er gehöre zu den Unterzeichnern eines Verhaltenskodex. Eine solche ausdrückliche (unwahre) Aussage dürfte in der Praxis selten vorkommen, weshalb sich die Frage stellt, inwieweit auch konkludente Angaben des Unternehmers, die auf einen derartigen Kontext schließen lassen, vom Anwendungsbereich der Norm umfasst sind. Dies betrifft insb. Fälle, in denen ein Unternehmer bspw. ein Logo nutzt, welches nur bei einer Bindung an einen bestimmten Kodex verwendet werden darf oder sonstige Hinweise im Briefkopf oder innerhalb des Internetauftrittes auf eine Bindung schließen lassen⁵⁶¹.

Eine ausdrückliche Behauptung wird vor allem aus dem Grund gefordert, dass der Wortlaut der jeweiligen Tatbestände des § 3 III UWG explizit zwischen den Fällen einer »unwahren Angabe« und den Fällen einer »unwahren Angabe und dem Erwecken des unzutreffenden Eindrucks« unterscheidet⁵⁶². Im Gesetzentwurf der Bundesregierung ist jedoch festgehalten, dass eine ausdrückliche Aussage nicht notwendig ist, da der Verkehr dies auch schon aufgrund der bloßen Bezugnahme auf die Unterzeichnereigenschaft erwartet⁵⁶³. Berechtigterweise stellt sich die Frage, ob eine derartige Eingrenzung des Tatbestandes vom Richtliniengeber gewollt ist. Aus der in der Richtlinie verwendeten Formulierung »Behauptung« lässt sich dies nicht herauslesen: Eine objektiv falsche Behauptung kann, nach dem anhand des Sprachgebrauchs überkommenen Rechtsverständnis, sowohl ausdrücklich als auch konkludent erfolgen⁵⁶⁴. Das Bestreben des Gesetzgebers, mit Einführung der »schwarzen

561 Auch könnte der Verbotstatbestand § 3 III Nr. 1 einschlägig sein, wenn ein Unternehmer einen Werbefilm vermarktet, in dem er (fälschlicherweise) bei der Unterzeichnung eines Verhaltenskodex gezeigt wird (*Büllesbach*, Auslegung der irreführenden Geschäftspraktiken des Anhangs, S. 42).

562 Köhler/Bornkamm/*Bornkamm*, UWG, Anh. zu § 3 III Rn. 1.4. Im Ergebnis ebenso: Harte/Henning/*Dreyer*, UWG, Anh., § 3 III Nr. 1 Rn. 8; Fezer/*Pfeifer*, Lauterkeitsrecht, Band 1, Anh. § 3 III Nr. 1 Rn. 15; Loschelder/*Erdmann*/*Loschelder*/*Dörr*, Wettbewerbsrecht, § 47 Rn. 4. *Birk*, GRUR 2011, 196 (198).

563 BT-Drucks. 16/10145, S. 31.

564 So hat das LG Erfurt die Platzierung von Verlinkungen zu Brandschutz-Fachverbänden auf der Webseite eines Unternehmens als irreführend gewertet, da das Unternehmen diesen Verbänden nicht angehörte und beim Verbraucher hierdurch der Eindruck der Mitgliedschaft entstünde. Vgl. LG Erfurt, MMR 2003, 491 (491) – »Link auf Berufsverband«.

Liste« ein höheres Maß an Rechtssicherheit zu erlangen, erfordert die Klarheit einer Behauptung, jedoch nicht notwendigerweise deren Ausdrücklichkeit⁵⁶⁵. Dies widerspricht auch nicht dem Grundsatz einer restriktiven Interpretation der Tatbestände der »schwarzen Liste«⁵⁶⁶. An anderer Stelle unterscheidet der Anhang auch zwischen einer »Behauptung [...] obgleich dies nicht der Fall ist« (Nr. 1, 3, 4), einer »falsche[n] Behauptung« (Nr. 7, 17) und einer »sachlich falsche[n] Behauptung« (Nr. 12), ohne dass zugleich ein Bedeutungsunterschied erkennbar wäre⁵⁶⁷.

Dem Zweck der UGP-RL entspricht es eher, ausdrückliche und konkludente Angaben gleich zu behandeln, solange diese für den Adressaten unzweideutig zu verstehen sind⁵⁶⁸.

cc) Besondere Fragestellungen

Kontrovers diskutiert wird die Frage, ob von § 3 III UWG i. V. m. Nr. 1 des Anhangs auch der Fall erfasst wird, dass der Unternehmer zwar eine Verpflichtungserklärung abgegeben hat, diese tatsächlich jedoch keine verbindliche Wirkung entfaltet, da die Erklärung oder der Verhaltenskodex selbst rechtlich unwirksam ist. Der Wortlaut des § 3 III UWG i. V. m. Nr. 1 des Anhangs stellt explizit auf die »Behauptung« des Gewerbetreibenden ab und spricht daher für eine rein formale Betrachtung, in der weitere Gründe, die für eine fehlende Bindung sprechen, nicht erfasst sind. Eine enge Auslegung der Norm würde auch der herrschenden Meinung entsprechen, die aus Art. 5 V UGP-RL⁵⁶⁹

565 *Lindacher*, WRP 2012, 40 (40).

566 So aber: *Teplitzky/Pfeifer/Leistner/Pfeifer*, Großkommentar UWG, Anh. § 3 Rn. 704.

567 *Ohly/Sosnitza/Sosnitza*, UWG, Anh. § 3 III Rn. 6.

568 Im Ergebnis ebenso: *Teplitzky/Pfeifer/Leistner/Lindacher*, Großkommentar UWG, Anh. § 3 III Nr. 1 Rn. 12 (dem widersprechend jedoch: *Teplitzky/Pfeifer/Leistner/Pfeifer*, Großkommentar UWG, Anh. § 3 Rn. 704); *Ohly/Sosnitza/Sosnitza*, UWG, Anh. § 3 III Rn. 6; *Büllesbach*, Auslegung der irreführenden Geschäftspraktiken des Anhangs, S. 42; *Lindacher*, WRP 2012, 40 (40); *Schöttle*, WRP 2009, 673 (674); *Kopp/Klostermann*, CCZ 2009, 155 (157); *Lamberti/Wendel*, WRP 2009, 1479 (1486); *Sosnitza*, WRP 2008, 1014 (1021).

569 »Anhang I enthält eine Liste jener Geschäftspraktiken, die unter allen Umständen als unlauter anzusehen sind. Diese Liste gilt einheitlich in allen Mitgliedstaaten und kann nur durch eine Änderung dieser Richtlinie abgeändert werden.« (Art. 5 V UGP-RL)

den Grundsatz einer restriktiven Interpretation der Verbotstatbestände herausliest⁵⁷⁰.

Teilweise wird der Anwendungsbereich aber anhand des Schutzzweckes der Norm interpretiert, wonach diese den Verbraucher (und ggf. mittelbar den Unternehmer) vor unlauterem Verhalten schützen soll⁵⁷¹. Das zentrale Unlauterkeitsmoment liegt aber aus Verbrauchersicht nicht in der fehlenden Verpflichtungserklärung, sondern in der fehlenden Bindung an einen Verhaltenskodex⁵⁷². Richtig ist, dass es für den Verbraucher keinen Unterschied macht, aus welchen Gründen die tatsächliche Bindung (entgegen der Behauptung des Unternehmers) fehlt. Auch das Fehlen des Merkmals der Bösgläubigkeit des Unternehmers⁵⁷³ innerhalb des Tatbestandes spricht dafür, diesem das Risiko seiner mangelhaften Erklärung aufzubürden. Anhand des Verschuldenserfordernisses ist ohnehin innerhalb der Rechtsfolgen zu differenzieren.

Es ist jedoch zu bezweifeln, dass der Verbraucherschutz eine Erweiterung des Tatbestandes auf die Fälle einer tatsächlich unwirksamen Verpflichtung überhaupt erfordert. Sofern der Verhaltenskodex bzw. die Verpflichtungserklärung aus bestimmten Gründen unwirksam ist, liegt tatsächlich kein Verhaltenskodex des werbenden Unternehmens vor. Die Irreführung des Verbrauchers richtet sich dann aber nach den normalen Grundsätzen des UWG, es kommt insb. der Tatbestand des § 5 I S. 2 Nr. 3 Var. 3 UWG in Betracht (»Irreführung über den Umfang von Verpflichtungen des Unternehmens«). Dieser Sachverhalt entspricht letztlich dem Fall, in dem der Unternehmer behauptet, zu den Unterzeichnern eines tatsächlich nicht bestehenden – fiktiven – Kodex zu gehören. Schließlich wird für die Unbeachtlichkeit der Bindungswirkung noch ins Feld geführt, dass den Gerichten andernfalls im Rahmen des § 3 III UWG i. V. m. Nr. 1 des Anhangs ein erheblicher Prüfungsaufwand zugemutet würde, da diese inzident komplexe (u. U. auch kartellrechtliche) Fragen zu

570 Harte/Henning/*Henning-Bodewig*, UWG, Anh. zu § 3 III Vorb. Rn. 14; Loschelder/Erdmann/*Bruhn*, Wettbewerbsrecht, § 46 Rn. 14; Teplitzky/Pfeifer/Leistner/*Pfeifer*, Großkommentar UWG, Anh. § 3 Rn. 704; Schöttle, WRP 2009, 673 (674); Sosnitza, WRP 2008, 1014 (1021); a. A.: Köhler/Bornkamm/*Köhler/Bornkamm*, UWG, Anh. § 3 III Einf. Rn. 0.8.

571 Harte/Henning/*Dreyer*, UWG, Anh. § 3 III Nr. 1 Rn. 10; MüKo/UWG/*Alexander*, Band 1, Anh. § 3 III Nr. 1 Rn. 20; Kopp/*Klostermann*, CCZ 2009, 155 (157); Lamberti/*Wendel*, WRP 2009, 1479 (1487); *Dreyer*, WRP 2007, 1294 (1298).

572 *Dreyer*, WRP 2007, 1294 (1298).

573 Welches im Entstehungsprozess der Richtlinie durchaus umstritten war (hierzu Näheres bei: *Dreyer*, WRP 2007, 1294 (1298)).

untersuchen hätten, um die Wirksamkeit des Verhaltenskodex beurteilen zu können⁵⁷⁴.

Im Fall des § 3 III UWG i. V. m. Nr. 1 des Anhangs ist also die Wirksamkeit der Verpflichtung bzw. des Verhaltenskodex selbst unbeachtlich. Die Norm bezieht sich nur auf die Frage, ob der Unternehmer tatsächlich eine Verpflichtungserklärung auf den Kodex abgegeben hat.

dd) Unbeachtliche Kriterien

§ 3 III UWG i. V. m. Nr. 1 des Anhangs berücksichtigt keine subjektiven Elemente. Die Frage nach der Bösgläubigkeit des Unternehmers erübrigt sich daher ebenso wie die Prüfung einer irrtümlich unwahren Behauptung des Gewerbetreibenden⁵⁷⁵. Die Berücksichtigung subjektiver Elemente würde auch dem Zweck des Anhangs, zur Erhöhung der Rechtssicherheit beizutragen⁵⁷⁶, widersprechen, da hierdurch dem Gewerbetreibenden teilweise schwer zu entkräftende Verteidigungsmöglichkeiten eröffnet würden. Eine Beurteilung im Einzelfall soll aber gerade vermieden werden⁵⁷⁷.

Innerhalb des Gesetzentwurfes zur Umsetzung der UGP-RL stellt der Gesetzgeber fest, dass auch im Rahmen des Anhangs des § 3 III UWG dennoch der Vorbehalt der Verhältnismäßigkeit gilt⁵⁷⁸. Diese Aussage wird in der Literatur überwiegend abgelehnt⁵⁷⁹, da sie das Prinzip des Verbotes ohne Wertungsmöglichkeit durchbricht und damit klar der Absicht des Richtliniengebers, Geschäftspraktiken zu formulieren, die »unter allen Umständen als unlauter

574 Wobei es der Klarstellung bedarf, dass eine derartige Prüfung ohnehin im Rahmen des § 5 I S. 2 Nr. 3 UWG unvermeidbar ist, aufgrund des Darbringungsgrundsatzes der Parteien aber keine unzumutbare Belastung der Gerichte darstellt (vgl. hierzu: Kapitel 4, III., 3., a, dd)).

575 Teplitzky/Pfeifer/Leistner/Lindacher, Großkommentar UWG, Anh. § 3 III Nr. 1 Rn. 12; Bülesbach, Auslegung der irreführenden Geschäftspraktiken des Anhangs, S. 42; Dreyer, WRP 2007, 1294 (1299).

576 BT-Drucks. 16/10145, S. 30.

577 Ebenda.

578 Ebenda.

579 Harte/Henning/Glöckner, Einl. B Rn. 436; Harte/Henning/Henning-Bodewig, UWG, Anh. zu § 3 III Vorb. Rn. 20; Ohly/Sosnitza/Sosnitza, UWG, Anh. zu § 3 III Rn. 3; Teplitzky/Pfeifer/Leistner/Pfeifer, Großkommentar UWG, Anh. § 3 Rn. 700; Loschelder/Erdmann/Bruhn, Wettbewerbsrecht, § 46 Rn. 17f.; Scherer, WRP 2011, 393 (399); Sosnitza, WRP 2008, 1014 (1020f.); a. A. wohl nur: Schöttle, WRP 2009, 673 (674).

gelten«⁵⁸⁰, widerspricht. Es liegt daher näher, den Willen des Richtliniengabers so zu interpretieren, dass im Rahmen des Anhangs schon bei der Ausgestaltung der einzelnen differenzierten Tatbestände der Aspekt der Verhältnismäßigkeit Einklang gefunden hat⁵⁸¹.

b) § 3 III UWG i. V. m. Nr. 3 des Anhangs – Billigung eines Verhaltenskodex

aa) Allgemeines

§ 3 III UWG i. V. m. Nr. 3 des Anhangs sanktioniert die wahrheitswidrige Behauptung eines Gewerbetreibenden, ein Verhaltenskodex »sei von einer öffentlichen oder anderen Stelle gebilligt«. Die Norm schützt das gesteigerte Vertrauen, das der Verbraucher in neutrale Stellen setzt, mit denen er eine höhere Reputation oder Glaubwürdigkeit verbindet und die einem Verhaltenskodex einen »offiziellen Status« verleihen.

bb) Tatbestandsmerkmale

(1) Verhaltenskodex

Der Begriff des »Verhaltenskodex« entspricht der Bestimmung des § 2 I Nr. 5 UWG⁵⁸².

(2) Öffentliche oder andere Stelle als Zertifizierungsinstanz

Zumindest in Deutschland ist die Beteiligung unabhängiger Stellen bei der Ausgestaltung oder der nachträglichen Billigung des Verhaltenskodex die Aus-

580 So die Formulierung in Art. 5 V und zum Anhang I der UGP-RL (RL 2005/29/EG, vom 11.6.2005, S. 34).

581 Scherer, WRP 2011, 393 (399).

582 Hierzu: 3. Kapitel.

nahme, auch wenn im Entstehungsprozess der UGP-RL eine stärkere Beteiligung neutraler Stellen gefordert wurde⁵⁸³.

Öffentliche Stellen können Ministerien, Behörden, berufsständische Kammern oder – ob ihres Sonderstatus – auch beliebte Unternehmer sein⁵⁸⁴. Als in Frage kommende staatliche Stelle ist in Deutschland (derzeit) nur der Fall einer Billigung durch das Bundeskartellamt gem. § 24 III GWB denkbar⁵⁸⁵, weshalb eine »staatliche Billigung« derzeit nur bei Wettbewerbsregeln i. S. d. § 24 II GWB vorkommen kann.

Als »andere Stellen« kommen privatrechtlich organisierte Zertifizierungseinrichtungen, daneben Industrie- und Handelskammern, Wirtschafts- und Verbraucherverbände und ggf. auch Gewerkschaften in Frage⁵⁸⁶. Entscheidend für deren Qualifikation als »andere Stelle« ist ein – im Verhältnis zu »öffentlichen Stellen« – vergleichbarer Glaubwürdigkeitsstatus⁵⁸⁷. Die praktische Relevanz privatrechtlich organisierter Zertifizierungseinrichtungen (bspw. *TÜV* oder *ISO*) ist für die vorliegende Thematik jedoch gering, da sich deren Überprüfungsauftrag zumeist auf interne, technische Regelungen der Unternehmen bezieht und damit i. d. R. keine Verhaltenskodizes mit Außenwirkung betrifft. Größere Relevanz im Rahmen des § 3 III UWG i. V. m. Nr. 3 des Anhangs könnte dagegen in Zukunft dem *BSCI*-Verhaltenskodex zukommen, da dieser durch den europäischen Dachverband der Außenhandelsvereinigung (*Foreign Trade Organization, FTA*) selbst entwickelt und damit i. S. d. § 3 III UWG

583 Loschelder/Erdmann/*Loschelder/Dörr*, Wettbewerbsrecht, § 47 Rn. 10; *Birk*, GRUR 2011, 196 (198); *Schmidhuber*, WRP 2010, 593 (595). In Großbritannien ist eine Anerkennung durch staatliche Stellen stärker verbreitet. So können Unternehmen ihren Verhaltenskodex freiwillig einer Überprüfung durch die *Competition and Markets Authority* (CMA), ehemals *Office of Fair Trading* (OFT), unterziehen, um feststellen zu lassen, ob dieser geeignet ist, einen höheren Standard zu implementieren und hierfür auch ein ausreichender Durchsetzungsmechanismus vorgesehen ist.

584 MüKo/UWG/*Alexander*, Band 1, Anh. § 3 III Nr. 3 Rn. 20; *Teplitzky/Pfeifer/Leistner/Lindacher*, Großkommentar UWG, Anh. § 3 III Nr. 3 Rn. 9.

585 Köhler/*Bornkamm/Bornkamm*, UWG, Anh. zu § 3 III Rn. 3.1.

586 Ohly/*Sosnitza/Sosnitza*, UWG, Anh. § 3 III Rn. 11; *Teplitzky/Pfeifer/Leistner/Lindacher*, Großkommentar UWG, Anh. § 3 III Nr. 3 Rn. 9; *Büllesbach*, Auslegung der irreführenden Geschäftspraktiken des Anhangs, S. 53.

587 Ohly/*Sosnitza/Sosnitza*, UWG, Anh. § 3 III Rn. 11; *Teplitzky/Pfeifer/Leistner/Lindacher*, Großkommentar UWG, Anh. § 3 III Nr. 3 Rn. 9; *Büllesbach*, Auslegung der irreführenden Geschäftspraktiken des Anhangs, S. 53; a. A. MüKo/UWG/*Alexander*, Band 1, Anh. § 3 III Nr. 3 Rn. 19.

i. V. m. Nr. 3 des Anhangs »gebilligt« wurde⁵⁸⁸. Dies gilt ebenso für Sozial- und Arbeitsstandards internationaler Nichtregierungsorganisationen, nach denen einzelne Unternehmen ihren Betrieb zertifizieren lassen können (bspw. SA 8000⁵⁸⁹).

(3) Unwahre Angabe, der Kodex sei gebilligt

Sanktioniert wird letztlich eine Täuschung über eine »wesentliche Eigenschaft« des Verhaltenskodex⁵⁹⁰. Hierbei ist irrelevant, ob ein derartig förmliches Zertifizierungsverfahren tatsächlich existiert, da schon die bloße Behauptung der »Billigung« die Unlauterkeit begründet⁵⁹¹.

cc) Unbeachtliche Voraussetzungen

Die tatsächliche Zuständigkeit der Stelle ist nicht erforderlich, da in der Erklärung, die Stelle habe den Verhaltenskodex »gebilligt«, die konkludente Behauptung der Zuständigkeit enthalten ist und beim Verbraucher Kenntnisse über diese Zuständigkeiten nicht vorausgesetzt werden können⁵⁹².

Wie § 3 III UWG i. V. m. Nr. 1 des Anhangs berücksichtigt auch § 3 III UWG i. V. m. Nr. 3 des Anhangs keine subjektiven Elemente, weshalb eine irrtümliche Falschbehauptung vom Tatbestand erfasst ist⁵⁹³.

588 Birk, GRUR 2011, 196 (198).

589 SA 8000 ist ein internationaler Sozial- und Arbeitsstandard der *Social Accountability International (SAI)*, einer internationalen Nichtregierungsorganisation mit Sitz in New York.

590 BT-Drucks. 16/10145, S. 31.

591 Ohly/Sosnitza/Sosnitza, UWG, Anh. zu § 3 III Rn. 10; Harte/Henning/Dreyer, UWG, Anh. § 3 III Nr. 3 Rn. 9; Bülesbach, Auslegung der irreführenden Geschäftspraktiken des Anhangs, S. 52; Kopp/Klostermann, CCZ 2009, 155 (157).

592 Loschelder/Erdmann/*Loschelder/Dörr*, Wettbewerbsrecht, § 47 Rn. 10; Scherer, NJW 2009, 324 (326); Dreyer, WRP 2007, 1294 (1300).

593 Teplitzky/Pfeifer/Leistner/*Lindacher*, Großkommentar UWG, Anh. § 3 III Nr. 3 Rn. 14; Harte/Henning/Dreyer, UWG, Anh. § 3 III Nr. 3 Rn. 10; Dreyer, WRP 2007, 1294 (1300).

c) Fazit: Bedeutung der »schwarzen Liste« im Zusammenhang mit Verhaltenskodizes

Den Vorschriften des UWG über Verhaltenskodizes innerhalb der schwarzen Liste wird überwiegend eine geringe Bedeutung bescheinigt⁵⁹⁴. Dies resultiert auch aus dem Umstand, dass diese Normen in der Rechtspraxis bisher keine Beachtung gefunden haben. Gerade im Fall von § 3 III UWG i. V. m. Nr. 1 des Anhangs gilt es zu bedenken, dass bspw. an die Aufnahme in einen Branchenverband und die hiermit verbundene Unterwerfung unter einen Verhaltenskodex zumeist keine größeren Anforderungen gestellt werden⁵⁹⁵, weshalb eine Täuschung über die Mitgliedschaft (im Gegensatz zur Täuschung über die Einhaltung der aufgestellten Regeln) kaum Praxisrelevanz erlangen dürfte. Mitentscheidend für die Reichweite der Tatbestände ist zugleich aber auch das Verständnis, welches sich in Zukunft für die Definition eines Verhaltenskodex etabliert. Mit der hier vertretenen teilweise weiten Auslegung des Begriffes der Legaldefinition in § 2 I Nr. 5 UWG erweitert sich auch der Anwendungsbereich aller hierauf bezogenen Tatbestände des UWG⁵⁹⁶. Dennoch betreffen die Normen des Anhangs nur sehr spezielle Sachverhalte und sind aufgrund ihrer Ausgestaltung als Verbote ohne Wertungsvorbehalt auch nicht verallgemeinerungsfähig⁵⁹⁷, weshalb ihr Anwendungsbereich tatsächlich auf Einzelfälle beschränkt bleiben wird.

Eine etwas größere Bedeutung dürfte in der Praxis dem Verbotstatbestand des § 3 III UWG i. V. m. Nr. 2 des Anhangs zukommen. Dieser steht in einem gewissen anwendungsbezogenen Zusammenhang mit Selbstverpflichtungen. Denn die Unterwerfung unter einen Verhaltenskodex geht immer häufiger mit der Mitgliedschaft in einer Brancheninitiative einher, welche z. T. auch mit der Vergabe eines Logos, Labels, Siegels oder Qualitätszertifikates verbunden ist⁵⁹⁸. Sofern diese die Voraussetzungen einer objektiven Prüfung erfüllen⁵⁹⁹, fällt eine Täuschung über die Genehmigung zum Führen dieses Zeichens unter

594 So etwa Köhler/Bornkamm/*Bornkamm*, UWG, Anh. § 3 III Nr. 1 Rn. 1.2; Birk, GRUR 2011, 196 (198); Schmidhuber, WRP 2011, 593 (595).

595 Schmidhuber, WRP 2011, 593 (595).

596 Hierzu: 3. Kapitel, III., 1.

597 Schöttle, WRP 2009, 673 (674).

598 Kopp/Klostermann, CCZ 2009, 155 (157).

599 Dies sieht die allgemeine Auffassung als notwendige Voraussetzung, vgl. etwa Köhler/Bornkamm/*Bornkamm*, UWG, Anh. § 3 III Rn. 2.2; Harte/Henning/*Weidert*, UWG, Anh. § 3 III Nr. 2 Rn. 7; Loschelder/Erdmann/*Loschelder/Dörr*, Wettbewerbsrecht, § 47 Rn. 7.

den Tatbestand des § 3 III UWG i. V. m. Nr. 2 des Anhangs. Die rechtliche Beurteilung erfolgt aber unabhängig von dem untersuchten Instrument des Verhaltenskodex, weshalb diese Thematik hier nicht ausführlicher erörtert wird⁶⁰⁰.

3. Irreführende Aussagen über den Inhalt von Verhaltenskodizes und deren Beurteilung nach § 5 I UWG

a) Die einschlägigen Tatbestände des § 5 I UWG und deren Bedeutungsgehalt

Nach § 5 I S. 2 UWG ist eine geschäftliche Handlung dann irreführend, wenn sie unwahre oder sonstige zur Täuschung geeignete Angaben über bestimmte – nachfolgend aufgezählte – Umstände enthält. Entscheidendes Merkmal ist zunächst die Angabe, die zwar in jeder Form erfolgen, jedoch nur eine – zumindest im Kern – nachprüfbare Äußerung sein kann, also dem Beweis zugänglich sein muss⁶⁰¹. Verweist also ein Unternehmer in der Radio- oder Fernsehwerbung, in Zeitschriften oder auf seiner Firmenwebseite darauf, dass er sich im Geschäftsverkehr in Form einer Selbstverpflichtung bestimmten Regeln unterworfen hat, stellt dies eine nachprüfbare Tatsache und mithin eine Angabe i. S. d. § 5 I UWG dar. § 5 I S. 2 UWG nennt verschiedene Bezugspunkte einer Irreführung⁶⁰². Die für die vorliegende Thematik in Frage kommenden Tatbestände werden nachfolgend hinsichtlich ihrer Erfordernisse überprüft, bevor im nächsten Abschnitt die Irreführungseignung von Formulierungen in Verhaltenskodizes untersucht wird.

aa) § 5 I S. 2 Nr. 6 UWG

Als einzige Norm des § 5 UWG nimmt der mit Umsetzung der UGP-RL im Jahr 2008 neu eingeführte § 5 I S. 2 Nr. 6 UWG explizit Bezug auf Verhaltenskodizes und wertet es als irreführend, wenn der Unternehmer unwahre oder sonstige zur Täuschung geeignete Angaben über die Einhaltung eines Verhal-

600 Vgl. hierzu etwa: *Sarah Baldauf*: Werbung mit Gütesiegeln und Testergebnissen (2011).

601 Loschelder/Erdmann/*Helm*, Wettbewerbsrecht, § 59 Rn. 54f.

602 Ob dies im Sinne einer abschließenden Aufzählung erfolgt, ist umstritten. Einen abschließenden Katalog bejahend etwa: *Harte/Henning/Dreyer*, UWG, § 5 Rn. 15; dagegen für einen offenen Tatbestand sich aussprechend bspw.: *Köhler/Bornkamm/Bornkamm*, UWG, § 5 Rn. 1.25b; *Ohly/Sosnitza/Sosnitza*, UWG, § 5 Rn. 230; Loschelder/Erdmann/*Helm*, Wettbewerbsrecht, § 59 Rn. 63.

tenskodex macht, sofern er sich auf diesen »verbindlich verpflichtet hat« und »auf diese Bindung hinweist«. Der Unlauterkeitsvorwurf der Vorschrift wird in dem entsprechenden Art. 6 II lit. b der UGP-RL deutlicher, der explizit auf die Nichteinhaltung von eingegangenen Verpflichtungen des Unternehmers abstellt. Die Norm bezieht sich daher auf tatsächliche Verstöße gegen einen als verbindlich vermarkteten Verhaltenskodex, welche vom Werbeaddressaten in dieser Weise aufgrund des vorherigen Werbeversprechens nicht erwartet werden müssen.

In tatbestandlicher Hinsicht ergeben sich für die vorliegende Thematik folgende ungeklärte Fragestellungen in Verbindung mit dieser Norm:

- Welche Anforderungen stellt die Vorschrift an die Verbindlichkeit des Verhaltenskodex?
- Was erfordert das Merkmal eines Hinweises auf die Bindung an den Kodex konkret?
- Hat § 5 I S. 2 Nr. 6 UWG – als einziger explizit auf Verhaltenskodizes zugeschnittener Irreführungstatbestand – abschließende Wirkung in der Weise, dass sonstige Tatbestände (und Merkmale) des § 5 I UWG in Sachverhalten mit Verhaltenskodizes (generell) nicht anwendbar sind bzw. zwingende Wertungen dieser Norm auf andere Tatbestände übertragen werden müssen?

(1) Anforderungen an die Verbindlichkeit des Verhaltenskodex in § 5 I S. 2 Nr. 6 UWG

Der Wortlaut des § 5 I S. 2 Nr. 6 UWG erfordert ausdrücklich, dass sich der Unternehmer zur Einhaltung des Verhaltenskodex verbindlich verpflichtet hat. Art. 6 II lit. b i UGP-RL wird noch deutlicher und erfordert eine »eindeutige Verpflichtung, deren Einhaltung nachprüfbar ist«. Wann eine derartige Verpflichtung jedoch nachprüfbar ist, lässt sich weder aus den Erwägungsgründen des Richtliniengebers noch aus den Erläuterungen des Gesetzentwurfes herauslesen. Hierzu werden daher auch verschiedene Auslegungsvarianten diskutiert: So könnte etwa ein bestehender Sanktionsmechanismus für eine Verbindlichkeit des Verhaltenskodex sorgen⁶⁰³. Alternativ wird vorgeschlagen, reine Absichtserklärungen, die sich durch den Grundsatz »redlichen Bemü-

603 Birk, GRUR 2011, 196 (200).

hens« auszeichnen und letztlich nur gemeinsame Wertvorstellungen enthalten, aus dem Anwendungsbereich der Norm auszuklammern⁶⁰⁴.

Überzeugender erscheint jedoch eine einzelfallbezogene Beurteilung, die sich nach dem Verständnis des angesprochenen Verkehrskreises richtet: § 5 I S. 2 Nr. 6 UWG wurde im Zuge der Umsetzung der UGP-RL in das Lauterkeitsrecht integriert, weshalb jedenfalls in Sachverhalten mit Verbraucherbeteiligung deren Erwartung für die Auslegung der Merkmale des Tatbestandes im Mittelpunkt stehen sollte⁶⁰⁵. Die Frage ist also, wann der Verbraucher von einem verbindlichen Verhaltenskodex ausgehen kann. Entscheidend hierfür muss der im Verhaltenskodex und der diesbezüglichen Werbung verwendete Sprachgebrauch sein. Hierbei ist jedoch zu berücksichtigen, dass der Verbraucher bei einer Werbemaßnahme mit bestimmten Standards deren Einhaltung grundsätzlich schon aufgrund der bloßen Bezugnahme auf die Unterzeichnung erwartet⁶⁰⁶. So wurde in anderem Kontext die Werbung an Reisebussen mit einer Kennzeichnung aus vier Sternen als irreführend beurteilt, da diese auch bei einem aufgeklärten und durchschnittlich informierten Verbraucher den (im dortigen Fall unzutreffenden) Eindruck einer »offiziellen« Klassifizierung vermittelt⁶⁰⁷. Auch die Bezeichnung »1a Augenoptiker 2005« wurde als irreführend klassifiziert, da sie die (ebenfalls unzutreffende) Vorstellung hervorrufe, dass der Betrieb durch eine dritte, kompetente Stelle ausgezeichnet wurde⁶⁰⁸.

Auch wenn vorgenannte Beispiele nur bedingt auf den hier untersuchten Rahmen übertragbar sind, zeigen sie doch, dass auch beim aufgeklärten Verbraucher aufgrund der heute unübersichtlichen Anzahl an Standards, Zertifizierungen und Klassifizierungen schnell der Eindruck von objektiven und verbindlich gültigen Kriterien entstehen kann. Gerade Ausdrücke wie »Verpflichtung«, »Standards«, »Arbeitsbedingungen«, »Unser Grundgesetz«, im

604 In diese Richtung: *Himmels*, Behavioural Targeting, S. 172; *Herrnberger*, Wettbewerbsrechtlicher Schutz, S. 204; *Dreyer*, WRP 2007, 1294 (1300).

605 Im Rahmen von reinen B2B-Sachverhalten gelten demnach etwas abgeschwächte Auslegungskriterien.

606 Diese Feststellung trifft der Gesetzgeber im Rahmen des § 3 III UWG i. V. mit Nr. 1 des Anhangs und verweist gleichzeitig auf die Rechtsprechung zur Werbung mit bestimmten Normen. Vgl. hierzu die amtliche Begründung zum Entwurf eines Ersten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb, BT-Drucks. 16/10145, S. 31.

607 LG Oldenburg BeckRS 2011, 12546 (II.); LG Saarbrücken WRP 2005, 386 – »4 Sterne Bus.«.

608 OLG Düsseldorf WRP 2007, 357 (Ls.) – »Auszeichnung zum 1a Augenoptiker«.

jeweiligen Kontext ggf. auch Ausdrücke wie »Konzerngrundsätze«, »Richtlinien«, »Unternehmensziele«, »Leitprinzipien« und eben »Verhaltenskodex« vermitteln den Eindruck von offiziellen, verbindlichen, ggf. sogar hoheitlichen Normierungen. Auch wenn dem Verbraucher häufig der private Ursprung dieser Regelungen ersichtlich ist, sind bei ihm keine Kenntnisse über den jeweiligen Entstehungsprozess der Regelwerke vorauszusetzen. Wie zuvor gesehen⁶⁰⁹, können diese nämlich auf unterschiedlichste Weise in Form von sektoralen Unternehmenszusammenschlüssen, *Multi-Stakeholder-Initiativen*, mittels Übernahme von Regeln internationaler Organisationen oder ausschließlich in Eigeninitiative zustande kommen. Inwieweit eine externe und neutrale Stelle bei der Aushandlung oder Überprüfung des Verhaltenskodex involviert ist, lässt sich aus diesen Regeln dagegen häufig nicht herauslesen. Sofern in den Verhaltensanforderungen nicht explizit und an prominenter Stelle eine Abschwächung des Grades an Verbindlichkeit herausgestellt wird (»Bestreben«, »Bemühen«, »Zielsetzung« o. Ä.), erweckt ein Großteil der Formulierungen den Eindruck eines verbindlichen Instrumentes einer Selbstverpflichtung⁶¹⁰. Dies ist auch nicht verwunderlich, da eine solche Verpflichtung ein größeres Maß an Seriosität präsentiert und es den Unternehmen aus werbetechnischen Gründen auch gerade auf diesen Eindruck ankommt. Eine starre Grenze zwischen verbindlichen und unverbindlichen Verhaltenskodizes erscheint damit auch praxisfremd und würde erhebliche Missbrauchsmöglichkeiten eröffnen. Zudem gebietet auch die ständige Rechtsprechung des Gerichtshofes, die in Werbemaßnahmen mit sozialen und ökologischen Aspekten ein hohes Irreführungspotential sieht⁶¹¹, eine weite Auslegung der Norm durch eine Abstaltung auf das Verständnis des Werbeaddressaten.

Es lässt sich also festhalten, dass unter den Tatbestand des § 5 I S. 2 Nr. 6 UWG zwar nur verbindliche Verhaltenskodizes fallen, aus maßgeblicher Sicht des angesprochenen Verkehrskreises dieser verbindliche Eindruck aber von der Mehrheit der Verhaltenskodizes auch bewusst geweckt wird, um auf eine

609 Hierzu: 2. Kapitel, I., 2., d).

610 Vor allem kann von dem relevanten Verkehrskreis nicht erwartet werden, sämtliche Seiten der einschlägigen Selbstverpflichtung zu studieren, um deren genauen Kerngehalt zu erfassen: BGH GRUR 2005, 348 (441) – »Epson-Tinte«.

611 So bspw. BGH GRUR 1996, 367 (367) – »Umweltfreundliches Bauen«; BGH GRUR 1994, 828 (829) – »Unipor-Ziegel«; BGH GRUR 1991, 550 – »Zaunlasur«; BGH GRUR 1991, 548 – »Umweltengel«; OLG Stuttgart WRp 1991, 194 (195) – »Umweltbezogene Werbung für Naturdünger«.

besondere Übernahme von Verantwortung durch das Unternehmen aufmerksam zu machen.

(2) Anforderungen an den Hinweis auf die Bindung an den Verhaltenskodex in § 5 I S. 2 Nr. 6 UWG

Ein Hinweis auf die Bindung an den CoC wird i. d. R. konkludent durch die jeweils genutzten Formulierungen des Verhaltenskodex erfolgen. Hiervon zu unterscheiden ist die Voraussetzung des Hinweises auf den Verhaltenskodex selbst, welcher grundsätzlich den Bezug zur im Lauterkeitsrecht immanenten Voraussetzung der geschäftlichen Handlung stellt. Notwendig ist daher die Verknüpfung des Kodex zu einer vom Unternehmer genutzten Werbemaßnahme, indem dieser auf die eingegangene Selbstverpflichtung verweist bzw. den Kodex auf seiner Homepage sichtbar veröffentlicht. Neben dem Hinweis auf den Verhaltenskodex an sich genügt auch der Hinweis auf die Zugehörigkeit zu einem Verband, der sich zu bestimmten Verhaltensregelungen verpflichtet hat⁶¹².

Bei außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen und solchen des elektronischen Geschäftsverkehrs besteht – wie zuvor gesehen⁶¹³ – ohnehin gem. Art. 246a § 1 I Nr. 10 und Art. 246c Nr. 5 EGBGB eine Pflicht zur Angabe etwaiger einschlägiger Verhaltenskodizes. Hier wird quasi über die gesetzliche Informationspflicht i. V. m. § 5 I S. 2 Nr. 6 UWG eine lauterkeitsrechtliche (Vertrauens-) Bindung an den Kodex begründet⁶¹⁴.

(3) Die Ausschlusswirkung des § 5 I S. 2 Nr. 6 UWG

Die Norm des § 5 I S. 2 Nr. 6 UWG stellt für Irreführungen über die Einhaltung eines Verhaltenskodex einen speziellen Tatbestand dar, dessen Voraussetzungen nicht durch eine Subsumtion unter andere Merkmale des § 5 UWG unterlaufen werden dürfen. Diese Ausschlusswirkung kann sich jedoch nur auf den tatsächlichen materiellen Anwendungsbereich der Norm beziehen. Auch außerhalb der Täuschung über die Einhaltung des Verhaltensko-

612 Himmels, Behavioural Targeting, S. 172; Kopp/Klostermann, CCZ 2009, 155 (155).

613 Hierzu Näheres unter: 4. Kapitel, II., 3., b), cc), (4), (aa).

614 Dreyer, WRP 2007, 1294 (1301).

dex ergeben sich weitere Möglichkeiten von irreführenden Maßnahmen, die nicht unter den Tatbestand fallen und von einem konkreten Verstoß gegen den Kodex unabhängig sind⁶¹⁵. So können unter § 5 I S. 2 Nr. 6 UWG solche Fälle nicht subsumiert werden, in denen der Unternehmer irreführende oder unwahre Angaben über den Inhalt eines Verhaltenskodex tätigt⁶¹⁶. Dies kann etwa Sachverhalte betreffen in denen der Gewerbetreibende in der Außen-
darstellung den Umfang des Verhaltenskodex abweichend von der tatsächlich eingegangenen Verpflichtung präsentiert. Zudem erfordert der Tatbestand das tatsächliche Vorliegen eines wirksamen Verhaltenskodex. Die Täuschung über einen unwirksamen oder nicht existierenden Verhaltenskodex erfasst der Wortlaut des Art. 6 II lit. b der UGP-RL daher gerade nicht (»Die Nichteinhaltung von Verpflichtungen, die der Gewerbetreibende in Form von Verhaltenskodizes [...] eingegangen ist«). Schließlich fallen auch Täuschungen über rein deklaratorische – in Form von gesetzeswiederholenden – Verhaltenskodizes nicht unter die Definition des § 2 I Nr. 5 UWG⁶¹⁷ und damit auch nicht unter den Wortlaut des Tatbestandes in § 5 I S. 2 Nr. 6 UWG. Diese Fälle ähneln in ihrem Kern den Sachverhalten des § 5 I S. 2 Nr. 6 UWG, da grundsätzlich dem Verkehr der Eindruck vermittelt wird, der Unternehmer werde bestimmte Verhaltensregeln aus dem Verhaltenskodex anwenden, wobei dies tatsächlich jedoch nicht geschieht⁶¹⁸. Bei § 5 I S. 2 Nr. 6 UWG handelt es sich daher nicht um eine Regelung, die alle denkbaren Täuschungen im Zusammenhang mit Verhaltenskodizes erfasst, sondern um die Normierung eines speziellen Tatbestandes mit gesonderten Voraussetzungen⁶¹⁹.

Von der Europäischen Kommission wird die Förderung des Vertrauens in unternehmerische Selbstverpflichtungen als wichtige Aufgabe angesehen und die im Rahmen der UGP-RL erarbeiteten Bestimmungen waren ursprünglich

615 In diese Richtung auch: *Zimmer*, Soziale Mindeststandards, S. 265.

616 Ebenso: *Harte/Henning/Dreyer*, UWG, § 5 I S. 2 Nr. 6 Rn. 6; *Himmels*, Behavioural Targeting, S. 173; *Ullmann/Link*, *jurisPK-UWG*, § 5 Rn. 666; *Dreyer*, WRP 2007, 1294 (1301).

617 Hierzu: 3. Kapitel, IV.

618 *Dreyer*, WRP 2007, 1294 (1301); insb. auch Ziff. III. 29 der Mitteilung der Kommission zu den Folgemaßnahmen zum Grünbuch über Verbraucherschutz in der EU, KOM 2002/0289 endg.

619 *Ullmann/Link*, *jurisPK-UWG*, § 5 Rn. 666; *Harte/Henning/Dreyer*, UWG, § 5 I S. 2 Nr. 6 Rn. 6; *Himmels*, Behavioural Targeting, S. 173; *Dreyer*, WRP 2007, 1294 (1302); anders wohl nur: *Teplitzky/Pfeifer/Leistner/Lindacher*, *Großkommentar UWG*, § 5 Rn. 1064, der zu einer direkten Subsumierung dieser Fälle unter § 5 I S. 2 Nr. 6 UWG tendiert.

Bestandteil einer umfangreicheren Kodifizierung in diesem Bereich⁶²⁰. Auch hieran wird ersichtlich, dass § 5 I S. 2 Nr. 6 UWG nicht als abschließende Regelung für alle Irreführungen im Zusammenhang mit Verhaltenskodizes gedacht war, sondern nur als erster Schritt, um unter Wahrung des freiwilligen Charakters von Selbstverpflichtungen das Vertrauen in derartige Regelwerke zu stärken⁶²¹.

Hinsichtlich der rechtlichen Beurteilung von Werbemaßnahmen mit reinen Absichtserklärungen kann schließlich nichts anderes gelten. Ein Rückgriff auf andere Bezugs-punkte des § 5 UWG muss weiterhin möglich sein, um einen umfassenden Schutz vor Irreführung zu gewährleisten⁶²². Eine andere Beurteilung hätte auch zur Folge, dass derjenige, der mit einem wirksamen Verhaltenskodex irreführend wirbt, besser gestellt wäre als derjenige, der in irreführender Weise mit einem gesetzeswidrigen oder sogar nicht existierenden Kodex wirbt. Die Einführung von Regelungen über Verhaltenskodizes hätte dann zur Folge, dass der geschützte Bereich von Irreführungen – bspw. im Rahmen von Absichtserklärungen – geringer wäre als vor der UWG-Reform 2008.

Sollte also ein Sachverhalt in Verbindung mit Verhaltenskodizes nicht unter die spezielle Norm des § 5 I S. 2 Nr. 6 UWG fallen, kann eine Irreführung ebenso nach den weiteren Merkmalen des § 5 I UWG⁶²³ in Frage kommen, sofern die geschäftliche Handlung eine Fehlvorstellung über die genannten Umstände bewirkt.

bb) § 5 I S. 2 Alt. 1 UWG

Der Tatbestand des § 5 I S. 2 Alt. 1 UWG bezieht sich auf objektiv unwahre Angaben des Unternehmers. In diesen Fällen deckt sich die werbliche Äußerung nach allgemeinem bzw. ganz überwiegendem Sinnverständnis nicht mit

620 Vgl. insoweit bspw. das Grünbuch zum Verbraucherschutz der Europäischen Kommission, KOM (2001) 531 endg. S. 16 f, hierzu ausführlicher: 5. Kapitel, I., 1., a), bb).

621 Dreyer, WRP 2007, 1294 (1302).

622 Im Ergebnis ebenso: MüKo/UWG/*Alexander*, Band 1, Anh. § 3 III Nr. 1 Rn. 11; Ullmann/*Link*, jurisPK-UWG, § 5 Rn. 666; Harte/Henning/*Dreyer*, UWG, § 5 I S. 2 Nr. 6 Rn. 6; *Himmels*, Behavioural Targeting, S. 173; *Herrnberger*, Wettbewerbsrechtlicher Schutz, S. 205; *Sosnitza*, WRP 2008, 1014 (1029); Dreyer, WRP 2007, 1294 (1302).

623 Selbstverständlich bleiben die Normen des § 3 III UWG i. V. mit Nr. 1 und Nr. 3 des Anhangs ebenso parallel anwendbar.

der Realität⁶²⁴. Inwieweit die jeweils angesprochene Durchschnittsperson die Angabe tatsächlich auffasst, ist nach h. M. unter Bezug auf den eindeutigen Wortlaut des Art. 6 I UGP-RL ohne Belang⁶²⁵, denn objektiv unwahre Angaben verdienen grundsätzlich keinen Schutz durch das Lauterkeitsrecht⁶²⁶. Auch Art. 5 I S. 1 GG ist insoweit bedeutungslos, da er sich nicht auf unwahre Tatsachenbehauptungen erstreckt⁶²⁷.

Für eine objektiv unwahre Werbung mit einem Verhaltenskodex wäre notwendig, dass sich die Aussage des Unternehmers bzgl. der einzuhaltenden Verpflichtungen vom Sinnverständnis her nicht mit der Realität deckt. Dies wäre etwa anzunehmen, wenn ein Unternehmen zwar verbindliche Standards aus einer Selbstverpflichtung propagiert, diese jedoch von Beginn an in systematischer Weise missachtet. Einzelne Verstöße gegen einen Kodex wären dagegen insoweit unschädlich, da der Unternehmer hierdurch nicht die Missachtung des vollständig beworbenen Regelwerkes oder einzelner abgrenzbarer Abschnitte zum Ausdruck bringen würde.

Die Absicht, das Regelwerk einzuhalten, wird damit nicht durch einzelne Verstöße gegen dessen Bestimmungen aufgehoben, weshalb eine objektiv unwahre Tatsachen-behauptung nur bei einer grundsätzlichen Negierung der Selbstverpflichtung angenommen werden kann. Eine derartige Feststellung zieht jedoch erhebliche Nachweisschwierigkeiten nach sich, weswegen der Tatbestand des § 5 I S. 2 Alt. 1 UWG in Fällen der Missachtung von Standards aus Verhaltenskodizes auf Ausnahmefälle beschränkt bleiben wird. Denkbar wäre der Sachverhalt, dass ein Unternehmen mehrfach auf Verstöße in einem bestimmten Bereich des Verhaltenskodex nachweisbar aufmerksam gemacht wurde und keine Maßnahmen zu deren Behebung unternimmt, zugleich aber

624 Teplitzky/Pfeifer/Leistner/Lindacher, Großkommentar UWG, § 5 Rn. 119.

625 Dies lässt sich auch aus den Gesetzesunterlagen herauslesen: BT-Drucks. 16/10145, S. 23; ebenso: BGH GRUR 2002, 715 (716) – »Scanner-Werbung«; BGH GRUR 2001, 78 (79) – »Falsche Herstellerpreisempfehlung«; Harte/Henning/Dreyer, UWG, § 5 Rn. 144; Lettl, FS Bornkamm, S. 416; Loschelder/Erdmann/Lubberger, Wettbewerbsrecht, § 40 Rn. 1; a. a. dagegen Ohly/Sosnitza/Sosnitza, UWG, § 5 Rn. 160; Sosnitza, GRUR 2007, 462 (467); offen gelassen bei Köhler/Bornkamm/Bornkamm, UWG, § 5 Rn. 2.70, da jedenfalls mit der Beachtung des Relevanz-erfordernisses die Diskussion nur dogmatische Bedeutung hat.

626 Lettl, FS Bornkamm, S. 416; ders., GRUR 2004, 449 (457).

627 BVerfG NJW 1992, 1439 (1440) – »Begriff der Tatsachenbehauptung«; BVerfG NJW 1983, 1415 (1415) – »NPD Europas«; BVerfG GRUR 1980, 1087 (Ls. 2) – »Heinrich Böll«; Lettl, FS Bornkamm, S. 416; Köhler/Bornkamm/Köhler, UWG, § 4 Rn. 7.15; Fezer/Pfeifer, Lauterkeitsrecht, Band 2, § 5 Rn. 183.

weiterhin mit der Verpflichtung zu diesen Standards wirbt. Hier könnte, aus dem Wissen von Verstößen und dem fehlenden Willen, an einer Behebung des Missstandes mitzuwirken, auf die systematische Missachtung des eingegangenen Regelwerkes geschlossen werden.

cc) § 5 I S. 2 Nr. 1 UWG

Im Rahmen des § 5 I S. 2 Nr. 1 UWG könnten bei Werbemaßnahmen mit Verhaltenskodizes zwei Merkmale einschlägig sein: eine Täuschung über die »Ausführung der Ware« bzw. über das »Verfahren der Herstellung«.

Die Werbeversprechen in Verhaltenskodizes könnten als Aussagen über die »Beschaffenheit« oder »Ausführung« der Ware zu subsumieren sein. Beide Begriffe lassen sich im Rahmen des § 5 I S. 2 Nr. 1 UWG nicht eindeutig trennen⁶²⁸. Wie zuvor schon festgestellt⁶²⁹, erfordert der Begriff der »Beschaffenheit« in Anlehnung an das zivilrechtliche Verständnis, dass der beworbene Umstand von der Verkehrsanschauung für die Brauchbarkeit und den Wert der Sache von Bedeutung sind⁶³⁰. Dies ist bspw. in Fällen beworbener besonderer Umweltvorteile des Produktes wie bspw. einer besonders naturschonenden Herstellung⁶³¹ oder Entsorgung⁶³² entscheidend, da die Rechtsprechung hier regelmäßig ein besonderes Interesse beim Verbraucher annimmt. Gleichzusetzen wären hier Regelungen über die Einhaltung sozialer Mindeststandards bei der Produktion bestimmter Waren. Sofern also in einem Verhaltenskodex direkt ein Bezug zu einem speziellen Produkt oder einer Produktgattung hergestellt wird oder im Rahmen der Produktwerbung eine Verbindung zu dem Verhaltenskodex gezogen wird, kann die Werbemaßnahme mittels des Merkmals der »Ausführung der Ware« überprüfbar sein. Ohne einen direkten oder indirekten Bezug zu einem Produkt oder einer Produktgattung würde eine Subsumtion von Verhaltenskodizes, die grds. unternehmensbezogen aus-

628 Loschelder/Erdmann/*Helm*, Wettbewerbsrecht, § 59 Rn. 239.

629 Siehe hierzu: 4. Kapitel, I., 2., b), aa).

630 BT-Drucks. 14/6040, S. 212; Ohly/*Sosnitz/Sosnitz*, UWG, § 5 Rn. 248.

631 Bspw. BGH GRUR 1996, 367 (368) – »Umweltfreundliches Bauen«; BGH GRUR 1991, 548 (549) – »Umweltengel«; BGH GRUR 1991, 546 (547) – »...aus Altpapier«.

632 BGH GRUR 1992, 707 (708) – »Erdgassteuer«.

gestaltet sind, die Grenze der Wortbedeutung des Merkmals aber überschreiten⁶³³.

Gleiches gilt für das Merkmal einer Täuschung über das »Verfahren der Herstellung«. So könnte der Verkehr etwa bei speziellen Regelungen in einem Verhaltenskodex zum Umweltschutz beim Herstellungsprozess der Ware von einer geringeren Umweltbelastung des Produktes ausgehen. Diese Vorstellung des Werbeadressaten ist insoweit auch schützenswert⁶³⁴. Voraussetzung ist aber auch hier eine Verknüpfung des Verhaltenskodex mit der beworbenen Ware.

Der Großteil an verwandten Sachverhalten, der unter § 5 I S. 2 Nr. 1 UWG fällt, erfolgt jedoch unabhängig vom Vorliegen eines Verhaltenskodex und betrifft Fälle, in denen vom Werbenden bestimmte normativ aufgeladene Begriffe genutzt werden (Produkte aus »fairem Handel«, von »glücklichen Kühen«, aus »verantwortungsvoller Herstellung«).

dd) § 5 I S. 2 Nr. 3 UWG

§ 5 I S. 2 Nr. 3 UWG nennt zwei Merkmale, die bei Werbemaßnahmen mit Verhaltenskodizes einschlägig sein könnten: Täuschungen über den »Umfang von Verpflichtungen« sowie Täuschungen über »Mitgliedschaften«.

Das Merkmal einer Täuschung über den »Umfang von Verpflichtungen« wird aufgrund des Wortlautes der Norm in § 5 I S. 2 Nr. 3 UWG (»Vermögen, einschließlich den Umfang von Verpflichtungen«) teilweise noch im vermögensrechtlichen Kontext verstanden, worunter dementsprechend nur Fälle der Täuschung über Verbindlichkeiten oder Sicherheiten subsumiert werden⁶³⁵. Da die Norm jedoch in ihrer Neufassung seit 2008 eine direkte Umsetzung des Art. 6 I lit. f UGP-RL darstellt, welcher das Merkmal isoliert und unabhängig von einem einschränkenden Kontext behandelt, hält eine derartige Einschränkung der richtlinienkonformen Auslegung nicht mehr stand⁶³⁶. § 5 I S. 2 Nr. 3 UWG behandelt daher die Bindung des Unternehmers an einge-

633 So aber: *Zimmer, Soziale Mindeststandards*, S. 264.

634 Harte/Henning/Dreyer, UWG, § 5 Rn. 123; Loschelder/Erdmann/Helm, Wettbewerbsrecht, § 59 Rn. 259.

635 Köhler/Bornkamm/*Bornkamm*, UWG, § 5 Rn. 5.114a.

636 So wird die Täuschung über Verbindlichkeiten richtigerweise direkt dem Tatbestand der »Täuschung über das Vermögen« zugeordnet. Vgl. Teplitzky/Pfeifer/Leistner/*Lindacher*, Großkommentar UWG, § 5 Rn. 841.

gangene Verpflichtungen⁶³⁷, worunter auch Bindungen an einen Verhaltenskodex fallen. Dies kann unabhängig davon erfolgen, auf welche Weise diese Bindung zustande gekommen ist, solange sie tatsächlich besteht oder deren Bestehen behauptet wird. Das Merkmal einer »Täuschung über den Umfang von Verpflichtungen« stellt damit quasi einen Auffangtatbestand für Werbemaßnahmen mit Verhaltenskodizes dar⁶³⁸.

Sofern sich ein Unternehmer einem Branchenkodex durch einen Beitritt zu einem Verband oder einer vergleichbaren Initiative unterwirft, ist der Fall einer Irreführung über »Mitgliedschaften« i. S. d. § 5 I S. 2 Nr. 3 UWG noch zu beachten⁶³⁹. Der Wortlaut lässt jedoch nur eine Täuschung über die tatsächliche Mitgliedschaft zu, weshalb der Anwendungsbereich grundsätzlich von § 3 III UWG i. V. m. Nr. 1 des Anhangs verdrängt ist.

ee) Zwischenergebnis

Neben dem speziellen Tatbestand des § 5 I S. 2 Nr. 6 UWG sind grundsätzlich auch die weiteren Normen des Irreführungsverbotes anwendbar. Die Ausschlusswirkung des Tatbestandes bezieht sich nur auf dessen tatsächlichen materiellen Anwendungsbereich, der Täuschung über die konkrete Einhaltung der eingegangenen Verpflichtung. Andere denkbare Fälle der Irreführung im Zusammenhang mit Verhaltenskodizes⁶⁴⁰ sind nach den weiteren Merkmalen des § 5 I UWG mit deren jeweiligen tatbestandlichen Einschränkungen zu prüfen. Besondere Relevanz kommt dem Tatbestand des § 5 I S. 2 Nr. 3 UWG (Täuschung über den »Umfang von Verpflichtungen«) in den Fällen zu, in denen ein Unternehmer mit einem unwirksamen oder tatsächlich nicht existenten Verhaltenskodex wirbt oder Fehlvorstellungen über den Inhalt des Kodex erzeugt werden (etwa hinsichtlich der Überprüfungsmechanismen), da diese Fälle weder unter § 3 III UWG i. V. m. Nr. 1 des Anhangs noch unter § 5

637 Für eine weitere Eingrenzung des Tatbestandes, wonach wiederum nur Verpflichtungen ggü. dem (künftigen) Geschäftspartner erfasst sein sollen (so etwa: Harte/Henning/Dreyer, UWG, § 5 Rn. 48), besteht jedoch ebenfalls kein Anhaltspunkt.

638 Ebenso: Loschelder/Erdmann/Helm, Wettbewerbsrecht, § 59 Rn. 480; in diese Richtung auch: Ullmann/Link, jurisPK-UWG, § 5 Rn. 677; Pfeifer, WRP 2008, 556 (562).

639 Ullmann/Link, jurisPK-UWG, § 5 Rn. 669; Teplitzky/Pfeifer/Leistner/Lindacher, Großkommentar UWG, § 5 Rn. 1064.

640 Vgl. hierzu: 4. Kapitel, III., 3., a), aa), (3).

I S. 2 Nr. 6 UWG fallen. Diese Fälle sind grundsätzlich auch unabhängig von einem konkreten Verstoß gegen den Verhaltenskodex.

Eine Verpflichtung zur Offenlegung eines Verhaltenskodex besteht jedoch – außerhalb der gesetzlichen Informationspflichten des EGBGB⁶⁴¹ – nicht, sofern dieser nicht zu Werbezwecken genutzt wird.

b) Beurteilung der Auffassung der Werbeaussage durch den Verbraucher

Im Rahmen des § 5 I UWG kommt es regelmäßig nicht darauf an, wie der Werbende seine Aussage tatsächlich tätigt, sondern wie der Verkehr sie versteht⁶⁴².

Ob sich eine Angabe zur Täuschung eignet, mithin i. S. d. § 5 I UWG irreführend ist, hängt also davon ab, an welchen Personenkreis sich die geschäftliche Handlung richtet bzw. welchen Personenkreis sie erreicht, wie eine Durchschnittsperson dieses Personenkreises, die durchschnittlich informiert, angemessen aufmerksam und kritisch ist, die Angabe nach ihrem Gesamteindruck auffasst und ob diese Auffassung schließlich mit der Wirklichkeit übereinstimmt⁶⁴³. Im Fall von geschäftlichen Handlungen ggü. Verbrauchern werden diese Kriterien durch das maßgebliche Leitbild des angesprochenen Durchschnittsverbrauchers bestimmt, welches sich aus einer Abwägung der Marktfreiheiten in Art. 34, 56 AEUV zugunsten des Unternehmers mit dem Schutz der wirtschaftlichen Interessen der Verbraucher und ihres Rechts auf Information (Art. 169 I AEUV, Art. 1 UGP-RL) ergibt und damit schon von sich aus eine Interessenabwägung beinhaltet⁶⁴⁴. Die einzelnen Kriterien des Verbraucherleitbildes sind für eine sichere Beurteilung von Einzelfällen zu un-

641 Art. 246a § 1 I Nr. 10 EGBGB sowie Art. 246c Nr. 5 EGBGB; siehe hierzu: 4. Kapitel, II., 3.), b), cc), (4), (a).

642 BGH GRUR 2004, 244 (245) – »Marktführerschaft«; BGH GRUR 2001, 73 (75) – »Stich den Buben«; BGH NJW 1997, 3236 (3237) – »ausgeschiedener Sozius«; BGH GRUR 1961, 193 (196) – »Medaillenwerbung«; Köhler/Bornkamm/Bornkamm, UWG, § 5 Rn. 2.67; Harte/Henning/Dreyer, UWG, § 5 B Rn. 37; Loschelder/Erdmann/Helm, Wettbewerbsrecht, § 59 Rn. 55.

643 Lettl, FS Bornkamm, S. 417.

644 Loschelder/Erdmann/Helm, Wettbewerbsrecht, § 59 Rn. 67, 81; Lettl, FS Bornkamm, S. 417. Sowohl der deutsche und der europäische Gesetzgeber als auch das BVerfG und der BGH haben dieses Leitbild vom EuGH (zuerst in: EuGH GRUR Int 1998, 795 – »Gut Springeheide«) übernommen; vgl. BT-Drucks. 15/1487, S. 19; Erwägungsgrund 18 der UGP-RL (2005/29/EG); BVerfG NJW 2003, 1307 (Ls. 2) – »optimale Interessenvertretung«; BGH GRUR 2012, 1053 (Rn. 19) – »Marktführer Sport«; BGH GRUR 2000, 619 (621) – »Orient Teppichmuster«.

präzise, weshalb eine Konkretisierung anhand ihrer Funktion und normativen Grundlage sowie ihrer Ausfüllung durch die Rechtsprechung notwendig ist⁶⁴⁵.

Nachfolgend wird daher in einem ersten Schritt durch Bestimmung des für Werbemaßnahmen mit Verhaltenskodizes relevanten Verkehrskreises auf den durchschnittlichen Informationsstand des maßgeblichen Werbeaddressaten geschlossen (aa). Im Anschluss erfolgt die Beurteilung des Aufmerksamkeitsgrades des maßgeblichen Verkehrskreises, welche produkt- und situationsabhängig unterschiedlich zu beurteilen ist (bb). Der Schwerpunkt der Analyse liegt innerhalb des Merkmals der Verständigkeit (bzw. Kritikfähigkeit) des Verkehrskreises. Hier erfolgt die Beurteilung, inwieweit der Werbeaddressat die Formulierungen in einem Verhaltenskodex zutreffend einordnen und kritisch hinterfragen kann (cc). Schließlich ergibt sich in bestimmten Fällen eine gesonderte Abwägung mit schützenswerten Interessen des werbenden Unternehmers (dd).

a) Parameter für den Informationsstand des Werbeaddressaten

(1) Der beachtliche Verkehrskreis

Das unionsrechtliche Verbraucherleitbild ist nicht pauschal und abstrakt festgelegt, sondern berücksichtigt Besonderheiten wie soziale, kulturelle und sprachliche Ausprägungen⁶⁴⁶. Maßgeblich ist daher die Erwartungshaltung einer Durchschnittsperson des Verkehrskreises, die auf dem jeweiligen nationalen Markt von der Werbemaßnahme angesprochen wird⁶⁴⁷. Dies hat für die untersuchte Thematik insoweit besondere Relevanz, dass für die Auslegung von Formulierungen in Verhaltenskodizes – wie etwa »existenzsichernde Löhne«, »sichere Produktionsprozesse« oder »umweltverträgliche Herstellung«⁶⁴⁸ – die Vorstellung eines Werbeaddressaten auf dem konkreten Absatzmarkt (in dieser

645 Loschelder/Erdmann/Lubberger, Wettbewerbsrecht, § 40 Rn. 34.

646 Lettl, GRUR 2004, 449 (454).

647 So die st. Rspr. des BGH und vormals des RG: BGH GRUR 1997, 925 – »ausgeschiedener Sozius«; BGH GRUR 1958, 444 – »Emaillelack«; RG GRUR 1934, 691; Teplitzky/Pfeiffer/Leistner/Lindacher, Großkommentar UWG, § 5 Rn. 95.

648 Das konkrete Verständnis typischer Formulierungen in Verhaltenskodizes wird beispielhaft im Rahmen der »Verständigkeit« des Verkehrskreises untersucht. Vgl. hierzu: 4. Kapitel, III., 3., b), cc), (2).

Untersuchung demnach auf dem deutschen Markt) und nicht das Verständnis innerhalb des jeweiligen Produktionslandes maßgeblich ist.

Für die Beurteilung des konkreten Kenntnisstandes des Durchschnittsverbrauchers ist weiterhin entscheidend, inwiefern bestimmte Gruppenmerkmale des Adressatenkreises zu berücksichtigen sind. Denn Verbraucher sind eine heterogene Gattung und zerfallen in bestimmte Gruppen⁶⁴⁹, sofern ein spezieller Adressatenkreis für die Werbemaßnahmen abgegrenzt werden kann. Demnach kann der Feststellung, dass »veröffentlichte Selbstverpflichtungen an jedermann gerichtet« seien⁶⁵⁰ jedenfalls in rechtlicher Hinsicht nicht gefolgt werden, da aus dem verwendeten Instrument einer Massenwerbung (bspw. über das Internet) nicht automatisch der Schluss gezogen werden kann, dass es auch auf die Erwartungshaltung aller theoretisch erreichbaren Personen ankommt. Maßgeblich sind nämlich nur die Personen, die sich von derartigen Werbemaßnahmen angesprochen fühlen und deren Inhalte auch bewusst oder unbewusst bewerten. So richten sich Hinweise auf unternehmerische Selbstverpflichtungen zunächst an den Endverbraucher, der seine Konsumentscheidung nicht ausschließlich nach preislichen Kriterien trifft, sondern in seinem Entscheidungsprozess auch Aspekte der Nachhaltigkeit und sozialen Verantwortung berücksichtigt. Daneben werden mittels Veröffentlichung oder Berichten über den Kodex – etwa in Geschäfts- und Nachhaltigkeitsberichten – zunehmend Anleger und Analysten am Finanzmarkt sowie potentielle Geschäftspartner angesprochen, die im Rahmen ihrer Rating- und Investitionsentscheidung nachhaltige und ethische Aspekte berücksichtigen bzw. diese Kriterien bei der Auswahl künftiger Geschäftspartner mit einbeziehen⁶⁵¹. So besteht durchaus ein unternehmerisches Interesse, etwaige Skandale von Geschäftspartnern möglichst umfassend im Vorhinein durch Selektion bei der Auswahl zu vermeiden, da diese häufig auch Einfluss auf den Absatz der Vertragspartner haben. Für gewerbliche Adressaten ist das Verbraucherleitbild naturgemäß nicht anwendbar⁶⁵², weshalb für diese Gruppe ein erhöhtes Maß

649 Teplitzky/Pfeifer/Leistner/Lindacher, Großkommentar UWG, § 5 Rn. 92.

650 So Herberg, Zeitschrift für Rechtssoziologie, 22 (1), S. 25, 31f.; zustimmend: Balitzky, GRUR 2013, 670 (674).

651 In diese Richtung auch: MüKo/UWG/Alexander, Band 1, Anh. § 3 III Nr. 1 Rn. 6.

652 Hier ergeben sich aber vergleichbare Kriterien, weshalb an die Stelle des Verbrauchers der situationsadäquat aufmerksame, durchschnittlich informierte und verständige Gewerbetreibende tritt, der sich grds. durch eine höhere Fachkenntnis auszeichnet, vgl. Omsels, GRUR 2005, 548 (549).

an Informiertheit und Verständigkeit bei der Interpretation von Verhaltenskodizes vorausgesetzt werden muss. Bei sog. »gemischten Verkehrskreisen« entfällt für die Bestimmung der Irreführung eine Differenzierung nach den einzelnen Gruppen, da in diesen Fällen eine Irreführung des durchschnittlich informierten Verbrauchers zur Bejahung der Voraussetzung ausreicht.

Der hier für das Verkehrsverständnis maßgebliche Adressatenkreis der Verbraucher liegt also beim Endkonsumenten, der für seine geschäftliche Entscheidung auch Kriterien der Nachhaltigkeit und unternehmerischen Verantwortung heranzieht. Erwartungsgemäß wird daher auch häufiger mit unternehmerischen Selbstverpflichtungen in Fach- und Naturzeitschriften geworben. Zugleich bieten die technischen Innovationen dem Unternehmer neuartige Möglichkeiten, die Werbung gezielt an die gewünschte Verbrauchergruppe anzupassen: So kann bspw. über sog. *Cookies*⁶⁵³ das Surf- und Kaufverhalten des Besuchers einer Internetseite protokolliert und hierdurch ein Interessenprofil erstellt werden, um während der künftigen Internetnutzung bevorzugt Werbeanzeigen zu präsentieren, die den Vorlieben des jeweiligen Konsumenten entsprechen⁶⁵⁴.

(2) Informationsstand und verweisende Verkehrsvorstellungen des Verkehrskreises

Der primär angesprochene, für Aspekte der CSR sensibilisierte Verbraucher ist damit keinem Fachkreis zugehörig und hat keine speziellen Kenntnisse vom Zustandekommen und der Verbindlichkeit von Verhaltenskodizes. Dennoch ist davon auszugehen, dass ihm unternehmerische Selbstverpflichtungen in seinem Konsumverhalten bereits aufgefallen sind und er naturgemäß eine gewisse Distanz zu werblich herausgestellten Äußerungen entwickelt hat. Die Bedeutung der einzelnen Formulierungen interpretiert er überwiegend

653 *Cookies* sind »in einer Datei auf einem lokalen Rechner abgelegte Daten einer Webseite, die den Anwender, der an diesem Rechner das World Wide Web nutzt, eindeutig identifizieren und Informationen über sein Surf-Verhalten speichern können, sodass zwischen zwei Verbindungen des Anwenders zur Website die bisherigen Aktionen, die für die Website von Interesse sind, zwischengespeichert werden können. Ein Cookie kann dazu dienen HTML-Seiten individuell an den Benutzer anzupassen.« (<http://wirtschaftslexikon.gabler.de/Archiv/81877/cookie-v10.html>, zuletzt abgerufen am 9.6.2016).

654 Metz, Informationspflichten, S. 27.

anhand des allgemeinen Sprachgebrauchs⁶⁵⁵. Gleichzeitig kann und muss er sich aber nicht über alle Merkmale des Verhaltenskodex Gedanken machen, sondern kann grundsätzlich davon ausgehen, dass die Ausgestaltung des Kodex weitgehend dem Üblichen in der Branche entspricht⁶⁵⁶. Eine Irreführung kann demnach auch dann vorliegen, wenn der Verbraucher keine nähere Vorstellung vom Inhalt einzelner Erfordernisse hat⁶⁵⁷. Dies gilt vor allem, wenn die Beurteilung einzelner Kriterien (bspw. »umweltverträgliche Herstellung« oder »Umweltschutzstandards«) für den Verbraucher ohne Fachkenntnisse und genauere Erläuterungen nicht möglich ist. Er darf sich in diesen Fällen darauf verlassen, dass diese Bestimmungen den Erfordernissen entsprechen, die von den hiermit befassten Fachkreisen und Stellen vorausgesetzt werden (sog. *verweisende Verkehrsvorstellung*)⁶⁵⁸. Die Beurteilung der Fachkreise ist naturgemäß vom Einzelfall abhängig. Bei Unklarheiten kann die Ermittlung des Verständnisses auch anhand der Begriffsdeutung ausgewählter internationaler Organisationen erfolgen. Hier können insb. die OECD-Leitlinien genannt werden, zu deren Förderung sich die Europäische Kommission ausdrücklich bekennt⁶⁵⁹.

-
- 655 Die grundsätzliche Maßgeblichkeit des allgemeinen Sprachgebrauchs wird fortlaufend von der Rechtsprechung bestätigt: BGH GRUR 2014, 1215 (1215) – »Olympia-Rabatt«; BGH NJW 2014, 2420 (2423) – »Rechtsprechungsänderung«; BGH GRUR 2002, 182 (184) – »Das Beste jeden Morgen«; BGH GRUR 1973, 486 (486) – »Bayerische Bank«; BGH GRUR 1970, 558 (Ls. 2) – »Sanatorium«; BGH GRUR 1957, 278 (279) – »Evidur«.
- 656 Sofern dem Verkehr keine anderen Hinweise vorliegen, kann er davon ausgehen, dass ein beworbene Produkt dem entspricht, was üblicherweise erwartet werden kann, vgl. etwa: OLG Hamburg WRP 1989, 667 (671) – »Motorenöl«; BGH GRUR 1961, 361 (Ls. a) – »Hautleim«.
- 657 BGH GRUR 1969, 280 (Ls.) – »Scotch Whisky«.
- 658 Loschelder/Erdmann/Helm, Wettbewerbsrecht, § 59 Rn. 110. Eine Beurteilung anhand der »verweisenden Verkehrsvorstellung« wird insb. bei Produkten angewendet, bei denen auch der angemessen gut unterrichtete Durchschnittsverbraucher weiß, dass er keine gesicherte Kenntnis von der Beschaffenheit der Ware hat, und deshalb von einer eigenen Beurteilung absieht, wie etwa bei vielen Lebensmitteln (Loschelder/Erdmann/Helm, Wettbewerbsrecht, § 59 Rn. 110).
- 659 So etwa im Grünbuch »Europäische Rahmenbedingungen für die soziale Verantwortung der Unternehmen«, KOM(2001), 366 endg. Rn. 17.

bb) Schlussfolgerungen aus dem Erfordernis angemessener Aufmerksamkeit des Verkehrskreises

Gerade das Merkmal der angemessenen Aufmerksamkeit (bzw. *Involvement*) des Verbrauchers erfordert im Rahmen des Verbraucherleitbildes eine situationsbezogene Einzelfallprüfung, da es von mehreren Faktoren abhängt. So können die strukturellen Begrenzungen der Informationsmitteilung durch einzelne Werbemedien zu unterschiedlichen Bewertungen führen. Hier ist fraglich, inwiefern ein Unternehmen mit externen Verweisen zur ausführlicheren Informationsvermittlung arbeiten kann.

Daneben ist bei einem konkreten Produktbezug für den Verbraucher vor dergründig die Art bzw. die Bedeutung dieser Ware für seine Konsumententscheidung ausschlaggebend. Für die vorliegende Thematik hat diese Unterscheidung eher untergeordnete Bedeutung, da sich Werbemaßnahmen mit Verhaltenskodizes zumeist auf das Unternehmen als Ganzes beziehen und ein konkretes Produkt seltener im Vordergrund steht. Vor allem für solche produktbezogenen Werbemaßnahmen, die mit einem Hinweis auf unternehmerische Verantwortung in Form einer Selbstverpflichtung einhergehen oder einen anderen mittelbaren Produktbezug besitzen, wird dennoch kurz auf dieses Kriterium eingegangen.

(1) Der Einfluss der Darstellungsform und die Zulässigkeit von Verweisen

Die Kommunikation unternehmerischer Verantwortung erfolgt häufig nicht mehr über die klassischen Massenmedien wie Fernsehen, Radio oder Zeitschriften, sondern über Dialoginstrumente des Internets, die auf die Bedürfnisse der unterschiedlichen Interessengruppen individuell eingehen und den Dialog fördern⁶⁶⁰. Auch wird innerhalb von Nachhaltigkeits-, Stakeholder- oder CSR-Berichten ein direkter Zusammenhang zu einem unternehmerischen Verhaltenskodex hergestellt, indem auf diese unternehmerischen Standards als weiterführende Informationsquelle hingewiesen wird⁶⁶¹. Dies resultiert zum einen aus der besseren Individualisierbarkeit der Adressatenkreise, zum anderen aber auch aus dem Umstand, dass sich herkömmliche Massenmedien (wie etwa Fernsehen, Radio oder Zeitschriften) durch Be-

660 Schneider/Schmidpeter/Osburg, Corporate Social Responsibility, S. 475.

661 Herrnberger, Wettbewerbsrechtlicher Schutz, S. 213.

schränkungen des Umfangs bei der Informationsvermittlung kennzeichnen. Auch für Werbemaßnahmen im Internet gelten die üblichen Wertungen des Verbraucherleitbildes, sofern der Verbraucher dieses nach speziellen Informationen durchsucht⁶⁶². Ein erhöhtes Schutzbedürfnis aufgrund der hohen Anzahl an Informationen wird also nicht pauschal angenommen⁶⁶³, wobei aus dem Umstand, dass der Verbraucher die notwendigen Informationen »aktiv« recherchieren muss, nicht gefolgert werden kann, er werde in jedem Fall alle bereitgestellten Informationen des Internetauftrittes zur Kenntnis nehmen⁶⁶⁴.

Besondere Bedeutung kommt in diesem Zusammenhang der Frage zu, inwieweit ein Verweis auf einen Verhaltenskodex zulässig ist. Auf der einen Seite nimmt der Durchschnittsverbraucher eine Werbung anhand ihres Gesamteinindruckes wahr, weshalb nach ständiger Rechtsprechung zusammengehörige Aussagen nicht aus ihrem Kontext gerissen werden dürfen⁶⁶⁵. Teilweise wird daher auch, vornehmlich im Rahmen von § 4 Nr. 4 und Nr. 5 UWG, aus dem Wortlaut geschlossen, dass alle Bedingungen schon in der Werbung vollständig dargelegt sein müssten und eine Anpassung an das Werbemedium etwa in Form von Verweisen nicht zulässig wäre⁶⁶⁶. Durch eine Angabe aller relevanten Informationen besteht jedoch die Gefahr einer Informationsüberfrachtung des Verbrauchers, welche einer informierten Entscheidung abträglich sein kann. Vom Durchschnittsverbraucher wird auch die Kenntnisnahme von zur Verfügung gestellten Informationen in zumutbarem Umfang erwartet⁶⁶⁷, bei Vorliegen eines gewissen Interesses außerdem die Verfolgung von Hinweisen zu weiterführenden Informationen⁶⁶⁸. Dem hat sich der EuGH inzwischen angeschlossen und trägt damit den beschränkten Informationsmöglichkeiten einiger Werbemedien Rechnung. Im Rahmen der Irreführung durch Unterlassen hat er festgestellt, für Art. 7 IV lit. a UGP-RL (§ 5a III Nr. 1 UWG) genüge

662 Lederer, NJOZ 2011, 1833 (1838).

663 So aber: Himmels, Behavioural Targeting, S. 176.

664 BGH GRUR 2005, 438 (441) – »Epson-Tinte«; OLG Frankfurt NJW 2011, 398 (Rn. 35).

665 BGH GRUR 2005, 438 (441) – »Epson Tinte«; BGH GRUR 2004, 604 (605) – »Dauertiefpreise«; BGH GRUR 2002, 550 (552) – »Elternbriefe«; BGH GRUR 2002, 715 (716) – »Scanner-Werbung«; BGH GRUR 1996, 367, (368) – »Umweltfreundliches Bauen«; BGH GRUR 1971, 29 (33) – »Deutscher Sekt«; Loschelder/Erdmann/Lubberger, Wettbewerbsrecht, § 40 Rn. 50.

666 Heermann, WRP 2005, 141 (150); Steingass/Teworte, WRP 2005, 676 (683); hierzu ausführlicher: Metz, Informationspflichten, S. 104f.

667 BGH GRUR 2002, 160 (162) – »Warsteiner III«; Lettl, GRUR 2004, 449 (458).

668 BGH GRUR 2005, 690 (692) – »Internet-Versandhandel«.

der Verweis auf die eigene Firmenwebsite, sofern sich dort die wesentlichen benötigten Informationen leicht auffinden lassen⁶⁶⁹.

Jedenfalls im Rahmen der Irreführungsnormen ist also davon auszugehen, dass Verweise auf unternehmerische Selbstverpflichtungen grundsätzlich zulässig sind, sofern hierdurch keine bewusste Täuschung über relevante Inhalte erfolgt. So ist es zumindest unzulässig, im Rahmen einer Werbekampagne den Eindruck besonderer unternehmerischer Verantwortung zu erwecken, welcher sich letztlich in der Ausgestaltung des Verhaltenskodex nicht widerspiegelt. Untergeordnete, erläuternde Hinweise können die Aussage im Nachhinein nicht mehr korrigieren, sofern die Werbekampagne bereits einen gefestigten Eindruck beim Verbraucher hinterlassen hat⁶⁷⁰.

(2) Differenzierung in Fällen vorhandenen Produktbezuges

Trotz des vordergründigen Unternehmensbezuges von Verhaltenskodizes besteht teilweise ein indirekter oder direkter Bezug zu den einzelnen Produkten oder Produktgruppen des Unternehmens. Mit der Entscheidung zugunsten eines Produktes eines in CSR-Belangen engagierten Unternehmens »kauf« sich der Konsument letztlich ein Stück gesellschaftlicher Verantwortung⁶⁷¹. Der Einfluss solcher unternehmensimagebezogener Faktoren ist bei Erfahrungsgütern⁶⁷², bei deren Auswahl stärker auf Unternehmensassoziationen zurückgegriffen wird, entsprechend höher als bei Suchgütern⁶⁷³, da hier für den Konsumenten zumeist die Qualität und Eignung zur individuellen Ver-

669 EuGH GRUR 2011, 930 (Ls. 4) – »Konsumentombudsmannen/Ving Sverige AB; in diese Richtung auch: BT-Drucks. 16/10145, S. 25.

670 BGH WRP 1991, 159 (160) – »Zaunlasur«; BGH NJW 1989, 711 (712) – »Umweltengel«; BGH WRP 1989, 163 (165) – »...aus Altpapier«.

671 Schneider/Schmidpeter/Osburg, Corporate Social Responsibility, S. 475.

672 Als »Erfahrungsgüter« gelten solche Produkte, deren »Qualität ein Haushalt erst nach vollzogenem Konsum feststellen kann. Der Konsum von Erfahrungsgütern zieht Lerneffekte nach sich, die das Nachfrageverhalten zukünftiger Perioden beeinflussen.« (<http://wirtschaftslexikon.gabler.de///Definition/erfahrungsgut.html>, zuletzt abgerufen am 9.6.2016); vgl. hierzu auch die Übersicht in: 4. Kapitel, II., 3., b), cc), (1).

673 Als »Suchgut« wird in der Haushaltstheorie ein Gut bezeichnet, »bei dem der Haushalt durch Informationssuche schon vor dem Kauf Kenntnisse über die Qualität erlangen kann« (<http://wirtschaftslexikon.gabler.de///Definition/suchgut.html>, zuletzt abgerufen am 9.6.2016); vgl. hierzu auch die Übersicht in: 4. Kapitel, II., 3., b), cc), (1).

wendung im Vordergrund steht⁶⁷⁴. Gerade bei höherwertigen Suchgütern ist die Irreführungsgefahr durch Werbemaßnahmen mit Verhaltenskodizes daher geringer einzuschätzen. In produktbezogenen Sachverhalten, die unter § 5 I S. 2 Nr. 1 UWG subsumiert werden können, kommt es daher immer auch auf den konkreten Stellenwert der Selbstverpflichtung für das maßgebliche Produkt an.

cc) Schlussfolgerungen aus der angemessenen Kritikfähigkeit des Verkehrskreises

Mit dem Merkmal der angemessenen Kritikfähigkeit bzw. Verständigkeit beschreibt das Leitbild vor allem die Fähigkeit des Verbrauchers, erhaltene Informationen richtig einzuordnen und daraus auch zutreffende Schlüsse zu ziehen⁶⁷⁵. Vom Durchschnittsverbraucher wird also erwartet, dass er grundlegende wirtschaftliche Zusammenhänge erkennen kann⁶⁷⁶, Werbeaussagen kritisch gegenübersteht, diese hinterfragt und hierdurch nicht ernst gemeinte Aussagen oder übertriebene Anpreisungen erkennen und relativieren kann⁶⁷⁷.

In der Einordnung von in Verhaltenskodizes enthaltenen Formulierungen anhand des Merkmals der angemessenen Kritikfähigkeit des Verbraucherleitbildes liegt der Schwerpunkt der folgenden Untersuchung des aktiven Irreführungspotentials von Selbstverpflichtungen. In einem ersten Schritt wird hinterfragt, welche Erwartungshaltung der Verbraucher generell mit den allgemein gehaltenen Formulierungen in Verhaltenskodizes verbindet (1). Im Anschluss erfolgt eine Präzisierung der gefundenen Ergebnisse anhand ausgewählter konkreter Formulierungen aus Verhaltenskodizes (2). In Abschnitt (3) erfolgt eine Beurteilung der Zulässigkeit von Unverbindlichkeitsvorbehalten in Verhaltenskodizes. In Abschnitt (4) wird schließlich der Gesichtspunkt von

674 *Duong Dinh*, Corporate Social Responsibility, S. 64; hierzu auch ausführlicher: 4. Kapitel, I., 3., b).

675 Köhler/Bornkamm/Köhler, UWG, § 1 Rn. 36; Harte/Henning/Dreyer, UWG, § 5 Rn. 34. Bei diesem Merkmal wird jedoch auch in Frage gestellt, ob eine allgemeingültige Verständigkeit des Durchschnittsverbrauchers überhaupt festgestellt werden kann, da auch durchschnittlich verständige Verbraucher zu unterschiedlichen Ansichten kommen können. Vgl. hierzu: *Omsels*, GRUR 2005, 548 (552).

676 So bspw. in: BGH GRUR 2003, 889 (890) – »Internet-Reservierungssystem«; BGH GRUR 1999, 261 (263) – »Handy-Endpreis«.

677 BGH GRUR 2010, 161 (Rn. 20, 23) – »Gib mal Zeitung«; BGH GRUR 2002, 982 (984) – »Die Steinzeit ist vorbei«; Köhler/Bornkamm/Köhler, UWG, § 1 Rn. 36; Metz, Informationspflichten, S. 120; Lettl, GRUR 2004, 449 (459).

Werbemaßnahmen mit Selbstverständlichkeiten angesprochen und überprüft, ob die häufig in Verhaltenskodizes enthaltene Verpflichtung zur Einhaltung der geltenden Gesetze als eine derartige Werbemaßnahme zu verstehen ist. Auch wenn aufgrund der Vielzahl möglicher Sachverhalte immer die Umstände des Einzelfalles für die Bewertung den Ausschlag geben, wird grundsätzlich versucht, Parallelen zur Jurisdiktion (insb. im Bereich der sog. Umweltwerbung) herauszuarbeiten, um hierdurch einen generellen Argumentationsrahmen abzustecken.

(1) Das grundsätzlich erwartete Maß an Verbesserung durch pauschale Angaben

Entscheidend für die Einordnung der Irreführungsgefahr von Verhaltenskodizes ist die Klärung, wie der Verkehr pauschale und allgemein gehaltene Formulierungen in diesen Selbstverpflichtungen versteht. Die weitaus überwiegende Anzahl an Verhaltenskodizes ist allgemein gehalten und bedient sich Schlagworten wie »Nachhaltigkeit«, »umweltschützend«, »verantwortungsvoll« oder »sicher«, die als abstrakte Begrifflichkeiten für das Unternehmen den Vorteil einer flexibleren Anpassung an die jeweiligen Gegebenheiten und sich ändernde Umstände bieten. Um sich der entscheidenden Frage zu nähern, welcher Bedeutungsgehalt derartigen Aussagen zukommt, wird zunächst verallgemeinernd untersucht, welches Maß an generellem Vorteil die Rechtsprechung für derartige Formulierungen fordert. Diesbezüglich hat sich zur Frage der Irreführung mit pauschalen Umweltaussagen seit Ende der 1980er Jahre eine umfassende Rechtsprechung herausgebildet, die – losgelöst vom Aspekt der emotionalen Ansprache des Konsumenten – in bestimmten Schlussfolgerungen auf vergleichbar verallgemeinernde Aussagen in Verhaltenskodizes übertragbar ist und für die anschließende Untersuchung einzelner Formulierungen den Rahmen festlegt.

(a) Unterscheidung zwischen relativem und absolutem Vorteil

Mit dem gestiegenen Bewusstsein von Verbrauchern für Umweltschutzaspekte haben die Unternehmen ab Ende der 1980er Jahre auch die Möglichkeiten entdeckt, derartige Vorteile der angebotenen Produkte – oder des Unternehmens selbst – in möglichst prägnanter Form in der Werbung herauszustellen. So wurde etwa im Rahmen der Werbung für »Kfz-Pflegemittel« das

Wort »umweltbewußt« mehrfach und auffällig auf der Verpackung hervorgehoben⁶⁷⁸. Das OLG Hamburg ordnete diese Werbung als irreführend ein, da durch die Aufmachung erwartet werde, das beworbene Produkt enthalte die umweltschonendsten Wirkstoffe bzw. die umweltschonendste Verpackung⁶⁷⁹. Das Gericht ging aufgrund der Werbeaussage von einem »Höchstmaß« an Umweltschonung aus und beanstandete zudem, dass der Gesamteindruck den Anschein erwecke, der Unternehmer habe den Umweltschutz zu seiner Unternehmensphilosophie gemacht⁶⁸⁰. Der BGH führte schließlich in zwei grundlegenden Entscheidungen aus, dass die Werbung mit Umweltschutzbegriffen ähnlich streng wie die Gesundheitswerbung zu beurteilen ist⁶⁸¹. Beurteilt wurde u. a. die Frage, inwieweit die Werbemaßnahme für ein Papierprodukt »umweltfreundlich, da aus Altpapier« in Verbindung mit weiteren Aussagen (»Der Umwelt zuliebe«) irreführend ist, wenn der Bestandteil an Altpapier in dem Produkt tatsächlich nur 80 % betrug. Der Gerichtshof sah dies als eine Irreführung an, da der Verkehr durch die Ausgestaltung der Werbemaßnahme von einem Anteil von 100 % Altpapier ausgehen konnte⁶⁸². In den Entscheidungen führte der Gerichtshof aus, dass die Irreführungsgefahr der Umweltwerbung besonders groß sei, da die beworbenen Produkte zumeist nicht insgesamt, sondern nur in Teilbereichen mehr oder weniger umweltschonender sind als andere Waren⁶⁸³. Zugleich bestünden weitgehend Unklarheiten über Bedeutung und Inhalt der verwendeten Begriffe⁶⁸⁴, da es sich bei der Beurteilung dieser Begriffe um äußerst komplexe und überwiegend nicht einmal naturwissenschaftlich vollständig geklärte Problemkreise handele, deren Kenntnis vom Verbraucher nicht erwartet werden könne⁶⁸⁵. Die Rechtsprechung forderte damit bei pauschalen Aussagen eine absolute Umweltverträglichkeit dergestalt, dass die Umwelt in keiner Form – von der

678 OLG Hamburg NJW 1989, 556 – »umweltbewußt«.

679 OLG Hamburg NJW 1989, 556 (Ls.) – »umweltbewußt«.

680 OLG Hamburg NJW 1989, 556 (557) – »umweltbewußt«.

681 BGH GRUR 1991, 546 (547) – »...aus Altpapier«; BGH WRP 1989, 160 (162) – »Umweltengel«.

682 BGH GRUR 1991, 546 (547) – »...aus Altpapier«.

683 BGH GRUR 1991, 546 (547) – »...aus Altpapier«; BGH WRP 1989, 160 (162) – »Umweltengel«.

684 BGH, ebenda.

685 Michalski/Riemenschneider, BB 1994, 1157 (1161).

Herstellung bis zur Entsorgung – belastet wird bzw. im Falle partieller Verbeserungen eine explizite und deutliche Aufklärung erfolgt⁶⁸⁶.

Die ab Mitte der 1990er Jahre ergangenen Entscheidungen lassen eine Abkehr von der bisherigen Beurteilung der Irreführungsgefahr in diesem Bereich erkennen. Es wurde davon ausgegangen, dass sich das Wissen der Konsumenten über Umweltschutz erheblich verändert hatte und ein wesentlich »mündigerer« Verbraucher über die Zusammenhänge Bescheid weiß, wodurch in der Praxis auch eine Anpassung an das zu dieser Zeit bereits im europäischen Rahmen geltende moderne Verbraucherleitbild erfolgte⁶⁸⁷. Als erste wegweisende Entscheidung ist das Urteil des BGH im Fall »Unipor-Ziegel« zu nennen⁶⁸⁸. Hier hatte ein Unternehmen in der streitgegenständlichen Werbung für Ziegel aus den Naturstoffen Ton und Lehm damit geworben, dass diese (durch ihre natürliche Zusammensetzung) einen »Baustein für eine gesunde Welt« darstellen. Das Berufungsgericht sah die Werbemaßnahme als irreführend an, da der Verkehr aufgrund der Werbemaßnahme annehme, dass die Gewinnung und die Herstellung der Ziegel keine umweltschädlichen Auswirkungen bewirken würden, aber gerade die Gewinnung der Ziegel tatsächlich erhebliche Eingriffe in die Natur nach sich zögen⁶⁸⁹. Der Gerichtshof erkannte zwar weiterhin eine strenge Beurteilung der Umweltwerbung an, stellte jedoch fest, dem Verkehr sei »allgemein bekannt und selbstverständlich«, dass die Verwendung natürlicher Rohstoffe immer mit einem Eingriff in die Natur bei der Gewinnung einhergehe⁶⁹⁰. Diesen Gedanken entwickelte der BGH in der späteren Entscheidung »Umweltfreundliches Bauen« weiter und prägte so den Grundsatz, dass bei der Verwendung unklarer Begriffe wie »umweltfreundlich« dem Verkehr bekannt sei, dass trotz weitgehender Berücksichtigung von Umweltgesichtspunkten bei der Produktion Restbelastungen für die Umwelt

686 So die ständige Rspr. bis Mitte der 1990er Jahre: BGH GRUR 1991, 550 – »Zaunlasur«; KG Berlin GRUR 1993, 766 – »Bio Gold«; KG Berlin WRP 1991, 30 – »Irreführung mit pauschal umweltschutzbezogener Werbung«; OLG Hamburg NJW-RR 1991, 939 – »Werbung mit Wegfall umweltbelastender Lösungsmittel«; OLG München GRUR 1990, 290 – »Bioclean«; LG Berlin NJW-RR 1989, 1203 – »Anforderungen bei Werbung mit Bio«; OLG Düsseldorf GRUR 1988, 55 – »bio-FIX«; LG Köln GRUR 1988, 55 – »Holzschutzmittel«; dagegen schon früh differenzierend: OLG Stuttgart NJW-RR 1988, 1385 – »Werbung für Erdgas als rückstandsfrei«.

687 Roller, ZUR 2014, 211 (213).

688 BGH GRUR 1994, 828 – »Unipor-Ziegel«.

689 BGH GRUR 1994, 828 (829) – »Unipor-Ziegel«.

690 Ebenda.

verblieben⁶⁹¹. Die Rechtsprechung ist seitdem von der Maxime des »relativen Umweltvorteils« geprägt und setzt beim aufgeklärten Verbraucher ein gewisses Verständnis voraus, dass trotz einer Verbesserung in bestimmten Bereichen nicht automatisch auf ein vollkommen umweltfreundliches Produkt geschlossen werden kann⁶⁹².

Der Grundsatz der strengen Beurteilung derartiger Werbeaussagen anlässlich der hohen Irreführungsgefahr wird dagegen auch heute noch unter Berufung auf die Urteile seit 1994 unverändert angewendet⁶⁹³. So konstatierte das OLG Hamburg im Jahr 2007: »An diesen erheblichen begrifflichen Unschärfen hat sich bis heute nichts geändert, die Ungewissheiten und Abgrenzungsschwierigkeiten haben insoweit eher noch zugenommen«⁶⁹⁴. Dies gilt sowohl bei Werbeaussagen, die auf die Beschaffenheit der Ware bezogen sind, als auch bei Aussagen über Produktionsvorgänge, Entsorgung, Importe aus Entwicklungsländern etc.⁶⁹⁵. Entscheidend für diese Bewertung ist daher nicht der reine Bezug zu Belangen der Umwelt, sondern die Schwierigkeit, derartige Schlagworte inhaltlich einzuordnen, ihren Bedeutungsgehalt zu überprüfen und zu beurteilen wie stark der Verbraucher von derartigen Aussagen angelockt wird. Da durch zahlreiche Medienberichte⁶⁹⁶ – vornehmlich in der Textilindustrie – heute eine mit Umweltbelangen vergleichbare Sensibilisierung der Werbeadressaten mit den Sicherheits-, Gesundheits- und Arbeitsbedingungen der Arbeitnehmer in den Produktionsländern besteht, sind die Wertungen der Rechtsprechung ohne Weiteres übertragbar⁶⁹⁷. Hierfür spricht letztlich auch die Tatsache, dass die Unternehmen häufig bei diesen Themen-

691 BGH WRP 1996, 290 (292) – »Umweltfreundliches Bauen«.

692 BGH WRP 2013, 472 (Rn. 34) – »Biomineralwasser«; BGH GRUR 2011, 633 (Rn. 26) – »Bio-Tabak«; BGH WRP 1997, 724 – »Ha-Ra«; BGH GRUR 1997, 306 – »Naturkind«; BGH WRP 1996, 290 – »Umweltfreundliches Bauen«; BGH GRUR 1994, 828 – »Uniporziegel«.

693 Zuletzt etwa: OLG Koblenz WRP 2011, 1499 (1501) – »CO₂-neutral«; OLG Hamburg BeckRS 2008, 07230 (II., 2., b, aa) – »Schnell biologisch abbaubar«; LG Düsseldorf GRUR-Prax 2013, 467 – »Die Dose ist grün«; LG Hamburg WRP 2013, 543 (Ls.) – »pure and natural«. Vergleichbar ist die Rechtslage in Österreich: OGH GRUR Int 2013, 580 (Ls. 2) – »erster klimaneutraler Stempel«.

694 OLG Hamburg BeckRS 2008, 07230 (II., 2., b, bb) – »schnell biologisch abbaubar«.

695 Ohly/Sosnitza/Sosnitza, UWG, § 5 Rn. 307.

696 Vgl. hierzu: 2. Kapitel, I., 3., b).

697 Für eine Gleichbehandlung daher auch ausdrücklich: *Henning-Bodewig*, WRP 2011, 1014 (1021).

ken ihren Schwerpunkt in Verhaltenskodizes setzen, denn der Schwerpunkt wird in Selbstverpflichtungen erwartungsgemäß dort gesetzt, wo der Werbeaddressat am ehesten angesprochen wird.

(b) Vergleichsmaßstab des relativen Vorteils

Dem Begriff des »relativen« Vorteils wohnt das Element des Vergleiches inne. Die Gerichte ziehen die Verbindung zur Konkurrenz und sehen es als maßgeblich an, wie das Produkt oder das Unternehmen im Vergleich zur Konkurrenz abschneidet, die sich nicht der jeweiligen Merkmale röhmt⁶⁹⁸. Auch die Europäische Kommission sieht in dem Verhältnis zur Konkurrenz den entscheidenden Beurteilungsmaßstab⁶⁹⁹. Erwartet wird, dass der Unternehmer in den jeweils angesprochenen Bereichen »signifikante Verbesserungen« vorgenommen hat⁷⁰⁰.

(c) Maßgebliche Aspekte des relativen Vorteils

Welche Aspekte die jeweiligen Begriffe umfassen, hängt zunächst davon ab, welche Erwartungshaltung der Verkehr aufgrund der konkreten Aussage des Werbenden hat. Sofern eine Ware vollkommen undifferenziert und ohne Er-

698 So etwa: BGH GRUR 1994, 828 (829) – »Unipor-Ziegel«, OLG Hamburg BeckRS 2008, 07230 (II., 2.,d ,bb ,bbb ,(2)) – »Schnell biologisch abbaubar«; OLG Frankfurt WRP 2007, 1386 (1388) – »Biosphärenwasser«; OLG Stuttgart WRP 1993, 628 (630) – »umweltbezogene Werbung für Erdgas«; OLG Düsseldorf GRUR 1988, 55 (59) – »bio-Fix«; LG Hamburg WRP 2013, 543 (Rn. 43) – »pure and natural«.

699 Erster Bericht der Kommission vom 13.3.2013 über die Anwendung der Richtlinie 2005/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Mai 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«), COM 2013, 139 final (22).

700 BGH GRUR 1997, 666 (668) – »Umweltfreundliche Reinigungsmittel«, BGH WRP 1996, 290 (290) – »Umweltfreundliches Bauen«; OLG Stuttgart WRP 1994, 339 (341) – »Werbung mit Umweltfreundlichkeit«; OLG Stuttgart WRP 1993, 628 (632) – »umweltbezogene Werbung für Erdgas«; OLG Düsseldorf GRUR 1988, 55 (59) – »bio-Fix«; Teplitzky/Pfeifer/Leistner/Lindacher, Großkommentar UWG, § 5 Rn. 475; Loschelder/Erdmann/Helm, Wettbewerbsrecht, § 59 Rn. 249; Fezer/Pfeifer, Lauterkeitsrecht, Band 2, § 5 Rn. 310; Kisseler, WRP 1994, 149 (152).

läuterung mit Schlagworten wie bspw. »umweltfreundlich« beworben wird, ist für einen Ausschluss der Irreführung erforderlich, dass sich das Produkt – abhängig vom Stand der Technik – in jeder in Betracht kommenden Hinsicht bezogen auf Umweltbelange (etwa bei der Wahl der Materialien und der Art der Herstellung, der Recycelbarkeit und CO₂-Belastung) positiv von anderen Erzeugnissen abhebt⁷⁰¹. Sollte dies nicht hinsichtlich aller Aspekte zutreffen, ist zumindest ein dementsprechender Ausgleich in anderen Bereichen zu fordern, der eine generelle Einordnung unter den verwendeten Begriff rechtfertigt. Die Grenze stellt hier das Verhältnismäßigkeitsgebot dar. Entscheidend ist das maßgebliche Verständnis des Werbeaddressaten bzw. im Falle *verweisender Verkehrsvorstellung*⁷⁰² der Maßstab, den Fachkreise als übliche Interpretation dieser Formulierungen ansehen würden.

(d) Zwischenergebnis

Bei Werbemaßnahmen mit Verhaltenskodizes lassen sich deutliche Parallelen zum Bereich der Umweltwerbung feststellen, welche nicht nur für den Bereich der Umwelt einen generellen Interpretationsrahmen für pauschale Formulierungen vorgeben kann. In der Judikatur besteht diesbezüglich inzwischen Einigkeit, dass an die Beurteilung derartiger Aussagen ein strenger Maßstab gesetzt werden muss, da die verwendeten Formulierungen für den hierfür interessierten Verbraucher zumeist unklar und schwer nachprüfbar sind. Der Konsument geht jedoch nicht von einem absoluten Umweltvorteil aus, sondern erkennt, dass trotz partieller Vorteile in bestimmten Bereichen grundsätzlich kein vollständiges Ausbleiben negativer Wirkungen realistisch ist, und erwartet daher nur einen relativen Vorteil. Die vom jeweiligen Vorteil erfassten Aspekte hängen vor allem von der Genauigkeit der Werbeaussage ab, so dass bei pauschaleren Formulierungen auch ein entsprechend weiteres Feld erwartet wird. Vergleichsmaßstab ist das Abschneiden des Produktes oder des Unternehmens im Verhältnis zur Konkurrenz, der ggü. eine »signifikante« Verbesserung erwartet wird.

701 Ohly/Sosnitza/Sosnitza, UWG, § 5 Rn. 304; Michalski/Riemenschneider, BB 1994, 1157 (1162).

702 Hierzu: 4. Kapitel, III., 3., b, aa, (2).

(2) Beurteilung verallgemeinernder Formulierungen in Verhaltenskodizes

Für den Verbraucher gibt es insb. zwei wesentliche Informationsgruppen, nach denen er den »Wert« eines Verhaltenskodex beurteilen kann: Anhand von Informationen über den Inhalt und über die Glaubwürdigkeit (bzw. die tatsächliche Durchsetzung) des Kodex. Bei der Auslegung der häufig allgemein gehaltenen Formulierungen kann der Verbraucher von dem naheliegenden Verständnis ausgehen⁷⁰³, wobei eine unsichere oder unpräzise Verkehrsauffassung einer Auslegung grundsätzlich nicht entgegensteht⁷⁰⁴. Entscheidend ist danach, ob sich diesen Formulierungen ein verifizierbarer oder falsifizierbarer Tatsachenkern und Aussagegehalt entnehmen lässt⁷⁰⁵. Die Rechtsprechung zur Umweltwerbung zeigt, dass eine objektive Feststellung, inwieweit sich ein Unternehmen im Vergleich zu Mitbewerbern »umweltfreundlich« verhält, i. d. R. durchaus möglich ist⁷⁰⁶ und der Versuch einer Konkretisierung pauschaler Aussagen in jedem Einzelfall erfolgen sollte. Diese Feststellung ist auch notwendig, um dem Werbenden nicht die Möglichkeit zu eröffnen, sich in die Pauschalität seiner Aussage flüchten zu können, um hierdurch etwaigen Vertrauenswirkungen des Adressatenkreises zu entgehen. Je nach Sachverhalt können daher auch Parallelen zur Alleinstellungs- und zur Spitzengruppenwerbung gezogen werden, die sich ebenfalls durch eine strenge Beurteilung in der Rechtsprechung auszeichnen⁷⁰⁷. Entscheidend ist jeweils die Grenze zwischen nachprüfbarer Tatsachenbehauptung und reklamehafter Übertriebung, denn dem kritischen Verbraucher wird zumindest zugemutet, eine Werbeaussage kritisch zu hinterfragen und übertriebene Anpreisungen zu relativieren⁷⁰⁸. Gleichzeitig ist in der vorliegenden Thematik der zugrunde liegende Gesamteindruck zu berücksichtigen, der sich zumeist durch eine Ausgestaltung in Form von verbindlichen und objektiven Regelungen kennzeichnet.

703 Lettl, GRUR 2004, 449 (459).

704 Loschelder/Erdmann/Helm, Wettbewerbsrecht, § 59 Rn. 11.

705 Ullmann/Link, jurisPK-UWG, § 5 Rn. 110; Henning-Bodewig, WRP 2011, 1014 (1020).

706 Henning-Bodewig, WRP 2011, 1014 (1020).

707 So etwa: BGH GRUR 1981, 910 – »Der größte Biermarkt der Welt«; BGH GRUR 1975, 141 – »Unschlagbar«; BGH GRUR 1971, 365 – »Wörterbuch«; Loschelder/Erdmann/Helm, Wettbewerbsrecht, § 59 Rn. 208.

708 Metz, Informationspflichten, S. 121.

(a) Irreführung über den Inhalt des Verhaltenskodex

Nachfolgend sollen beispielhaft ausgewählte allgemein gehaltene Formulierungen in Verhaltenskodizes beleuchtet werden.

(aa) Begriff der »Nachhaltigkeit«

Der Begriff der »Nachhaltigkeit« gehört zu den am häufigsten verwendeten Schlagwörtern in Verhaltenskodizes⁷⁰⁹ und ist zugleich aufgrund seiner inflationären Verwendung mit einer gewissen Konturenlosigkeit⁷¹⁰ verbunden. Das Grundprinzip der Nachhaltigkeit liegt darin, dass »nicht mehr verbraucht werden darf als jeweils nachwachsen, sich regenerieren oder künftig wieder bereitgestellt werden kann«⁷¹¹. Da sich der Begriff der Nachhaltigkeit sowohl auf den ökologischen wie auch den ökonomischen und sozialen Bereich beziehen kann⁷¹², wird der Inhalt für diese Bereiche z. T. näher präzisiert⁷¹³. Trotz der Konturenlosigkeit des Begriffes lässt sich gerade aus dem Verhältnis zu möglichen Kosteneinsparungen ein Kernelement des Begriffes herausfiltern. So könnte etwa die Produktionsverlagerung in Länder mit niedrigeren Umweltstandards allein aus Gründen der Kosteneinsparung einen Verstoß gegen den Nachhaltigkeitsgrundsatz darstellen, wenn die Produktion in ökonomisch zumutbarer Weise auch mit alternativen Verfahren darstellbar wäre, die dem Umweltschutz stärker Rechnung tragen. Mit dem Bekenntnis zur Nachhaltigkeit legt das Unternehmen eine grundlegende Philosophie der Geschäfts-

709 Bspw. wird der Begriff in folgenden untersuchten Selbstverpflichtungen genutzt: *Adidas*, Workplace Standards, S. 3; *BASF*, Verhaltenskodex, S. 9; *Nestlé*, Unternehmensgrundsätze, S. 7, 18; *F.Hoffmann-La Roche*, Verhaltenskodex, S. 39.

710 Vgl. hierzu den Aufsatz von *Peter Sieben*: Was bedeutet Nachhaltigkeit als Rechtsbegriff?, NVwZ 2003, 1173.

711 So die Definition des Duden, abrufbar unter: <http://www.duden.de/rechtschreibung/Nachhaltigkeit>, zuletzt abgerufen am 9.6.2016.

712 <http://wirtschaftslexikon.gabler.de/Archiv/21339693/nachhaltige-geschaeftsprozesse-v3.html>, zuletzt abgerufen am 9.6.2016.

713 Bspw. die durchaus konkreteren Zielsetzungen innerhalb der *Nestlé*-Unternehmensgrundsätze: Vgl. Grundsatz 9 – Ökologische Nachhaltigkeit: »Wir verpflichten uns zu umweltschonenden Geschäftsmethoden. Wir streben in allen Stufen des Produktlebenszyklus nach einer effizienten Nutzung natürlicher Ressourcen, streben bevorzugt den Einsatz nachhaltig bewirtschafteter, erneuerbarer Ressourcen und eine abfallfreie Produktion an.« Vergleichbar ist der Grundsatz 10 – Wasser (*Nestlé*, Unternehmensgrundsätze, S. 18).

politik allgemein oder in bestimmten Bereichen fest, welche durch die starke Wirkung des Begriffes auch so in der Außendarstellung gewollt sein wird. Im Fall der *Nestlé AG*⁷¹⁴ werden etwa konkrete Nachhaltigkeitsziele genannt, wobei die Formulierungen zwischen verbindlichen Regelungen (»verpflichten«) und Zielen (»streben ... an«) variieren. Hierdurch kommt jedoch keine Unverbindlichkeit dieser Grundsätze zum Ausdruck. Vielmehr können solche Ausgestaltungen letztlich als Ausfluss des »relativen Vorteils« im Sinne einer partiellen Abstufung in verschiedenen Bereichen verstanden werden. So können durchaus vorzeigbare Ergebnisse im Bereich der effizienten Verwendung fossiler Rohstoffe, der Nutzung erneuerbarer Ressourcen und der Reduktion von anfallendem Abfall in der Produktion erwartet werden. Gleichzeitig geht der Verkehr aber nach derzeitigem technischem Stand nicht von einer absoluten Nachhaltigkeit in der Produktion aus.

(bb) Begriff »führend« sowie andere Superlativ

In dem Verhaltenskodex der Bekleidungsfirma *Primark Ltd.* wird das Unternehmen als »führender internationaler Bekleidungshändler« vorgestellt, welcher »zur Beschaffung von Produkten von höchster Qualität aus vielen Ländern verpflichtet« ist⁷¹⁵. Derartige Aussagen unter Zuhilfenahme des Superlativs sind typische Formulierungen in Verhaltenskodizes⁷¹⁶. Bei Aussagen, die einen Superlativ zum Ausdruck bringen (»der beste«, »günstigste«, »größte«, »meistgekauft«, »Nr. 1« etc.) liegt die rechtliche Einordnung in den Bereich der Alleinstellungswerbung nahe, sofern dieser mit einer Tatsachenbehauptung verknüpft wird⁷¹⁷. Die Zulässigkeit einer Spitzen- oder Alleinstellungsbehauptung setzt nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs wegen der ansonsten bestehenden Gefahr einer Irreführung des Publikums allgemein voraus, dass die Aussage wahr ist, der Werbende also einen deutlichen Vorsprung ggü. seinen Mitbewerbern vorzuweisen hat und dieser Vor-

714 *Nestlé*, Unternehmensgrundsätze, S. 18.

715 *Primark*, Verhaltenskodex, S. 1.

716 Die Bezeichnung »führend« wird etwa auch im Verhaltenskodex der *La Roche AG* verwendet (*F.Hoffmann-La Roche*, Verhaltenskodex, S. 4).

717 Ullmann/Link, jurisPK-UWG, § 5 Rn. 214.

sprung die Aussicht auf eine gewisse Stetigkeit bietet⁷¹⁸. In einer älteren Entscheidung des BGH wurde die Werbemaßnahme eines Linoleumherstellers als irreführend gewertet, da dessen propagierte »führende Stellung« sich nicht in dem branchenweit größten Umsatz bzw. einem Vorsprung an Qualität widerspiegelte⁷¹⁹. Das OLG Hamburg stellte fest, dass es vom Einzelfall abhinge, welche Bemessungsfaktoren bei der Inanspruchnahme einer »führenden Position« Geltung erlangen (Umsatz, Größe und Qualität des Sortiments, Zahl der Mitarbeiter usw.)⁷²⁰.

Die Alleinstellungsbehauptung »führend« ist also aufgrund ihrer großen Spanne ein komplexer Begriff. So wird die Erklärung eines Restaurants, eine »führende Stellung« innezuhaben, vom Verkehr nicht mit dem höchsten Umsatz, den günstigsten Preisen oder den meisten Sitzplätzen verbunden sein, sondern mit der Qualität der angebotenen Speisen und Getränke und des Services⁷²¹. Wer ohne weitere Konkretisierungen behauptet, das »größte« Unternehmen zu sein, kann sich nicht darauf berufen, den größten Fuhrpark oder die größten Gebäude zu besitzen, sondern muss sich an dem Verkehrsverständnis messen lassen, welches kumulativ den höchsten Umsatz, eine hohe Internationalisierung, die höchste Mitarbeiterzahl und den höchsten Bekanntheitsgrad erwarten wird⁷²². Die Pauschalität einer Aussage kann demnach auch mit einem größeren Maß an Rechtsunsicherheit für das Unternehmen einhergehen.

Da sich das Unternehmen *Primark Ltd.* einen Namen als Textildiscounter mit besonders niedrigen Preisen gemacht hat, läge es nahe, die Aussage »führend« auf die Preise und den Gesamtumsatz des Unternehmens zu beziehen. Dennoch ist der Kontext der Aussage ebenfalls zu werten, welcher im gleichen Satz eine Verbindung zu der »höchsten« Qualität der Produkte enthält. Losgelöst von der Qualität der Ware kann die »führende Stellung« des Unternehmens daher hier nicht verstanden werden. Zudem ist das Publi-

718 So die ständige Rspr des BGH, vgl. etwa: BGH GRUR 2002, 182 (183) – »Das Beste jeden Morgen«; BGH GRUR 1998, 951 (952) – »Die große deutsche Tages- und Wirtschaftszeitung«, BGH GRUR 1996, 910 (911) – »Der Meistverkaufte Europas«; BGH GRUR 1991, 850 (851) – »Spielzeug-Autorennbahn«.

719 BGH GRUR 1964, 33 (36) – »Bodenbeläge«.

720 OLG Hamburg BeckRS 2003, 30316517 (II., 3., b) – 5 U 168/02.

721 Loschelder/Erdmann/Helm, Wettbewerbsrecht, § 59 Rn. 212. Für ein generelles Verständnis der Alleinstellungsbehauptung »führend« im Sinne einer qualitativen Überlegenheit der Waren und Dienstleistungen: Müko/UWG/Busche, Band 1, § 5 Rn. 611.

722 Ullmann/Link, jurisPK-UWG, § 5 Rn. 223.

kum häufig geneigt, von der Größe des Betriebes auf eine besondere fachliche Kompetenz zu schließen⁷²³. Die Aussage im Verhaltenskodex dürfte also vom Verkehrsverständnis dahin gehen, dass das Unternehmen in dem Bereich des günstigen Preissegmentes sowohl hinsichtlich des Umsatzes und der Größe als auch in Bezug auf die Qualität der angebotenen Produkte eine führende Stellung innehat.

Hinsichtlich der Frage, inwieweit der Verkehr die getroffenen Aussagen des Unternehmens überhaupt ernst nimmt, kommt es ebenfalls auf die konkreten Umstände an. So weiß der angesprochene Verkehr auf einem Jahrmarkt, dass er den Aussagen des Marktschreibers keinen oder nur stark eingeschränkten Glauben schenken darf⁷²⁴. Im Gegensatz dazu hat der BGH mehrfach festgestellt, dass ein beachtlicher Teil des Verkehrs die Werbung seriöser Gewerbetreibender grundsätzlich ernst nimmt⁷²⁵. Dies muss erst recht für Formulierungen in einem verbindlichen Kontext gelten, wie solchen innerhalb eines Verhaltenskodex. Vor dem Hintergrund des heute geltenden Verbraucherleitbildes besteht die Frage vielmehr darin, ob der Verkehr eine an sich ernst genommene Anpreisung relativiert und abschwächt, wie etwa bei offensichtlichen Wortspielen oder Scherzen bzw. Äußerungen, die auf der Grenze zur Alleinstellungswerbung stehen⁷²⁶. Entscheidend ist hier, inwieweit in der Aussage eine zugrunde liegende Tatsachenbehauptung enthalten ist. Bei den Regelungsbereichen, die von Verhaltenskodizes behandelt werden, dürfte dies aber praktisch immer der Fall sein.

(cc) Umweltbezogene Begriffe »Umweltschutz« und »Umweltverträglichkeit«

Gerade bei Regelungen zu Belangen des Umweltschutzes beschränken sich viele Verhaltenskodizes auf äußerst pauschale Formulierungen. So hat der Umweltschutz für die *La Roche AG* »hohe Priorität«⁷²⁷, die *Nestlé AG* verpflichtet sich u. a. zu »umweltschonenden Geschäftsmethoden« und »investiert perma-

723 BGH WRP 2004, 1165 (1168) – »Größter Online-Dienst«; OLG Karlsruhe NJW-RR 2012, 817 (818) – »& Associates«; MüKo/UWG/Busche, Band 1, § 5 Rn. 617.

724 Loschelder/Erdmann/Helm, Wettbewerbsrecht, § 59 Rn. 209.

725 BGH GRUR 1981, 910 (911) – »Der größte Biermarkt der Welt«; BGH GRUR 1975, 142 (Ls) – »Unschlagbar«; BGH GRUR 1971, 365 (367) – »Wörterbuch«; BGH GRUR 1965, 365 (367) – »Lavamat II«.

726 Loschelder/Erdmann/Helm, Wettbewerbsrecht, § 59 Rn. 209.

727 *F. Hoffmann-La Roche*, Verhaltenskodex, S. 31.

nennt in die Verbesserung der eigenen Umweltbilanz⁷²⁸. Die *RWE AG* »setzt sich für die Entwicklung und Verbreitung umweltfreundlicher Technologien ein«⁷²⁹, die *BASF SE* erklärt sogar, dass »wirtschaftliche Überlegungen niemals zu Kompromissen bei Sicherheit, Gesundheit und Umweltschutz führen«⁷³⁰. So erwartet auch die *Adidas Group* von ihren Geschäftspartnern den »verantwortlichen Umgang mit natürlichen Ressourcen, eine saubere Produktion und die Verhinderung von Umweltverschmutzung«⁷³¹ und *Primark Ltd.* beabsichtigt die »Ausweitung der Umweltschutzverpflichtungen auf seine Lieferanten, deren Praktiken anwendbaren Umweltschutzstandards entsprechen müssen«⁷³². Zunächst unabhängig von der konkreten Verbindlichkeit der genutzten Satzteile in den Formulierungen⁷³³ zeigen diese Beispiele, dass die Frage nach der Feststellung des Tatsachengehaltes dieser Aussagen äußerst komplex sein kann. Etwas Klarheit kann die Betrachtung aus Sicht des Werbenden bringen: So besteht die Intention der Gewerbetreibenden regelmäßig in der Abgrenzung von anderen am Markt anzutreffenden Konkurrenten. Vor diesem Hintergrund liegt es auf der Hand anzunehmen, dass der jeweilige Marktführer der Branche den Vergleichsmaßstab für die Beurteilung der Umweltfreundlichkeit bietet⁷³⁴. In den meisten Fällen ist daher eine kontinuierliche Ressourceneinsparung zu fordern, die das Unternehmen von dem Durchschnitt in der Branche klar abhebt. So könnten im Falle eines Chemieunternehmens etwa die regelmäßige Verbesserung der Kläranlagen, eine bessere Abdichtung der Behälter und Lagerräume, vorsorgende Maßnahmen beim Transport, Bemühungen um eine Reduktion des Verpackungsmülls und die Optimierung der Entsorgbarkeit der Erzeugnisse⁷³⁵ zu den elementaren Erfordernissen einer Beachtung des Umweltschutzes zählen. Auch können konkrete Vorsorgemaßnahmen erforderlich sein, wenn bestimmte Mängel in vergleichbaren Konkurrenzunternehmen festgestellt werden, die auch in dem werbenden Betrieb nicht ausgeschlossen werden können.

728 *Nestlé*, Unternehmensgrundsätze, S. 18.

729 *RWE*, Verhaltenskodex, S. 8.

730 *BASF*, Verhaltenskodex, S. 9.

731 *Adidas*, Workplace Standards, S. 3.

732 *Primark*, Verhaltenskodex, S. 3.

733 Näheres hierzu unter: 4. Kapitel, III., 3., b), cc), (3).

734 So schon früh im Bereich der Umweltwerbung: *Michalski/Riemenschneider*, BB 1994, 1157 (1162).

735 *Herberg*, Globalisierung und private Selbstregulierung, S. 88.

Das LG Berlin hatte die Aussage »die Umwelt, die wir schützen, heißt Berlin« eines Stromversorgers zu beurteilen. Es stellte fest, dass die Aussage eine das »Normalmaß deutlich überragende Stellung sowohl in produkt- wie auch in unternehmensbezogener Hinsicht« reklamiere⁷³⁶. Denn sie »vermittelt zum einen, dass es sich bei den vertriebenen Produkten um erwähnenswerte, weil überdurchschnittlich umweltfreundliche Produkte handele, zum anderen, dass die von ihr unternommenen (unternehmensbezogenen) Umweltanstren- gungen erwähnenswert, weil in jeder Hinsicht überdurchschnittlich seien«⁷³⁷. Auch dieses Beispiel zeigt, dass die Rechtsprechung eine umso breitere Erwartungshaltung des Verkehrskreises annimmt, je pauschaler die Umweltaussage des Gewerbetreibenden ist.

Zugleich ist eine Beurteilung der verwendeten Formulierungen im Einzelfall notwendig, um das generelle Maß an Erfordernissen festzustellen. So sind an Begriffe wie »umweltbewusst«, »umweltgerecht«, »umweltschonend«, »umweltschützend«, »umwelt-neutral«, »frei von umweltschädlichen Einflüs- sen« oder »umweltfreundlich« strengere Beurteilungsmaßstäbe anzulegen als an Bezeichnungen, die einen relativierenden Umweltbezug herstellen, wie etwa »umweltverträglich«, »Umweltbelange berücksichtigend« oder »weniger umweltbelastend«⁷³⁸.

(dd) Die Konzeption »existenzsichernder Löhne« und »Mindestlöhne«

Die Frage, welcher Lohn »angemessen« oder »existenzsichernd« ist, veran- schaulicht plakativ die Problematik von globalen Verhaltenskodizes. Schon der Versuch, einen existenzsichernden Lohn global festzulegen, ist bei vielen Zuliefererländern auf Kritik gestoßen, da der Vorwurf des Protektionismus durch von Industrieländern festgelegte Standards im Raum stand und hier- durch ein Wettbewerbsnachteil befürchtet wurde⁷³⁹. Die Festlegung eines all- gemeingültigen Rahmens existenzsichernder Löhne ist daher mit erheblichen Unsicherheiten behaftet. Die Problematik betrifft wiederum besonders die Textilbranche mit ihren weiten Zuliefererketten (hauptsächlich) aus Entwick- lungsländern. In anderen Kodizes ist demnach auch häufig keine Bestimmung

736 LG Berlin BeckRS 2007, 07098 (I., 2., b).

737 Ebenda.

738 Ohly/Sosnitza/Sosnitza, UWG, § 5 Rn. 303.

739 Köpke/Röhr, Codes of Conduct, S. 123.

über eine Lohnhöhe enthalten. Sowohl der *BSCI*-Verhaltenskodex als auch die Workplace Standards von *Adidas* sehen entweder den jeweiligen gesetzlichen Mindestlohn oder – je nachdem, welcher höher ist – den branchenüblichen bzw. auf Basis von Kollektivverhandlungen gebilligten Lohn als maßgeblich an⁷⁴⁰. Gleichzeitig werden im Fall von *Adidas* zwingende Kriterien bei der Ausgestaltung des Gehalts festgelegt, wonach dieses mindestens den Lebensunterhalt, einige zusätzliche Ausgaben und ein Mindestmaß an erspartem Vermögen ermöglichen muss⁷⁴¹. Der *BSCI*-Kodex setzt voraus, dass der Lohn ausreicht, »um den Arbeitnehmern und ihren Familien ein menschenwürdiges Leben zu ermöglichen«⁷⁴². Diese zusätzlichen Kriterien drücken letztlich auch die Vorstellung davon aus, was der Adressatenkreis von einem existenzsichernden Lohn erwartet: So kann der Begriff »existenzsichernd« plakativ in einen gegenwärtigen und einen zukünftigen Aspekt aufgeteilt werden. Von einem gegenwärtig »existenzsichernden« Lohn ist danach zu fordern, dass dieser zur Deckung aller notwendigen Ausgaben zum Überleben ausreicht, der zukünftige Aspekt erfordert zugleich aber auch eine Form elementarer Absicherung für unvorhergesehene Ereignisse. Diesbezüglich geht der maßgebliche Verkehrskreis von den jeweiligen Lebensbedingungen und der Kaufkraft in den Produktionsländern aus. Für die Festlegung der Lohnhöhe und damit auch die Beurteilung des Kodexinhalts ist die Erläuterung dieser elementaren Erfordernisse an den Lohn in einigen Fällen von entscheidender Bedeutung. So existieren nicht in allen Produktionsländern gesetzliche Mindestlöhne oder diese liegen z. T. unter der offiziellen Armutsgrenze des jeweiligen Landes⁷⁴³. Da eine gewerkschaftliche Festlegung von Tariflöhnen in solchen Ländern nicht die Regel ist, bestimmt sich hier die Höhe des Lohnes nach den genannten Kriterien. Sollte ein Verhaltenskodex die Lohnhöhe dagegen ausschließlich am gesetzlichen oder branchenüblichen Lohn festmachen, ist eine solche Verpflichtung jedenfalls dann irreführend, wenn dieser tatsächlich noch unter dem Existenzminimum des Produktionslandes liegt. Eine derartige Interpretation wird der durchschnittliche Werbeaddressat nicht annehmen.

740 *BSCI*, Verhaltenskodex, S. 5; *Adidas*, Workplace Standards, S. 2. Ähnlichkeit besitzen die Regelungen im Fall des *Primark*-Verhaltenskodex, welcher jedoch explizit den existenzsichernden Lohn nennt: *Primark*, Verhaltenskodex, S. 3.

741 *Adidas*, Workplace Standards, S. 2.

742 *BSCI*, Verhaltenskodex, S. 5.

743 *Köpke/Röhr*, Codes of Conduct, S. 126.

Gleichzeitig geht der maßgebliche Verbraucher unbewusst von bestimmten Voraussetzungen aus, die von der Lohnausgestaltung nicht unterlaufen werden dürfen. So muss der maßgebliche Lohn innerhalb der regulären Arbeitszeit verdient werden können und darf nicht durch Unter- oder Fremdvergabe unterlaufen werden⁷⁴⁴.

(ee) Begriff »Sicherheit/Sichere Produktionsprozesse«

Neben Umweltbelangen und der Bezahlung bzw. Rechtsstellung der Arbeitnehmer ist in vielen (Zulieferer-) Betrieben in Entwicklungsländern die Sicherheit der Arbeitnehmer innerhalb des Produktionsprozesses zu bemängeln. Gerade Mängel in der sicheren Ausgestaltung des Fertigungsvorgangs wie auch den hierfür genutzten Räumlichkeiten haben in der Vergangenheit zu schweren Katastrophen geführt⁷⁴⁵. Es ist daher nicht verwunderlich, dass ein Augenmerk innerhalb unternehmerischer Selbstverpflichtungen auch regelmäßig auf den Bereich der Arbeitnehmersicherheit gerichtet ist. Hier werden einige Kodizes auffallend konkret, indem sie auch Details wie den »Schutz vor Feuer, Unfällen und giftigen Substanzen, eine ausreichende Beleuchtungs-, Belüftungs- und Heizungsanlage sowie genügend saubere sanitäre Einrichtungen« ansprechen⁷⁴⁶. Hier zeigt sich durchaus auch die mediale Resonanz in bestimmten Branchen, so dass insb. im Textilsektor ein Augenmerk hierauf gelegt wird. Diese Tendenz ist sicherlich zu begrüßen, sofern diese Verpflichtungen auch ausreichend umgesetzt werden. Auf diese Weise kann sich ein Unternehmen mittels konkreterer Ausgestaltung der Regelungen auch einem unübersichtlichen Haftungsrisiko entziehen.

Aber auch bei eher allgemein gehaltenen Formulierungen⁷⁴⁷ kann dem Schlagwort »Sicherheit« ein gewisser Tatsachengehalt beigemessen werden.

744 Kopke/Röhr, *Codes of Conduct*, S. 128.

745 Vgl. hierzu die Ausführungen unter: 2. Kapitel, I., 3., b), aa).

746 Bspw. der Verhaltenskodex der *Adidas Group: Adidas, Workplace Standards*, S. 3.

747 So erwartet *Primark* ein »sicheres und hygienisches Arbeitsumfeld unter Berücksichtigung der vorherrschenden Kenntnisse der Branche«; vgl. *Primark*, Verhaltenskodex, S. 2. *RWE* arbeitet an einer »kontinuierlichen Verbesserung der Arbeits- und Anlagensicherheit und des Gesundheitsschutzes; vgl. *RWE*, Verhaltenskodex, S. 22. *Nestlé* verpflichtet sich zur »Prävention von arbeitsbedingten Unfällen, Verletzungen und Krankheiten und zum Schutz unserer Mitarbeiter und Auftragnehmer sowie aller entlang der Wert schöpfungskette beteiligten Personen« und konkretisiert dies in weiteren Richtlinien; vgl. *Nestlé*, Unternehmensgrundsätze, S. 16.

Einem »sicheren« Betrieb entspricht es aber nicht, wenn bereits in der Vergangenheit ein Sicherheitssystem in bestimmten Bereichen installiert wurde, welches jedoch mangels Wartungsarbeiten nicht mehr funktionstüchtig ist. Einen Verstoß gegen den Kodex stellt es naturgemäß dar, wenn überhaupt keine Sicherheitsmaßnahmen mit Einführung der Selbstverpflichtung in dem Betrieb installiert wurden, obwohl es in einigen Bereichen Bedarf hierfür ergibt. Auch wiederholt auftretende Unfälle oder Krankheiten lassen das Nichtvorhandensein eines »sicheren« Betriebes vermuten. Maßgeblich sind die Vorstellungen eines Werbeaddressaten des jeweiligen Absatzmarktes, wobei dem angemessenen kritischen Verbraucher ein gewisses Gefälle an Standards in den jeweiligen Produktionsländern durchaus bewusst ist.

(ff) Begriff »Verantwortung« bzw. »verantwortlich«

Der Begriff der Verantwortung ist in nahezu jedem Verhaltenskodex anzu treffen und veranschaulicht gut die von der Rechtsprechung zur Alleinstellungswerbung festgelegten Grundsätze. So lässt sich aus dem losgelösten und ohne weitere Erläuterungen verwendeten Begriff der »Verantwortung« praktisch kein relevanter Tatsachengehalt der Werbemaßnahme herauslesen. Der Begriff stellt letztlich eine Beschreibung der elementaren Grundlage von Verhaltenskodizes als eines Ausflusses des Prinzips der Selbstverantwortung dar und kann nur in Verbindung mit dem jeweiligen Kontext einen Aussagegehalt erlangen. Im Zusammenhang mit ergänzenden Formulierungen steht der Begriff in einer gewissen Parallele zum Ausdruck der »Nachhaltigkeit«. So kann etwa die Verpflichtung zu einem »verantwortungsvollen Umgang mit Ressourcen«⁷⁴⁸ oder dem »verantwortungsvollen Umgang mit Wasser«⁷⁴⁹ ein Aussagegehalt in Bezug auf ein Bemühen nach Ressourceneffizienz darstellen. Dies kann bspw. in Form einer verstärkten Nutzung regenerativer Energien, ressourcenschonender neuartiger Produktionsmethoden oder der Nutzung sparsamer und moderner Methoden zur Rückgewinnung und Wiederaufbereitung von Wasser erfolgen und entspricht damit letztlich den Erfordernissen des Nachhaltigkeitskriteriums in bestimmten Bereichen.

748 *Adidas*, Workplace Standards, S. 3.

749 *Nestlé*, Unternehmensgrundsätze, S. 18.

(gg) Begriffe »branchenüblich«, »geltende Standards« und andere Verweise auf das Gebräuchliche

Primark Ltd. stellt ein »sicheres und hygienisches Arbeitsumfeld« – unter Berücksichtigung der vorherrschenden Kenntnisse der Branche und spezifischen Gefahren – bereit⁷⁵⁰. Zudem müssen die Praktiken der Lieferanten des Unternehmens »anwendbaren Umweltschutzstandards entsprechen«⁷⁵¹. Verweise auf das Gebräuchliche werden in Verhaltenskodizes häufiger zur Beschreibung der geltenden Verpflichtungen genutzt. Derartige Bezeichnungen werden nicht generell als irreführend von der Rechtsprechung eingestuft, da das »Branchenübliche« durchaus einer Tatsachenfeststellung zugänglich ist⁷⁵². Der Begriff »Standard« wird in diesem Zusammenhang zumeist ebenfalls als eine Beschreibung des Gebräuchlichen genutzt und ist nicht im betriebswirtschaftlichen Sinn in Form einer Festlegung von Ausführungs- und Qualitätsmustern⁷⁵³ zu verstehen. Problematisch ist bei der Verwendung derartiger Formulierungen, dass der Verkehr anhand dieser Ausdrücke lediglich ein »normales« Niveau erwartet⁷⁵⁴. Dies entspricht aber grundsätzlich nicht dem Verständnis einer Selbstverpflichtung, wonach der Verkehr im Fall einer besonders hervorgehobenen unternehmerischen Verantwortung von einem Niveau ausgeht, welches gerade über das üblicherweise Praktizierte hinausgeht⁷⁵⁵. Aufgrund der vielfältigen Regelungsbereiche derartiger Selbstverpflichtungen kann dies jedoch nicht in allen Belangen zu fordern sein, wie dies grundsätzlich bei pauschalen Alleinstellungsbehauptungen der Fall ist⁷⁵⁶. Einzelne Verweise, etwa auf einen »branchenüblichen Lohn«, sind daher losgelöst nicht bedenklich. Sofern sich ein Verhaltenskodex dagegen in einem überwiegenden Teil seines Regelungsbereiches oder sogar vollständig auf das üblicherweise praktizierte Niveau beschränken sollte, konterkariert dies letztlich den erwarteten An-

750 *Primark*, Verhaltenskodex, S. 2.

751 Ebenda, S. 3.

752 So etwa das KG in Bezug auf die Beschreibung eines Tarifvertrages als »insgesamt branchenüblich«, vgl. KG BeckRS 2000, 30127609.

753 <http://wirtschaftslexikon.gabler.de/Archiv/72558/standardisierung-v11.html>, zuletzt abgerufen am 9.6.2016.

754 MüKo/UWG/*Busche*, Band 1, § 5 Rn. 610.

755 Dreyer, WRP 2007, 1294 (1299); Herberg, Globalisierung und private Selbstregulierung, S. 78.

756 Vgl. hierzu: Ohly/Sosnitza/*Sosnitza*, UWG, § 5 Rn. 304.

spruch an eine Selbstverpflichtung und ist aus sich heraus schon als irreführend einzustufen.

(b) Irreführung über die Durchsetzung des Verhaltenskodex

Neben der Frage des Inhaltes ist für den Werbeadressaten interessant, inwieweit er der Verantwortungsübernahme durch das Unternehmen Glaubenschenken kann. Für die Glaubwürdigkeit eines Verhaltenskodex sind die Maßnahmen entscheidend, die der Unternehmer getroffen hat, um die festgelegten Regelungen durchzusetzen und zu überprüfen⁷⁵⁷. Der Verkehr geht i. d. R. davon aus, dass die Unterzeichnung des Kodex zugleich die Überwachung und eventuelle Sanktionierung von Verstößen mit sich bringt⁷⁵⁸, auch wenn der Werbeadressat in den meisten Fällen keine konkretere Vorstellung von der Art der einzelnen Überwachungsmaßnahmen hat⁷⁵⁹. Als entscheidendes Merkmal für die Glaubwürdigkeit der Überwachung wird jedenfalls die Unabhängigkeit der den Kodex kontrollierenden Instanzen gewertet⁷⁶⁰. Inwiefern eine unabhängige Kontrolle stattfindet, ist damit sowohl als wesentliche Information des § 5a II UWG zu werten⁷⁶¹ als auch ein entscheidendes Kriterium der Irreführung über die Durchsetzung des Verhaltenskodex.

Die Prüfung von Verhaltenskodizes erfolgt in den meisten Fällen durch interne Abteilungen (Einkaufsabteilungen, Qualitätsmanagement, Sozial- und Umweltteams o. Ä.), durch ausgegliederte unternehmenseigene Auditfirmen

757 Vgl. die Erläuterungen zu den typischen Überprüfungsmaßnahmen: Kapitel 2, I., 2., e). Daneben haben die eingerichteten Überprüfungsmechanismen auch eine entscheidende Bedeutung für die Verschuldensfrage im Rahmen der Haftung nach § 9 UWG; vgl. hierzu: Kapitel 6, II., 3.

758 MüKo/UWG/Alexander, Band 1, Anh. § 3 III Nr. 1 Rn. 5.

759 Ggf. kann er sich auch auf aufbereitete Informationen durch Vergleichsportale im Internet oder CSR-Tests (wie etwa der Stiftung Warentest), die eine klare Positionierung zu den getroffenen Maßnahmen herausarbeiten, verlassen.

760 So hat das LG Braunschweig in einem Urteil vom 6.4.1971 den Begriff der »Unternehmer-Selbstkontrolle« dahingehend ausgelegt, dass der Verkehr von einem durch den Kreis der Unternehmer geschaffenen eigenständigen Kontrollorgan ausgeht, welches unabhängig von den jeweiligen Unternehmen agiert, und aufgrund des tatsächlichen Nichtvorliegens dieser Voraussetzungen die Werbeaussage als irreführend gewertet. Vgl. LG Braunschweig, WRP 1971, 339 (340); MüKo/UWG/Busche, Band 1, § 5 Rn. 670.

761 Hierzu unter: 4. Kapitel, II., d., b), cc), (4), (d).

oder extern durch (unabhängige)⁷⁶² Wirtschaftsprüfgesellschaften. Der Verkehr wird diesbezüglich eine »externe Überprüfung« oder eine »Überprüfung durch Dritte« als unabhängige Kontrolle verstehen. Die Grundsätze der Überwachung des Verhaltenskodex stellen damit elementare Informationen dar, um die Glaubwürdigkeit desselben zu interpretieren. Im Fall von ungenauen Angaben kann der Verkehr daher von dem naheliegenden Verständnis ausgehen⁷⁶³, weshalb das Ausbleiben einer entsprechenden Überprüfung eine Irreführung über die Durchsetzungsmaßnahmen des Kodex darstellt⁷⁶⁴.

Im Fall von *Primark Ltd.* erwartet der Verkehr auf Basis des Verhaltenskodex bspw. eine Überwachung und Prüfung des Konzerns und dessen Zulieferern durch interne Abteilungen des Unternehmens oder (zusätzlich bzw. stattdessen) eine unabhängige Prüfung durch Dritte⁷⁶⁵. Bei der *Adidas Group* geht die Erwartungshaltung dahin, dass die Umsetzung des Verhaltenskodex im Unternehmen und bei den jeweiligen Geschäftspartnern von diesen selbst, einem konzerneigenen Team und gleichzeitig durch unabhängige Dritte über-

762 Durch das Auftragsverhältnis zum durch den Kodex verpflichteten Unternehmen wird zuweilen die Unabhängigkeit derartiger Gesellschaften angezweifelt (vgl. hierzu: Köpke/Röhr, *Codes of Conduct*, S. 69f.). Dies stellt aber vornehmlich ein strukturelles Problem der internen Vertragsverhältnisse dar und kann für eine generelle lauterkeitsrechtliche Einordnung keinen Unterschied zeitigen.

763 Lettl, GRUR 2004, 449 (459).

764 Ebenso etwa: Balitzky, GRUR 2013, 670 (675); Kocher, GRUR 2005, 647 (652).

765 So stellt das Unternehmen fest, dass »der Kodex eine verpflichtende Anforderung darstellt und seine Einhaltung überprüft wird«. Hierzu erwartet *Primark* eine »Zusammenarbeit der Lieferanten mit den eigenen Prüfern« oder »möglicherweise beauftragten Dritten«, vgl. *Primark*, Verhaltenskodex, S. 1.

prüft wird⁷⁶⁶. Der Großteil an CSR-bezogenen Selbstverpflichtungen enthält vergleichbare Regelungen⁷⁶⁷.

Neben den Überprüfungsmaßnahmen können aber auch weitere Indizien gegen einen Willen oder auch für nicht ausreichende Möglichkeiten zur Durchsetzung sprechen. So erreichen bestimmte Monitoringmechanismen häufig nur einen geringen Teil der Produktionskette und insb. die flexible Konzernstruktur in der Textilindustrie erschwert die Möglichkeit einer Durchsetzung des Verhaltenskodex im gesamten Unternehmen⁷⁶⁸. Entscheidend ist hier, inwieweit das Unternehmen in Verbindung mit seinen einzelnen Fertigungsbereichen als Ganzes eine Struktur aufweist, die eine zentrale Festlegung von Regeln überhaupt erlaubt. Sofern die Zentrale bzw. eine hierfür speziell implementierte CSR-Abteilung sich nicht in ausreichenden Abständen einen Überblick über die Situation in den verschiedenen Fertigungsbetrieben verschaffen kann und zugleich befugt ist, etwaige Verstöße zu sanktionieren, ist schon das strukturelle Erfordernis einer Durchsetzung des Verhaltenskodex nicht erfüllt.

Ein weiteres Indiz für eine tatsächlich unzureichende Gewährleistung speziell der Arbeitnehmerrechte ist die fehlende Umsetzung einer der ILO-Konvention 135 entsprechenden Regelung, die eine Unabhängigkeit gewerkschaftlicher Organisierung der Arbeitnehmer garantieren soll. Mehr noch als eine pauschale Festlegung von bestimmten Arbeitnehmerrechten ist eine wirksame gewerkschaftliche Vertretung in den jeweiligen Ländern eine Gewähr für die Erfüllung grundlegender Interessen der Arbeitnehmer. Sofern ein

766 »Wir erwarten von unseren Geschäftspartnern, dass sie in ihren Produktionsstätten die folgenden Grundsätze und Verfahrensweisen umsetzen«; vgl. *Adidas*, Workplace Standards, S. 1. Hierzu werden von den Geschäftspartnern Aktionspläne zur laufenden Verbesserung betrieblicher Arbeitsbedingungen entwickelt. »Die Umsetzung dieser Pläne wird von den Geschäftspartner selbst, unserem eigenen Team und externen, unabhängigen Teams überwacht«; vgl. *Adidas*, Workplace Standards, S. 1.

767 Vgl. etwa: *Nestlé*, Unternehmensgrundsätze, S. 19; *RWE*, Verhaltenskodex, S. 26. *BASF* verweist auf die eigenen Compliance-Abteilung mit ca. 100 Mitarbeitern; vgl. *BASF*, Verhaltenskodex, S. 5. *Roche* erläutert ausführlich die Grundsätze des eigenen Compliance-Systems, überträgt aber die Verantwortung zur Feststellung von Verstößen vornehmlich den eigenen Mitarbeitern; vgl. *FHoffmann-La Roche*, Verhaltenskodex, S. 50ff. Beim BSCI-Verhaltenskodex wird die unabhängige Überwachung durch ausgewählte Unternehmen nicht zwangsläufig mit der Zustimmung zum Kodex impliziert; vgl. hierzu die Umsetzungsbedingungen für BSCI-Teilnehmer, Stand 1/2014, abrufbar unter: http://fta-eu.org/sites/default/files/Terms%20of%20Implementation%20for%20BSCI%20Participants_DE_2014.pdf, zuletzt abgerufen am 10.6.2016.

768 *Köpke/Röhr*, Codes of Conduct, S. 130.

Kodex, welcher spezielle Arbeitnehmerrechte garantieren soll, zugleich keine Gewähr für unabhängige Gewerkschaften bietet, kann dies die Absicht, den Verhaltenskodex tatsächlich anzuwenden, erheblich in Zweifel ziehen.

Eine flächendeckende Überwachung aller Unternehmenseinheiten und eine restlose Beseitigung von Verstößen ist aufgrund der heutigen Konzernstruktur international agierender Unternehmen nicht realistisch⁷⁶⁹ und kann daher auch nicht gefordert werden. Im Fall einer Veröffentlichung unternehmerischer Selbstverpflichtungen muss jedoch ein grundlegender Überprüfungsmechanismus des Verhaltenskodex implementiert sein oder explizit durch anders lautende Formulierungen ausgeschlossen werden, womit der Unternehmer auch ausdrücklich klarstellen muss, dass die aufgestellten Regelungen ausschließlich unverbindliche Zielvorstellungen sind. Eine grundlegende Überwachung des Kodex sollte zumindest auftretende Versäumnisse mit höherer Wahrscheinlichkeit aufdecken und die Verantwortlichen zur Rechenschaft ziehen können⁷⁷⁰.

(3) Unverbindlichkeitsvorbehalte und relativierende Formulierungen

Der Grad an Verbindlichkeit des Verhaltenskodex ergibt sich aus der Erwartungshaltung, die eine solche Selbstverpflichtung bei dem angesprochenen Verkehr aufbaut. Die Motivlage des Unternehmers ist dagegen unerheblich. Entscheidend ist in einem ersten Schritt die generelle Erwartungshaltung, die der Verkehr mit dem Hinweis auf einen Verhaltenskodex verbindet. In einem zweiten Schritt erlangen die konkreten Regelungen aufgrund des verwendeten Wortlautes und des Kontextes einen mehr oder weniger starken Grad an Verbindlichkeit. Der Verkehr differenziert also nicht nach ausschließlich verbindlichen oder unverbindlichen Verhaltenskodizes.

Für die generelle Erwartungshaltung des Verkehrs geben zwei Grundsätze der Rechtsprechung eine Einordnung: Der Verkehr nimmt Werbemaßnahmen prinzipiell – ggf. in relativierender Weise – ernst⁷⁷¹ und kann von dem

769 Herberg, Globalisierung und private Selbstregulierung, S. 120.

770 Ebenda.

771 BGH GRUR 1981, 910 (911) – »Der größte Biermarkt der Welt«; BGH GRUR 1975, 142 (Ls.) – »Unschlagbar«; BGH GRUR 1971, 365 (367) – »Wörterbuch«; BGH GRUR 1965, 365 (367) – »Lavamat II«.

naheliegenden Verständnis einer Aussage ausgehen⁷⁷². Der Sinngehalt einer Selbstverpflichtung besteht grundsätzlich in einer Zusicherung, zur praktischen Durchsetzung derselben alles Erforderliche in Eigenregie unternommen zu haben⁷⁷³. Mit der Festlegung autonomer Standards in Eigenregie begeben sich die Unternehmen aus Verbrauchersicht in die »Nähe« von Rechtsnormen und nehmen aufgrund der Ausgestaltung eine rechtliche Legitimität in Anspruch. Dieses hierdurch aufgebaute Vertrauen beim Verkehr resultiert in der Erwartungshaltung von verbindlichen Regeln und ist auch gerade die Zielsetzung dieser Werbeform. Dem entsprechend hat auch die Bundesregierung in ihrem Gesetzentwurf zur Umsetzung der UGP-RL im Rahmen des § 3 III Nr. 1 UWG klargestellt, dass der Verkehr schon infolge der Bezugnahme auf die Unterzeichnereigenschaft die Einhaltung der in dem Kodex enthaltenen Regeln erwarte⁷⁷⁴. Zugleich wird in dem Gesetzesentwurf eine Parallele zur Werbung mit Normen gezogen⁷⁷⁵, bei der die Rechtsprechung den Grundsatz aufgestellt hat, dass der Verkehr mit der Bezugnahme auf eine bestimmte Norm in der Werbung zugleich deren Einhaltung erwarte⁷⁷⁶. Auch wenn eine direkte Gleichsetzung mit einer Normung nicht gezogen werden kann, ist in beiden Fällen die Erwartung der Einhaltung gegeben. Verhaltenskodizes werden daher vom Verkehr grundsätzlich als bindende Verpflichtungen aufgefasst.

Neben der generellen Erwartungshaltung ergibt sich darüber hinaus jedoch auch ein differenziertes Maß an Verbindlichkeit durch die konkrete Ausgestaltung der Regelungen unter Beachtung des Gesamteindruckes. Der Großteil der verwendeten Ausdrücke (»Verpflichtung«, »Standards«, »Grundsätze«, »Richtlinien«, »Verhaltenskodex«, »Leitprinzipien«, »Richtlinien« o. Ä.) verstärkt i. d. R. einen verbindlichen Eindruck⁷⁷⁷. Auch weniger zwingende Formulierungen (bspw. »Bestreben«, »Bemühen«, »Ziele« o. Ä.) enthalten die Zusage aktiven Bemühens um eine tatsächliche Verbesserung

772 BGH GRUR 2004, 244 (246) – »Marktführerschaft«; Lettl, GRUR 2004, 449 (459).

773 Herberg, Globalisierung und private Selbstregulierung, S. 70; in diese Richtung auch: Himmels, Behavioural Targeting, S. 177.

774 BT-Drucks. 16/10145, S. 31.

775 Ebenda.

776 BGH GRUR 1988, 832 (833) – »Benzinwerbung«; BGH GRUR 1985, 555 (555) – »Abschleppseile«; BGH GRUR 1985, 973 (974) – »DIN 2093«; KG DS 2011, 75 (Ls.) – »Irreführung bei der Werbung mit einer DIN-Norm«.

777 Zur näheren Untersuchung des Verbindlichkeitserfordernisses eines Verhaltenskodex im UWG: 4. Kapitel, III., 3., a), aa), (1).

in den jeweiligen Bereichen, weshalb diese nicht im Sinne eines Haftungsausschlusses gewertet werden können. Auch derartige Formulierungen von Unternehmenszielen möchten einen Vertrauensvorschuss bezeichnen und lassen daher auch bestimmte Maßnahmen zu deren Erfüllung erwarten. Dennoch ist dem Unternehmer aus Gründen der Privatautonomie die Möglichkeit eines Haftungsausschlusses zu gewähren. Dieser ist aber im Rahmen von Hinweisen auf einen Verhaltenskodex direkt zu benennen und zusätzlich in den Leitlinien an prominenter Stelle und in unzweideutiger Form (ggf. mittels »Sternchen-Hinweis« innerhalb der Überschrift) zu erklären⁷⁷⁸. Kleingedruckte Ausschlüsse der Haftung oder eine Freistellung im Verlauf des Textes der Selbstverpflichtung sind dagegen für die Verbindlichkeit unerheblich⁷⁷⁹, aus sich heraus widersprüchlich und damit irreführend.

Mittels einzelner Formulierungen kann dagegen die Erwartungshaltung des Verkehrs reduziert werden (»Minimierung der Ursachen für Gefahren«⁷⁸⁰, »die Teilnehmer verpflichten sich, den Kodex Schritt für Schritt umzusetzen«⁷⁸¹, »streben bevorzugt den Einsatz erneuerbarer Ressourcen an«⁷⁸², »versuchen immer, unsere Verfahren und Prozesse so zu optimieren, dass Umweltauswirkungen verringert werden«⁷⁸³). Hieraus ergibt sich gleichwohl eine Erwartungshaltung des Verkehrs hinsichtlich eines steten Bemühens um Verbesserung in den jeweiligen Bereichen, welche auch gewisse Maßnahmen erfordern. Zugleich ist der Grad der erwarteten Verbesserung aufgrund der relativierenden Formulierung geringer. Verbreitet sind in der Praxis Regelungen, die hinsichtlich der Verbindlichkeit einen nach oben offenen Charakter mit nach unten verpflichtendem Rahmen haben⁷⁸⁴.

778 Diesbezüglich kann auf die Grundsätze der Rechtsprechung zur Blickfangwerbung verwiesen werden. Vgl. insb. Harte/Henning/Dreyer, UWG, § 5 Rn. 103ff.; Ullmann/Link, jurisPK-UWG, § 5 Rn. 184ff.; Loschelder/Erdmann/Helm, Wettbewerbsrecht, § 59 Rn. 101ff.

779 Vom Verkehr kann auch nicht erwartet werden, sämtliche Seiten der einschlägigen Selbstverpflichtung zu studieren, um deren genauen Kerngehalt zu erfassen, vgl. BGH GRUR 2005, 348 (441) – »Epson-Tinte«.

780 *Primark*, Verhaltenskodex, S. 2.

781 *BSCI*, Verhaltenskodex, S. 2.

782 *Nestlé*, Unternehmensgrundsätze, S. 18.

783 *BASF*, Verhaltenskodex, S. 9.

784 *Herberg*, Globalisierung und private Selbstregulierung, S. 82.

(4) Die Verpflichtung zur Einhaltung geltender Gesetze und die Fallgruppe der Werbung mit Selbstverständlichkeiten

»Die Interaktionslogik einer Selbstverpflichtung zeichnet sich dadurch aus, dass sich ihr Inhalt nur auf solche Aufgaben beziehen kann, die das Niveau des rechtlich Gebotenen deutlich überschreiten«⁷⁸⁵. Dies deckt sich mit der Erwartung des Verkehrskreises, der von einer Selbstverpflichtung gerade nicht das »Übliche« oder ohnehin »Notwendige«, sondern ein über dieses Niveau hinausgehendes Maß an unternehmerischer Verantwortung erwartet⁷⁸⁶. Die Einhaltung des ohnehin »Notwendigen«, in Form der in den jeweiligen Ländern geltenden Gesetze, sieht der Verkehr als Selbstverständlichkeit an. Dementsprechend wird in § 3 III Nr. 10 UWG auch die »unwahre Angabe oder das Erwecken des unzutreffenden Eindrucks, gesetzlich bestehende Rechte stellten eine Besonderheit des Angebotes dar«, als unzulässige geschäftliche Behandlung ohne Wertungsmöglichkeit betrachtet.

Vor diesem Hintergrund erscheint es verwunderlich, wenn nahezu alle Verhaltenskodizes ein Bekenntnis enthalten, sich an die jeweils geltenden Gesetze zu halten⁷⁸⁷. Verständlicherweise wird daher auch kritisiert, dass diese Formulierungen als eigener Programmpunkt im Rahmen einer öffentlichen Selbstverpflichtung paradox erscheinen und beinahe als eine Anmaßung zu verstehen sind, wonach das formelle Recht der Investitionsländer in seiner Normgeltung darauf angewiesen wäre, von den internationalen Konzernen ausdrücklich ratifiziert zu werden⁷⁸⁸. Von ihrem naheliegenden Verständnis sind derartige Regelungen durchaus skeptisch zu sehen.

Für den Bereich des Lauterkeitsrechts ist aber entscheidend, ob diese Regelungen tatsächlich den Tatbestand einer Werbung mit Selbstverständlichkeiten i. S. d. § 3 III UWG i. V. m. Nr. 10 des Anhangs erfüllen. Die Funktion der Norm besteht darin, dass beim Verbraucher durch diese Werbemaßnahme der

785 Herberg, Globalisierung und private Selbstregulierung, S. 79.

786 Vgl. hierzu: 4. Kapitel, III., 3., b), cc), (2), (a), (gg).

787 »Unsere Geschäftspartner haben ihre Geschäfte in völliger Übereinstimmung mit den jeweils maßgeblichen gesetzlichen Bestimmungen zu führen«; vgl. *Adidas*, Workplace Standards, S. 1. »BASF ist der Einhaltung rechtlicher Vorschriften strengstens verpflichtet«; vgl. *BASF*, Verhaltenskodex, S. 3. »Primark ist zur vollständigen Beachtung der Gesetze und Bestimmungen an jedem Beschaffungsort, an dem Primark Geschäfte durchführt, verpflichtet und wird keinen bewussten Verstoß gegen solche Gesetze und Bestimmungen unternehmen«; vgl. *Primark*, Verhaltenskodex, S. 5.

788 Herberg, Globalisierung und private Selbstregulierung, S. 98.

unzutreffende Eindruck entsteht, der Unternehmer würde eine Besonderheit seiner Ware oder des Unternehmens selbst herausstellen⁷⁸⁹. Entscheidend ist damit die Darstellung als Besonderheit und die hierdurch irrtümliche Vorstellung des Verkehrs von einem Vorteil, den er ansonsten nicht erwartet hätte⁷⁹⁰. Hieran dürfte es in vorliegenden Fällen i. d. R. fehlen, da dem Verkehr bewusst ist, dass die Einhaltung gesetzlicher Regelungen ohnehin verpflichtend ist. Da diese Passagen dem Verkehr ggü. ohnehin einen mitunter zweifelhaften Eindruck vermitteln, stellt sich vielmehr die Frage nach dem Hintergrund derartiger Abschnitte. Ein Grund dürfte in der Diskrepanz zwischen der Festlegung und der tatsächlichen Durchsetzung gesetzlicher Regelungen in einigen Produktionsländern liegen. Gerade in typischen Produktionsländern wie Indien und China gibt es mitunter per Gesetz relativ hohe Standards, welche jedoch von den Behörden nur sehr oberflächlich durchgesetzt werden⁷⁹¹. Vor diesem Hintergrund können Verhaltenskodizes den dortigen Normen durchaus einen höheren Geltungsanspruch verschaffen und ggf. auch zusätzliche Disziplinarmaßnahmen nach sich ziehen⁷⁹². Die Europäische Kommission hat im Entstehungsprozess der UGP-RL diesen Aspekt durchaus bedacht. Sie sieht in diesen Regelungen auch die Möglichkeit, die Anwendung gesetzlicher Vorschriften zur Erläuterung komplexer Sachverhalte dem Verbraucher ggü. genauer zu beschreiben⁷⁹³.

Da der Verbraucher durch die hervorgehobene Einhaltung von Gesetzen zumeist keiner Täuschung über eine Besonderheit des Angebotes unterliegt und diese Regelungen einen mitunter positiven Effekt auf den Geltungsanspruch gesetzlicher Normen in den Produktionsländern haben können, stellen sie grundsätzlich keinen Sachverhalt dar, der als Werbemaßnahme mit Selbstverständlichkeiten zu werten ist. Im Einzelfall kann dies aber bei einer plakativen und missverständlichen Werbemaßnahme anders zu werten sein⁷⁹⁴.

789 Köhler/Bornkamm/Bornkamm, UWG, Anh. zu § 3 III Rn. 10.1.

790 BGH WRP 2009, 435 (Ls.) – »Edelmetallankauf«.

791 BT-Drucks. 14/9200, S. 183.

792 So etwa im Fall von BASF: »Verstöße gegen Gesetze, internationale Standards und interne Vorschriften können Disziplinarmaßnahmen nach sich ziehen«, vgl. BASF, Verhaltenskodex, S. 5.

793 So im Vorschlag der Kommission für die UGP-RL: KOM (2003) endg, S. 18.

794 Für eine differenzierte Betrachtung auch: von Walter, Corporate Social Responsibility, S. 190.

dd) Sachverhalte mit besonderen Abwägungskriterien

Da für die Beurteilung der Irreführungseignung nicht die objektive Wahrheit der Werbeaussage entscheidend ist, sondern allein das Verkehrsverständnis der angesprochenen Verkehrskreise zählt, müssen in bestimmten Fällen mittels einer Interessenabwägung möglicherweise berechtigte Interessen des Werbenden geschützt werden. Im Rahmen der vorliegenden Thematik kann daher eine gesonderte Interessenabwägung in den Fällen der Werbung mit objektiv wahren Angaben sowie bei der Verwendung branchenüblicher Bezeichnungen in Frage kommen.

Sofern die für den Verkehr irreführende Angabe in einer gesetzlich vorgeschriebenen Bezeichnung liegt, ist diese ohne Weiteres als zulässig zu erachten⁷⁹⁵. Sonstige objektiv wahre Angaben können grundsätzlich als irreführend eingestuft werden, wenn der angesprochene Verkehrskreis diese in einem Sinne versteht, der nicht den tatsächlichen Gegebenheiten entspricht⁷⁹⁶. Da das Verbraucherleitbild aber letztlich auch nur das Ergebnis einer Abwägung zwischen Verbraucherschutz und Lauterkeit des Handelsverkehrs auf der einen Seite und den Marktfreiheiten (bzw. der Berufsausübungsfreiheit des Gewerbetreibenden) auf der anderen Seite ist⁷⁹⁷, müssen in den Fällen einer tatsächlich wahren Angabe die berechtigten Interessen des Unternehmers besonders berücksichtigt werden. So hat der BGH in dem Verfahren »TÜV-Prüfzeichen«, in dem ein Brillenhersteller mit der objektiv richtigen Angabe der Prüfung eigener Brillenfassungen durch den TÜV geworben hatte, den Verbraucherschutz im Wege der Interessenabwägung höher gewertet, da die so beworbenen Brillen ggü. qualitativ gleichwertigen Brillen anderer Hersteller vom Verkehr als von besserer Qualität angesehen werden⁷⁹⁸. Das OLG Frankfurt hat dagegen eine Werbemaßnahme, bei der neben der Verwendung des CE-Zeichens noch das für die Zertifizierung erforderliche DIN-Zeugnis erwähnt wurde, nicht als irreführend eingestuft⁷⁹⁹. Zwar konnte nicht ausgeschlossen werden, dass einzelne Verbraucher durch die Verwendung des DIN-Zeugnisses dem Produkt ein weiteres Qualitätsmerkmal zusprechen, die Irreführung

795 OLG Hamburg GRUR-RR 2004, 36 (Ls. 2) – »Spreewälder Gurken«; Köhler/Bornkamm/Bornkamm, UWG, § 5 Rn. 2.201.

796 Loschelder/Erdmann/Helm, Wettbewerbsrecht, § 59 Rn. 62.

797 Metz, Informationspflichten, S. 140.

798 BGH GRUR 1991, 552 (554) – »TÜV-Prüfzeichen«.

799 OLG Frankfurt BeckRS 2000, 11946; Ohly/Sosnitza/Sosnitza, UWG, § 5 Rn. 190.

wurde aber mit der Begründung verneint, dass die Angabe des Unternehmers objektiv wahr ist und deshalb eine erhöhte Irreführungsquote zu fordern ist⁸⁰⁰. Die angesprochenen Urteile zeigen, dass bei objektiv wahren Angaben ein Wettbewerbsverstoß durchaus möglich ist, diese Schlussfolgerung aber nur im Wege einer besonderen Abwägung der gegenseitigen Interessen zu ziehen ist.

Ähnlich sind Fälle zu bewerten, in denen mit branchenüblichen Bezeichnungen geworben wird, die von Fachleuten richtig verstanden werden, ein nicht unerheblicher Teil des angesprochenen Verkehrskreises diesen aber einen anderen Bedeutungsgehalt zumisst. So wurde eine Werbeaussage, die aufgrund der Unkenntnis des Verbrauchers über die tatsächlichen Produktionsbedingungen zu einer Fehlvorstellung über die Beschaffenheit des Produktes führte, vom BGH nicht als wettbewerbswidrig beurteilt. Der Gerichtshof sah hier keine schützenswerten Verbraucherinteressen als verletzt an, da der in der Werbeangabe verwendete Begriff branchenüblich war und die qualitätsmäßige Beschaffenheit nicht bei dem fehlerhaft vorgestellten Produktionsvorgang, sondern nur bei dem tatsächlichen Herstellungsprozess gewährleistet war⁸⁰¹. Die Abweichung von der üblichen Beurteilung ist hier in der Berücksichtigung einer besonderen Interessenslage begründet, weil in die Bewertung auch der Wert der eingeführten Bezeichnungen in der Branche fließen muss und eine Aufgabe der Bezeichnung in den Fachkreisen eher zu Verwirrung führen würde als eine bessere Marktübersicht zur Folge hätte⁸⁰².

ee) Zwischenergebnis

Zur Beurteilung der Irreführungseignung von Werbemaßnahmen mit Verhaltenskodizes ist im Rahmen des § 5 UWG auf das maßgebliche Verständnis des angesprochenen Verkehrskreises abzustellen, der durch das Verbraucherleitbild als ein durchschnittlich informierter, angemessen aufmerksamer und kritischer Marktteilnehmer definiert wird.

Der für die Beurteilung maßgebliche Verkehrskreis setzt sich aus den Werbeaddressaten des Absatzmarktes zusammen, die ihre Konsumententscheidung auch anhand nachhaltiger Aspekte ausrichten. Neben dem Endverbraucher werden von Verhaltenskodizes zugleich Fachkreise, wie bspw. Anleger, Analys-

800 Ohly/Sosnitza/Sosnitza, UWG, § 5 Rn. 190.

801 BGH GRUR 1991, 852 (Ls.) – »Aquavit«.

802 Loschelder/Erdmann/Helm, Wettbewerbsrecht, § 59 Rn. 175.

ten und potentielle Geschäftspartner des Unternehmens, angesprochen, deren Verständnis in der Untersuchung jedoch außer Acht bleiben kann, da bei zusammengesetzten Gruppen das Verständnis des vornehmlich angesprochenen schutzwürdigeren Adressaten maßgeblich ist. Dieser Adressat interpretiert die Formulierungen eines Verhaltenskodex nach dem allgemeinen Sprachgebrauch und verlässt sich bei einem fehlenden Verständnis darauf, dass die Bestimmung den Erfordernissen entspricht, die von Fachkreisen allgemein als üblich angesehen werden.

Das Merkmal der Aufmerksamkeit hat für die vorliegende Werbegruppe vergleichsweise untergeordnete Bedeutung, da Verhaltenskodizes generell unternehmens-bezogen ausgestaltet sind und sich die Werbewirkung daher weitgehend unabhängig von der jeweiligen Produktgruppe in einer Beeinflussung der Markenpräferenz äußert. Bei höherwertigen Gütern ist jedoch der Einfluss qualitätsbezogener Merkmale im Regelfall als vergleichsweise stärker einzuschätzen. Innerhalb der Ausgestaltung der Werbung im untersuchten Bereich kann auf externe Informationsquellen (vorrangig das Internet) verwiesen werden, solange hierdurch nicht ein bereits entstandener Eindruck wieder revidiert wird.

In der Beurteilung, inwieweit der Verbraucher den einzelnen Formulierungen des Verhaltenskodex kritisch gegenübersteht, liegt der Schwerpunkt lauterkeitsrechtlicher Irreführungskontrolle. Häufig werden generelle Formulierungen genutzt, die insb. von der Rechtsprechung zur Umweltwerbung z. T. eingehender interpretiert wurden. Da sich die besondere Irreführungsgefahr der Verbraucher aus der begrifflichen Unschärfe, schweren Nachprüfbarkeit und der Sensibilisierung für Umwelt- und soziale Belange ergibt, ist der von der Rechtsprechung vertretene strenge Maßstab der Umweltwerbung weitgehend übertragbar. Dies deckt sich mit dem Bericht der Europäischen Kommission zur UGP-RL, wonach Umweltaussagen »konkret, genau und unmissverständlich« sein müssen und der Gewerbetreibende über »wissenschaftliche Belege zur Stützung seiner Aussage« verfügen muss⁸⁰³. Der Verbraucher geht nicht von einer umfassenden absoluten Verbesserung in den angesprochenen Bereichen aus, sondern erwartet relative Vorteile, die sich als eine signifikante Verbesserung ggü. Konkurrenzprodukten beschreiben lassen. In nahezu allen generell gehaltenen Formulierungen lässt sich auf diese Weise ein verifizierbarer Tatsachenkern feststellen, bei dessen Beurteilung je nach Einzelfall

803 COM 2013, 139 final (23).

auch die Grundsätze zur Alleinstellungs- und zur Spitzengruppenwerbung eine Hilfestellung bieten.

Zur Beurteilung der Glaubwürdigkeit eines Verhaltenskodex ist für den Verbraucher entscheidend, wie diese Verpflichtungen im Unternehmen durchgesetzt und vorgekommene Verstöße sanktioniert werden. Auch hier wird realistischer Weise keine Überwachung im absoluten Sinn erwartet, jedoch vorausgesetzt, dass diese geeignet ist, Missstände mit hoher Wahrscheinlichkeit aufzudecken und zu beseitigen. Von besonderer Relevanz ist für den Werbeadressaten, inwieweit eine unabhängige Kontrolle des Kodex stattfindet. Diesbezüglich sind strenge Kriterien an die Eindeutigkeit der Aussage zu stellen. Dies gilt ebenso für die Frage der Verbindlichkeit. Das Maß an Erwartung bezüglich der Reichweite der Regelungen kann partiell durch die Verwendung relativierender Formulierungen abgeschwächt werden. Der Verkehr geht jedoch grundsätzlich davon aus, dass eine nach außen propagierte Selbstverpflichtung auch eingehalten wird, weshalb eine pauschale Unterscheidung zwischen verbindlichen und unverbindlichen Verhaltenskodizes an der Realität vorbeigeht. Sofern sich ein Unternehmer dennoch einen Unverbindlichkeitsvorbehalt der getroffenen Regelungen zusichern lassen will, sind an dessen Ausgestaltung wiederum strenge Anforderungen zu stellen.

In bestimmten Fällen ist der Werbende in der Verwendung seiner Formulierungen besonders schutzwürdig. Dies kann insb. in den Fällen der Verwendung objektiv wahrer Angaben und branchenüblicher Bezeichnungen zu einer gesonderten Interessenabwägung führen. Die häufig in Verhaltenskodizes verwendete Verpflichtung zur Einhaltung der geltenden Gesetze stellt keine Werbung mit Selbstverständlichkeiten i. S. d. § 3 III UWG i. V. m. Nr. 10 des Anhangs dar und ist als zulässig zu werten.

c) Die geschäftliche Relevanz

Das Lauterkeitsrecht fordert die Wahrheit nicht um ihrer selbst willen, sondern – vor dem Hintergrund des Verbraucherschutzes –, um Fehlvorstellungen der Marktgegenseite zu vermeiden, die potentiell entscheidungsrelevant sind⁸⁰⁴. Das in § 3 I UWG 2008 enthaltene Spürbarkeitskriterium wurde im Zuge der UWG-Reform 2015 in die übrigen Tatbestände integriert und ist

804 Teplitzky/Pfeifer/Leistner/Lindacher, Großkommentar UWG, Band 2, § 5 Rn. 238.

nunmehr in § 5 I S. 1 UWG ausdrücklich geregelt worden⁸⁰⁵. In Art. 2 lit. e der Richtlinie wird das Erfordernis dahingehend konkretisiert, dass durch die Geschäftspraxis die Fähigkeit des Verbrauchers, eine informierte Entscheidung zu treffen, spürbar beeinträchtigt werden muss und er so zu einer geschäftlichen Handlung veranlasst wird, die er andernfalls nicht getroffen hätte. Ein wohl (noch) überwiegender Teil der Verbraucher lässt sich (bisher) nicht von der Herausstellung unternehmerischer Verantwortung in seiner Geschäftentscheidung beeinflussen, da die bestimmenden Effekte auf die Produktauswahl i. d. R. in der Preiswürdigkeit und Qualität des Angebotes liegen. An diese Verbraucherkreise richten sich Hinweise auf unternehmerische Selbstverpflichtungen jedoch nicht, weshalb für die Beurteilung des Relevanzerfordernisses nur auf den Verkehrskreis abzustellen ist, der von der Herausstellung unternehmerischer Verantwortung angesprochen werden soll. Dies sind vor allem die Endverbraucher, die ihre Konsumententscheidungen nicht ausschließlich nach preislichen Kriterien treffen, sondern in ihrem Entscheidungsprozess auch Aspekte der Nachhaltigkeit berücksichtigen⁸⁰⁶.

Da auch in dieser Verbrauchergruppe weitere Kriterien eine entscheidende Rolle bei der Auswahl darstellen, bedarf die Feststellung der Entscheidungsrelevanz dennoch einer näheren Beurteilung. So besteht bei den untersuchten Werbemaßnahmen zumeist keine direkte Verknüpfung zu einem konkreten Produkt und es ist daher nicht anzunehmen, dass der angesprochene Verbraucher bei seiner Produktauswahl eine aktive Kenntnis vom jeweiligen Gehalt der Selbstverpflichtung des Unternehmers hat. Die Grenze des Relevanzerfordernisses wird von der Rechtsprechung dort gezogen, wo der maßgebliche Durchschnittsverbraucher durch die Werbemaßnahme allenfalls ein »wenig geneigter« wird, sich mit einer Werbeanzeige des Unternehmers zu befassen⁸⁰⁷.

Zugleich ist jedoch anerkannt, dass die hervorgerufene unrichtige Vorstellung des Gewerbetreibenden nicht das bestimmende Motiv für die Verbrau-

805 Harte/Henning/Dreyer, UWG, 4. Auflage, § 5 Rn. 42; Harte/Henning/Podszun, UWG, 4. Auflage, § 3 Rn. 225.

806 Daneben werden auch zunehmend Anleger und Analysten am Finanzmarkt sowie potentielle Geschäftspartner angesprochen, die im Rahmen ihrer Rating- und Investitionsentscheidung nachhaltige und ethische Aspekte berücksichtigen bzw. diese Kriterien bei der Auswahl künftiger Geschäftspartner mit einbeziehen. Siehe hierzu Näheres unter: Kapitel 4, III., 3., b), aa), (1).

807 BGH GRUR 2004, 435 (436) – »FrühlingsgeFlüge«.

cherentscheidung darstellen muss⁸⁰⁸. In diesem Zwischenbereich bewegt sich die Wirkungsweise untersuchter Werbemaßnahmen, die – wie zuvor bereits untersucht⁸⁰⁹ – mittels Darstellung einer positiven »Persönlichkeit« des Unternehmens eine Sympathie des Konsumenten für die Marke hervorrufen, welche bewusst oder unbewusst bei einer späteren Produktauswahl berücksichtigt wird. Dass relevante Verbrauchergruppen inzwischen auf ökologische und soziale Kriterien Wert legen, wurde bereits in diversen Studien nachgewiesen und zeigt sich auch in dem stetig wachsenden Markt für Produkte aus verantwortungsvoller Herstellung⁸¹⁰. Diesbezüglich muss auch nicht zwangsläufig eine direkte Verbindung zu einem Produkt bestehen. So mussten schon im Bereich der umweltbezogenen Werbung auch allgemein gehaltene Aussagen in sog. »Imageprospekten« den »strengen Anforderungen der Rechtsprechung an Richtigkeit, Eindeutigkeit und Klarheit der Aussage standhalten«⁸¹¹.

Vor dem Hintergrund des früheren deutschen Verbraucherleitbildes hatte die Rechtsprechung es als ausreichend erachtet, dass die Entschließungsfreiheit der angesprochenen Verkehrskreise in Form einer Stärkung der allgemeinen Wertschätzung beeinflusst wurde⁸¹². Mit Geltung des neuen Verbraucherleitbildes kann diese Wertung aber nicht ohne Weiteres auf die heutige Zeit übertragen werden. Der Zuspruch von Eigenverantwortung im Verbraucherleitbild des heutigen Konsumenten verdeutlicht jedoch ein anderes Auslegungskriterium: So soll insb. durch die Stärkung des Irreführungsverbotes dem Werbeadressat eine möglichst unverfälschte Auswahlentscheidung ermöglicht werden, in deren Such- und Selektionsprozess ihm die Definitionshoheit für die als relevant erachteten Auswahlkriterien selber zukommen muss⁸¹³. Zugleich

808 Teplitzky/Pfeifer/Leistner/Lindacher, Großkommentar UWG, Band 2, § 5 Rn. 245; MüKo/UWG/Ruess, Band 2, § 5 Rn. 208; Himmels, Behavioural Targeting, S. 179.

809 Siehe hierzu die Untersuchung auf konsumentenpsychologischer Basis in Kapitel 4, I., 3., b).

810 Dies stellt inzwischen eine gesicherte Annahme dar, vgl. etwa: BT-Drucks. 14/9200, S. 175; Schiebel/Schneider/Schmidpeter, Corporate Social Responsibility, S. 457; Duong Dinh, Corporate Social Responsibility, S. 79 (m.w.N.); imug, CSR Informationsbedarf, S. 43; Rommelspacher, CSR aus Konsumentensicht, S. 3. In diese Richtung auch: von Walter, Corporate Social Responsibility, S. 191; Näheres unter Kapitel 4, I., 3., c).

811 OLG Hamburg BeckRS 2008, 07230 (Ls. 4).

812 BGH GRUR 1992, 70 (72) – »40% weniger Fett«; BGH GRUR 1981, 71 (73) – »Lübecker Marzipan«.

813 MüKo/UWG/Ruess, Band 2, § 5 Rn. 210, 215. Lediglich dann, wenn die subjektive Differenzierung völlig unverständlich und willkürlich erscheint, sollte ihr die wettbewerbliche Relevanz abgesprochen werden: OLG Stuttgart WRP 1983, 447 – »Möbelhallen«.

kann auch das Verhalten des Gewerbetreibenden selbst einen Anhaltspunkt für die Relevanz ergeben⁸¹⁴, weswegen allein die hohe Veröffentlichungsrate unternehmerischer Selbstverpflichtungen dafür spricht, dass diesen auch ein maßgeblicher Beeinflussungseffekt zukommt.

»CSR ist als Argument auf den Konsumgütermärkten angekommen.«⁸¹⁵ Die geschäftliche Relevanz ist sowohl durch die reine Veröffentlichung des Verhaltenskodex als auch mittels Hinweisen auf eine besondere unternehmerische Verantwortung in Form einer Selbstverpflichtung i. d. R. erfüllt. Vor einer Beeinflussung durch irreführende Werbemaßnahmen ist der Konsument daher mit den Mitteln des Lauterkeitsrechts zu schützen⁸¹⁶.

IV. Ergebnisse des 4. Kapitels

Die Veröffentlichung und der Hinweis auf einen Verhaltenskodex sind Formen der Einstellungswerbung, deren beziehungsweise Wirkung in der Aufwertung der Unternehmensmarke liegt und sich erst sekundär in einer späteren, verstärkt unbewussten Präferenz des Kunden beim Produktentscheidungsprozess auswirkt. Mit dem Wandel der Rechtsprechung zur »emotionalen Werbung« sind sog. »weiche Kriterien«⁸¹⁷, wie ein verantwortungsvolles Unternehmensimage, als Faktoren der Entscheidungsfindung anerkannt, vielmehr wird ein »sozial-ethischer Leistungswettbewerb« sogar als besonders förderungswürdig angesehen. Dies entspricht auch der Praxis, denn der maßgebliche Verkehrskreis berücksichtigt bei seinen Konsumententscheidungen neben den traditionellen Kriterien wie Preis und Qualität heute auch Aspekte der Nachhaltigkeit.

Mit dem exponierten Gesichtspunkt der Eigenverantwortung im aktuellen Verbraucherleitbild sind Nachhaltigkeitskriterien, die vom Verbraucher in seiner Auswahlentscheidung berücksichtigt werden, als schutzwürdig und

814 BGH GRUR 2009, 888 (Rn. 20f.) – »Thermoroll«; BGH GRUR 2003, 628 (630) – »Klosterrauberei«; BGH GRUR 1992, 66 (69) – »Königl.-Bayerische Weisse«; Köhler/Bornkamm/*Bornkamm*, UWG, § 5 Rn. 2.181).

815 Schoenheit, Corporate Social Responsibility, S. 48.

816 Im Ergebnis ebenso etwa: Ullmann/*Link*, jurisPK-UWG, § 5 Rn. 680; *Himmels*, Behavioural Targeting, S. 180; *Herrnberger*, Wettbewerbsrechtlicher Schutz, S. 211; *Zimmer*, Soziale Mindeststandards, S. 264f.; *Glinski*, Die rechtliche Bedeutung der privaten Regulierung, S. 179. Ferner: *Ohly/Sosnitza/Sosnitza*, UWG, § 5 Rn. 307; Köhler/Bornkamm/*Bornkamm*, UWG, § 5 Rn. 2.179.

817 Im Unterschied zu eindeutig objektiven Kriterien wie Preis, Qualität, Verfügbarkeit etc.

vom Irreführungsverbot umfasst anzuerkennen. Das Relevanzkriterium bei Werbemaßnahmen mit Verhaltenskodizes ist damit im Regelfall erfüllt.

Im Rahmen des Informationsgebotes des § 5a UWG ergeben sich aufgrund der Variationsbreite an unternehmerischen Selbstverpflichtungen jedoch erhebliche Schwierigkeiten bei der Festlegung eines Informationsgebots. Hier sind gerade generelle Informationsgebote kritisch zu sehen. Der Nutzen für den Verbraucher ist ob des Risikos von Informationsüberfrachtung sehr fraglich und nicht kodifizierte Informationsgebote sind für Gewerbetreibende mit erheblichen Rechtsunsicherheiten verbunden. Ein Informationsgebot bei Verhaltenskodizes ist daher restriktiv zu handhaben und wird in der vorliegenden Abhandlung auch ausschließlich in drei Fällen anerkannt, in denen das Informationsbedürfnis die Unternehmerinteressen überwiegt. Wesentliche Informationspflichten bei Werbemaßnahmen mit Verhaltenskodizes i. S. d. § 5a II UWG sind daher:

- Die vollständige Veröffentlichung des Verhaltenskodex in einem der Allgemeinheit zugänglichen Medium (insb. die gut ersichtliche Bereitstellung auf der Firmenwebseite),
- eine eindeutige und gut erkennbare Klarstellung, sofern ein Verhaltenskodex nur als unverbindliches Regelwerk ausgestaltet ist,
- Informationen über die Grundsätze der Überwachungsmaßnahmen, die eine Durchsetzung des Verhaltenskodex sichern sollen.

Diese Informationspflichten knüpfen mit der werblichen Nutzung der Selbstverpflichtung an ein vorangegangenes Verhalten der Unternehmer an. Sofern der Verhaltenskodex dagegen nicht zu Werbezwecken genutzt wird, besteht außerhalb der gesetzlichen Informationspflichten des EGBGB (Art. 246a § 1 I Nr. 10 EGBGB, sowie Art. 246c Nr. 5 EGBGB) keine Verpflichtung zur Offenlegung.

Der Schwerpunkt lauterkeitsrechtlicher Überprüfung liegt bei der aktiven Irreführung des § 5 UWG. Der Unternehmer ist im Gegensatz zu § 5a UWG bei aktiv getätigten Äußerungen weniger schutzwürdig, da er diese Aussagen beeinflussen und das Irreführungsrisiko selbst steuern kann. Die mit Umsetzung der UGP-RL neu eingeführten Tatbestände der »schwarzen Liste« betreffend Verhaltenskodizes haben einen vergleichsweise geringen materiellen Anwendungsbereich. Eine Täuschung über die Unterzeichnung des Kodex bzw. über die Billigung durch eine öffentliche Stelle fällt unter die Tatbestände des 3 III UWG i. V. m. Nr. 1 und 3 des Anhangs. Die Norm des § 5 I S. 2 Nr. 6 UWG

bezieht sich auf die Täuschung über die konkrete Einhaltung der beworbenen Standards und ist nur für diesen Regelungsgegenstand als abschließend zu werten. Daneben sind die weiteren Merkmale des § 5 I S. 2 UWG anwendbar: Objektiv unwahre Angaben sind über § 5 I S. 2 Alt. 1 UWG zu sanktionieren, Täuschungen über produktbezogene Merkmale über § 5 I S. 2 Nr. 1 UWG. Besondere Relevanz kommt der »Täuschung über den Umfang von Verpflichtungen« in § 5 I S. 2 Nr. 3 UWG zu. Dieser ist sowohl dann einschlägig, wenn Fehlvorstellungen über den Inhalt des Kodex und dessen Überprüfungsmechanismen erzeugt werden, als auch bei Werbemaßnahmen mit einem unwirksamen oder tatsächlich nicht existenten Verhaltenskodex. Diese Fallgruppen sind letztlich unabhängig von konkreten Verstößen gegen den Kodex.

Die Schwierigkeiten liegen daher auch weniger in der Sanktionierung eines konkret festgestellten Verstoßes als in der Interpretation des Bedeutungsgehaltes der häufig sehr allgemein gehaltenen Verpflichtungen, die hinsichtlich ihres Inhaltes und ihrer Glaubwürdigkeit resp. ihrer Durchsetzung auslegungsbedürftig sind. Dies kann unter Zuhilfenahme der Rechtsprechungsgrundsätze zur Umweltwerbung sowie der Alleinstellungs- bzw. Spitzenstellungswerbung erfolgen, deren grundsätzlich strenge Maßstäbe auf die vorliegende Thematik übertragbar sind. Diese Wertungen werden derzeit nur unzureichend übertragen. Auch die EU-Kommission sieht das Defizit derzeit nicht in den rechtlichen Rahmenbedingungen, sondern in der Durchsetzung dieser Vorgaben⁸¹⁸.

In den konkreten Aussagen erkennt der Verkehr in den überwiegenden Fällen einen maßgeblichen Tatsachenkern, der von der Vorstellung geprägt ist, dass sich der Unternehmer durch die Hervorhebung von Eigenverantwortung grds. von seinen direkten Konkurrenten abhebe. Für den Unternehmer erhöht sich mit zunehmendem Abstraktionsgrad das Maß an Rechtsunsicherheit, da der Verkehrskreis ein umso weiteres Feld an Vorteilen erwartet, je pauschaler die Formulierungen ausgestaltet sind. Eine exaktere Ausgestaltung der einzelnen Verpflichtungen ist daher im Regelfall für den Unternehmer vorzugs-würdig.

Der maßgebliche Adressatenkreis geht grundsätzlich davon aus, dass eine nach außen dargestellte Selbstverpflichtung vom Unternehmer auch eingehalten wird, mithin als verbindlich ausgestaltet ist. Die abstrakte Unterscheidung zwischen verbindlichen und unverbindlichen Verhaltenskodi-zes entspricht daher nicht dem Verständnis in der Praxis. Vielmehr sind die

818 COM 2013, 139 final (24).

Grenzen fließend, so dass mittels einzelner relativierender Formulierungen die Erwartungshaltung hinsichtlich der Reichweite der Regelungen abgeschwächt werden kann. Dementsprechend sind an die Wirksamkeit eines Unverbindlichkeitsvorbehalts strenge Anforderungen zu stellen.

Kapitel 5 Rechtswirkungen durch Konkretisierung von Sorgfaltssstandards

I. Der Einfluss von Verhaltenskodizes auf die Auslegung der lauterkeitsrechtlichen Generalklausel des § 3 UWG

1. Private Normgebung und formelles Recht

a) Einführung in die Problematik

aa) Einleitung

Am 14.1.1993 hatte der Bundesgerichtshof über die Werbemaßnahme eines Zigarettenherstellers zu urteilen, die ihr Produkt mit der Bezeichnung »mild« beworben hatte⁸¹⁹. Die Beklagte hatte in dem Verfahren eingeräumt, dass die Menge an Nikotin und Kondensat der beworbenen Zigarette gegen die Grenzwerte verstöße, die im sog. »Mild-Abkommen« festgelegt wurden. Bei dem »Mild-Abkommen« handelt es sich um eine Selbstverpflichtung großer Teile der Zigarettenindustrie, welche u. a. derartige Grenzwerte für Werbemaßnahmen mit Zigaretten unter Verwendung des Begriffes »mild« verpflichtend festsetzt. Die Beklagte ist dem Abkommen beigetreten. Der Gerichtshof erklärte hierzu: »Ob die Verharmlosung des Rauchens durch eine Werbung mit ›mild‹ an sich schon unlauter im Sinne des § 1 UWG (a. F.) ist, muß aber unter den Umständen des vorliegenden Falls nicht entschieden werden. Denn die beanstandete Werbung der Beklagten für ihre Zigarette ›L&M‹ ist jedenfalls deshalb wettbewerbswidrig, weil sie nicht einmal die Beschränkungen wahrt,

⁸¹⁹ BGH GRUR 1993, 756 – »Mild-Abkommen«. Anmerkungen zu dieser Entscheidung finden sich bei: *Lindacher*, EwiR 1993, 497 (zustimmend); *Jacobs*, WRP 1993, 699 (kritisch).

die sich die Zigarettenindustrie hinsichtlich der Benutzung des Wortes ›mild‹ in ihrer Werbung selbst auferlegt hat.«⁸²⁰

Die Tragweite dieser Aussage⁸²¹ erklärt sich vor der in der Juristerei streng vorgenommenen Trennung der Wirkungsweise parlamentarisch gesetzter Rechtsnormen ggü. vertraglichen oder mittels Satzung festgelegten autonomen (privaten) Regelungen. So ist einer der wesentlichen Unterschiede, dass Rechtsnormen in abstrakt-genereller Weise Außenwirkung entfalten, wohingegen Verbandssatzungen oder Verträge des Privatrechts nur zwischen den Beteiligten wirken. Stellt es damit keinen Verstoß gegen diesen elementaren Grundsatz dar, wenn eine private Regel, wie vorliegend, dazu geeignet ist, formelles Recht in verbindlicher Weise auszulegen? Kommt dies nicht praktisch einer Allgemeinverbindlichkeitserklärung des »Mild-Abkommens« gleich, die damit ebenso ggü. Unternehmen wirkt, welche dem Abkommen nicht beigetreten sind? Liegt hierin nicht eine verfassungswidrige Umgehung aller Verfahrensgrundsätze staatlicher Gesetzgebung?

Die Rechtsprechung kann sich jedenfalls der Attraktivität einer Heranziehung privat gesetzter Regelungen zur Auslegung lauterkeitsrechtlicher Generalklauseln auch heute nur schwer entziehen⁸²², weil diese mitunter die Auffassung der Verkehrskreise und die tatsächliche Übung in der Branche widerspiegeln und damit eine deutliche Erleichterung der juristischen Bewertung unbestimmter Rechtsbegriffe nach sich ziehen. Da die Problematik im Vergleich zu anderen Rechtsbereichen keineswegs neu ist, zugleich aber auch durch neue Konzepte der Europäischen Kommission und der Aufwertung von Selbstverpflichtungen im aktuellen Lauterkeitsrecht wieder vermehrt diskutiert wird, wird hier nun folgende Herangehensweise gewählt:

Zuerst erfolgt eine Vorstellung der Initiativen der Europäischen Kommission (1., a, bb)), verbunden mit einer kurzen Erläuterung des Anknüpfungspunktes im Lauterkeitsrecht (1., a, cc)). Danach wird diese Problematik mittels Vergleich insb. zum Recht der Technik (1., b)) und einer Zusammenfassung der jeweiligen Vor- und Nachteile einer Einbeziehung von Selbstver-

820 BGH GRUR 1993, 756 (757) – »Mild-Abkommen«.

821 So wurde später in einem Aufsatz festgestellt, dass »nach deutschem Recht die Werbung für Zigaretten mit der Bezeichnung ›mild‹ dann wettbewerbswidrig i. S. d. § 1 UWG [ist], wenn deren Durchschnittswerte von Nikotin und Kondensat höher sind, als es das sog. ›Mild-Abkommen‹ der Zigarettenindustrie zulässt«, vgl. Rademacher, ZRP 2001, 64 (65).

822 Hierzu: 5. Kapitel, I., 2., a).

pflichtung zur Auslegung von Generalklauseln in einen Gesamtkontext eingordnet (1., c)).

Im Anschluss erfolgt eine Aufbereitung der im UWG ergangenen Rechtsprechung hierzu (2., a) und eine Darstellung der vertretenen Literaturauffassungen (2., b).

Schließlich wird nach einer Bewertung dieser Ansichten (2., c) der Versuch eines Lösungsansatzes unternommen, welcher, unter Zuhilfenahme von grundlegenden Forschungsarbeiten über private Regulierung, das Verhältnis von Verhaltenskodizes zur Generalklausel des Lauterkeitsrechts in § 3 UWG festlegt (3.).

bb) Das Konzept der Europäischen Kommission

Ausgangspunkt des neuen Konzeptes der Europäischen Kommission ist das Weißbuch »Europäisches Regieren« vom 25.7.2001⁸²³, in dem eine Reform des europäischen Regierens zu einem strategischen Ziel erklärt wird. Diese Reform gründet sich auf festgestellte Defizite des Rechtsetzungsprozesses im Verhältnis zu den Einwohnern der Europäischen Union. So wird europäisches Regieren mit zunehmender Komplexität der Materien als bürgerfern, gleichzeitig aber auch als aufdringlich empfunden, was mit einer vermehrten Skepsis ggü. den europäischen Organen einhergeht⁸²⁴. Als Lösungsmöglichkeit soll das Unionsrecht dahingehend erneuert werden, dass es weniger Eingriffe »von oben« vornimmt und ihre klassischen Politikinstrumente durch nicht-gesetzgeberische Maßnahmen ergänzt⁸²⁵. Da Rechtsvorschriften oft nur einen Teil einer umfassenden Lösung darstellen, sollen »die förmlichen Bestimmungen mit anderen zum Teil nicht bindenden Instrumenten wie Empfehlungen, Leitlinien oder auch Selbstverpflichtungen innerhalb eines gemeinsam festgelegten Rahmens verknüpft werden«⁸²⁶. Diesbezüglich werden zwei alternative Regulierungsmethoden in einer interinstitutionellen Vereinbarung erläutert: Unter »Ko-Regulierung« wird ein Mechanismus verstanden, »durch den ein gemeinschaftlicher Rechtsakt die Verwirklichung der von der Rechtsetzungsbehörde festgelegten Ziele den in dem betreffenden Be-

823 Weißbuch »Europäisches Regieren«, KOM(2001) 428 endg.

824 Ebenda, S. 3.

825 Ebenda, S. 5.

826 Ebenda, S. 27.

reich anerkannten Parteien überträgt (insb. den Wirtschaftsteilnehmern, Sozialpartnern, Nichtregierungsorganisationen oder Verbänden)«⁸²⁷. Auch wenn dieses Regulierungsinstrument häufig im Rahmen der vorliegenden Thematik angesprochen wird, betrifft es augenscheinlich eine andere Methode, in der eine Rechtsetzungsinstitution einer Partei explizit die Regulierungsbefugnis überträgt. Vielmehr handelt es sich bei Verhaltenskodizes um Maßnahmen der »Selbstregulierung«, unter der die Möglichkeit verstanden wird, dass »Wirtschaftsteilnehmer, Sozialpartner, Nichtregierungsorganisationen oder Verbände untereinander und für sich gemeinsame Leitlinien auf europäischer Ebene (primär als sektorale Vereinbarungen gedacht) annehmen«⁸²⁸.

Die erdachten Rechtswirkungen für Verhaltenskodizes im Bereich des Wettbewerbsrechts wurden in dem anschließenden Grünbuch zum Verbraucherschutz präzisiert⁸²⁹. So stellte die Kommission fest, dass »die Einführung einer rechtlichen Verbindlichkeit von Verhaltenskodizes und anderen freiwilligen Verpflichtungen den Unternehmen wie Verbrauchern eventuell helfen [würde]. Konsumenten könnten darauf vertrauen, dass staatliche Aufsichtsbehörden als letzte Durchsetzungsinstanz agieren. Eine entschiedenere Durchsetzung von Selbstverpflichtungen im Wege der Selbstregulierung wäre ein überzeugenderes Argument für einen weitgehenden Verzicht auf Rechtsetzung.«⁸³⁰ Die Nichterfüllung einer ggü. einem Verbraucher freiwillig eingegangenen Verpflichtung durch ein Unternehmen müsste daher als unlautere Geschäftspraxis definiert werden (unabhängig von einer tatsächlichen Irreführung des Verbrauchers)⁸³¹.

Diese mitunter tiefgreifenden Regelungsansätze waren von starker Resonanz geprägt und wurden sehr gemischt aufgenommen. Naturgemäß sprach sich die große Mehrheit der Wirtschaftsverbände und Unternehmen gegen einen bindenden Charakter von Verhaltenskodizes aus, während sich Verbrauchergruppen und andere Interessenvertreter »verhalten« positiv ggü. den

827 Interinstitutionelle Vereinbarung »Bessere Rechtsetzung«, vom 16. Dezember 2003 (zuletzt geändert am 5.8.2015), ABl. Nr. C 321 S. 1, ber. ABl. 2004 Nr. C 4 S. 7, Rn. 18.

828 Ebenda, Rn. 22.

829 Grünbuch zum Verbraucherschutz in der Europäischen Union, KOM(2001) 531 endg.

830 KOM(2001) 531 endg, S. 17.

831 KOM(2001) 531 endg, S. 6; ebenso in den Folgemaßnahmen des Grünbuches zum Verbraucherschutz in der EU (2002), KOM(2002) 289 endg, S. 3; Harte/Henning/Dreyer, UWG, Anh. zu § 3 III Nr. 1 Rn. 3; Dreyer, WRP 2007, 1294 (1302); Wiebe, WRP 2002, 283 (288). *Kefslér/Micklitz* erkennen hierin auch schon die Absicht, einen Verstoß gegen die Generalklausel anzunehmen: *Kefslér/Micklitz*, BB 2003, 2073 (2078).

Vorschlägen äußerten und den bindenden Charakter von Verhaltenskodizes als entscheidende Vorbedingung ansahen, um überhaupt diesem Regulierungsinstrument zustimmen zu können⁸³². Gerade aus Deutschland, wo der Selbstregulierung im europäischen Vergleich nur eine untergeordnete Rolle zukommt⁸³³, wurde jedoch vermehrt Kritik an der Gleichsetzung eines Kodexverstoßes mit der Erfüllung des Merkmals der Unlauterkeit geübt⁸³⁴.

In der Folge wurden diese Regelungen im Entstehungsprozess der UGP-RL auch weiter abgeschwächt. So enthielt der Kommissionsvorschlag der Richtlinie nur noch den Passus, dass »derartige Kodizes die Feststellung erleichtern können, welche Anforderungen in der konkreten Branche an die berufliche Sorgfalt zu stellen sind«⁸³⁵. In der endgültigen Richtlinie verblieb schließlich die Aussage in Erwägungsgrund 20, nach der es »in Branchen, in denen es spezifische zwingende Vorschriften gibt, die das Verhalten von Gewerbetreibenden regeln, zweckmäßig [ist], dass aus diesen auch die Anforderungen an die berufliche Sorgfalt in der Branche ersichtlich sind«⁸³⁶.

cc) Branchenübliche Sorgfaltmaßstäbe und die Schnittstelle zum formellen Recht

Die einhellige Meinung geht jedenfalls dahin, dass die verbliebenen Regelungen über Verhaltenskodizes in der UGP-RL nur noch ein »Relikt einer

832 KOM(2002) 289 endg, S. 6f. Ebenso äußerte sich bspw. der Wirtschafts- und Sozialausschuss der Europäischen Union positiv ggü. den Vorschlägen und »hält die Selbstregulierung für wichtig, um die Definition der Lauterkeit des Wettbewerbs und guter Vermarktungsmethoden innerhalb eines gesetzlichen Rahmens mit Inhalt zu füllen«, ABl. C 125 vom 27.5.2002, S. 61ff. (Rn. 3.3.1).

833 *Henning-Bodewig/Schricker*, GRUR-Int 2002, 319 (323); *Kunz-Hallstein/Loschelder*, GRUR 2002, 408 (410).

834 So plädierten etwa *Kunz-Hallstein/Loschelder* in ihrer Stellungnahme für die deutsche Vereinigung gewerblichen Rechtschutz und Urheberrecht »eher für ein Weniger als ein Mehr gesetzgeberischer Vorgaben bzw. Rahmenregelungen für solche ›freiwilligen‹ Selbstverpflichtungen, wenn es tatsächlich deren Ziel sein soll, als freiheitswahrendes Element wirtschaftlicher Autonomie zu wirken«, vgl. *Kunz-Hallstein/Loschelder*, GRUR 2002, 408 (410).

835 Vorschlag der Europäischen Kommission für eine Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken im binnenmarktinternen Geschäftsverkehr zwischen Unternehmen und Verbrauchern, KOM(2003), 356 endg, S. 24.

836 Erwägungsgrund 20 der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken vom 11.5.2005 (RL 2005/29/EG).

ursprünglich geplanten umfassenderen Regelung« darstellen⁸³⁷. Aus den verbliebenen Normierungen innerhalb der UGP-RL ist daher nur das Bestreben der Kommission ersichtlich, Verhaltenskodizes in einen sachlichen Zusammenhang mit der beruflichen Sorgfalt des Art. 5 UGP-RL zu stellen⁸³⁸. Idealiter möchte die Kommission offensichtlich durch Selbstverpflichtungen ein Netz von Rechten und Pflichten definiert sehen, mit denen indirekt die Generalklausel des Art. 5 UGP-RL aus- oder aufgefüllt werden kann⁸³⁹. Inwieweit jedoch die Rechtsprechung in der Praxis Selbstverpflichtungen zur Ausfüllung der Generalklausel heranziehen kann (oder soll), wird dagegen nicht deutlich.

Jedenfalls kann die Einordnung der Problematik in den Bereich der Generalklausel des UWG als richtig beurteilt werden, denn die maßgebliche Schnittstelle zwischen privater Normgebung und staatlicher Verantwortung stellt – neben dem administrativen Vollzug – die gerichtliche Kontrolle dar, deren Medium vorwiegend die Generalklausel und ihre unbestimmten Rechtsbegriffe sind, deren vorgegebene normative Standards einer Konkretisierung bedürfen⁸⁴⁰. Zur Verdeutlichung der Hintergründe der Generalklauselmethode in Verbindung mit privaten Normen lohnt ein Blick auf Rechtsbereiche, in denen dieses Konzept schon länger verwirklicht wird.

b) Einordnung und Parallelen

Seit den 1980er Jahren verfolgt die EU ein als »New Approach« bezeichnetes Rechtsetzungsmodell im Bereich der technischen Normierung, welches schließlich auch Eingang in die Gebiete des Umweltschutzes und die produktbezogene Qualitätssicherung gefunden hat⁸⁴¹. In dieser Konzeption werden in Richtlinien bzw. den sie umsetzenden Gesetzen nur Rahmenvorgaben gemacht (bspw. »anerkannte Regeln der Technik«, »im Verkehr erforderliche

837 MüKo/UWG/*Micklitz*, Band 1, EG D Rn. 1; *Harte/Henning/Dreyer*, UWG, Anh. zu § 3 III Nr. 1 Rn. 3; *Dreyer*, WRP 2007, 1294 (1302).

838 *Harte/Henning/Glöckner*, UWG, Einl. B Rn. 245; *Alexander*, GRUR-Int 2012, 965 (972).

839 MüKo/UWG/*Micklitz*, Band1, EG D Rn. 4.

840 *Schmidt-Preuß*, ZLR 1997, 249 (255).

841 *Klindt*, EuZW 2002, 133 (133ff.); *Schmidt-Preuß*, ZLR 1997, 249 (250). Eine Übersicht zu diesen Richtlinien im Bereich der technischen Normierung findet sich bei: *Klindt*, EuZW 2002, 133 (135); einen aktuellen Blick auf das Konzept bietet *Carsten Schucht*: 30 Jahre New Approach beim europäischen Produktsicherheitsrecht – prägendes Steuerungsmodell oder leere Hülle?, EuWZ 2017, 46.

Sorgfalt«), während die konkrete Ausgestaltung dieser Anforderungen privaten Normungsorganisationen überlassen wird⁸⁴². Über diese Generalklauseln erlangt die Technik Einfluss auf das Recht, indem die Rechtsordnung auf wissenschaftlich-technische Erkenntnisse und Entwicklungen abstellt und diese damit zum Maßstab dafür erhebt, was von Rechts wegen zur Gewährleistung insb. der Sicherheit erforderlich ist⁸⁴³.

In der Ratsentschließung zum »New Approach« wurden folgende vier Grundprinzipien festgelegt:

1. die Verpflichtung der EU zur Harmonisierung grundlegender Sicherheitsanforderungen im Interesse des Gemeinwohls,
2. die Übertragung der Aufgabe zur Normkonkretisierung vom europäischen Parlament auf private Normungsorganisationen wie DIN oder ISO,
3. die Festlegung des dennoch freiwilligen Charakters dieser so konkretisierten Normen und – hier entscheidend –
4. die Vermutung zur Rechtskonformität bei Einhaltung der Normen und die Beweislastumkehr bei normwidrigem Verhalten zu Lasten des Herstellers⁸⁴⁴.

Die Gründe für einen Rückgriff auf das Rechtsetzungsmodell des »New Approach« im Bereich der technischen Sicherheit sind ohne Weiteres ersichtlich, da sich das Recht hier in besonders prägnanter Weise durch seine Statik im Vergleich zur Dynamik von Technik und Technologie abgrenzt⁸⁴⁵. So wurde anfänglich durchaus der Versuch unternommen, alle Anforderungen an einen Produkttyp im Wege einer legislativen Vollharmonisierung rechtlich verbindlich festzulegen. Hierzu hätte es jedoch einer auf EU-Ebene abgestimmten Regelung bedurft, die »in kleinstteiliger Bestimmungsdichte noch jeden Schraubenabstand« normiert hätte⁸⁴⁶. Verständlicherweise scheiterte der Versuch, weil neben den Abstimmungsproblemen im gesetzgeberischen Prozess eine derartige Regelung schwerfällig und unflexibel wäre, zu inhalt-

842 Wiebe, WRP 2002, 283 (290); Marburger, Regeln der Technik, S. 3.

843 Nicklisch, NJW 1982, 2633 (2634).

844 Entschließung des Rates 85/C 136/01 vom 7. Mai 1985 über eine neue Konzeption auf dem Gebiet der technischen Harmonisierung und der Normung, abrufbar unter: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/HTML/?uri=URISERV:l21001a&from=DE>, zuletzt abgerufen am 10.6.2016 (letzte Änderung am 13.7.2011).

845 Nicklisch, NJW 1982, 2633 (2633).

846 Klindt, EuZW 2002, 133 (133).

lichen Überforderungen und Überalterung neigt und gleichwohl inhaltlich fehleranfällig bliebe⁸⁴⁷.

c) Die Ambivalenz privater Normgebung

Das gewählte Beispiel der technischen Regeln zeigt, dass die Auslagerung staatlicher Steuerung auf Private mit Vorteilen verbunden sein kann. Gerade durch die Möglichkeiten der freien Auswahl des Entstehungsverfahrens können Selbstverpflichtungen weitaus flexibler an veränderte Rahmenbedingungen angepasst werden. Sie sind geeignet, die Eigenverantwortlichkeit der Wirtschaft zu fördern, und wirken mitunter innovationsbegünstigend⁸⁴⁸. Ein erheblicher Vorteil liegt zudem in der Kosteneffizienz zugunsten des Staates und mitunter der Unternehmen selbst: So können diese die kostengünstigste Methode zur Zielerreichung wählen, wohingegen aus staatlicher Sicht insb. die Reduzierung von Verwaltungs- und Kontrollaufwand für eine private Regelung spricht⁸⁴⁹. Schließlich können diese Regeln eine erhöhte Akzeptanz unter den Unternehmen vermitteln, da die Ergebnisse aufgrund eines Konsenses erzielt wurden⁸⁵⁰, und stellen aus dieser Perspektive auch ein i. S. d. Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes milderdes Mittel ggü. staatlicher Regulierung dar.

Auf der anderen Seite wird durch einen verbindlichen Rückgriff auf private Regelungen im formellen Recht die Funktionsfähigkeit zentraler verfassungsrechtlicher Mechanismen in Frage gestellt: So ergeben sich Komplikationen zum Vorrang des Gesetzes, zur Kompetenzverteilung, zur Grundrechtsgeltung, zur demokratischen Legitimation der Rechtsetzung, aufgrund der fehlenden Formalisierung des Rechtsetzungsverfahrens und ggf. wegen möglicher Defizite beim Rechtsschutz⁸⁵¹. Schließlich können Selbstverpflichtungen auch handelsbeschränkende Wirkung ggü. Außenseitern entwickeln oder sogar beabsichtigen⁸⁵², weshalb ggf. auch eine kartellrechtliche Relevanz dieser Instrumente zu beachten ist. So wurde das sog. »Waschmittel-Kartell«, in dem sich die drei führenden Waschmittelhersteller über Preise abgesprochen und

847 Ebenda.

848 *Faber*, Gesellschaftliche Selbstregulierungssysteme, S. 226.

849 *Ebenda*, S. 226f.

850 *Schendel*, NVwZ 2001, 494 (498).

851 *Michael*, Rechtsetzende Gewalt, S. 18.

852 BT-Drucks. 14/9200, S. 175.

die Märkte zwischen 2002 und 2005 systematisch aufgeteilt hatten, ursprünglich in eine Umweltschutzkampagne zur Reduzierung des Gewichts und Verpackungsmülls eingebettet⁸⁵³.

d) Zwischenergebnis

Das Konzept der Europäischen Kommission im Bereich des Lauterkeitsrechts kann als Fortführung des Rechtsetzungsmodells gesehen werden, welches zuerst im Bereich der technischen Normierung etabliert wurde⁸⁵⁴. Es besteht jedoch Einigkeit, dass es sich in dieser Form nicht in der UGP-RL durchgesetzt hat. Zu klären bleibt, wie das Verhältnis von Verhaltenskodizes zur unternehmerischen Sorgfalt in § 3 UWG ist. Die Problematik einer Integration privater Regeln in das staatliche Recht wirft grundlegende Fragen moderner Staatlichkeit auf und derartige Konzepte sind daher einem erheblichen Rechtfertigungsdruck unterworfen. Nicht umsonst wird das Rechtsinstrument der dynamischen Verweisung, mit welcher der Gesetzgeber direkt auf ein privates Regelwerk in seiner aktuellen Fassung Bezug nimmt, ganz überwiegend als verfassungswidrig eingestuft, da der Gesetzgeber hier nicht mehr selbst und abschließend über den Gesetzesinhalt verfügen kann⁸⁵⁵. Inwieweit es rechtlich möglich ist, die Vorteile von Selbstverpflichtungen für die Auslegung staatlichen Rechts nutzbar zu machen, um den Gerichten hierdurch ggf. die Ermittlung der rechtlichen Bewertung zu erleichtern, wird nachfolgend für den Bereich des UWG untersucht.

853 Hierzu: <http://www.faz.net/aktuell/wirtschaft/unternehmen/315-millionen-euro-hohe-strafe-fuer-waschmittel-kartell-1623140.html>, zuletzt abgerufen am 10.6.2016.

854 In diese Richtung auch: *John*, Sponsoringmaßnahmen, S. 309.

855 BVerfGE 78, 32 (Rn. 23) – »Zur Zulässigkeit von Richtervorlagen«; *Schmidt-Preuß*, ZLR 1997, 249 (253). *Marburger* dagegen differenziert weiter zwischen (verfassungswidrigen) normergänzenden und (zulässigen) normkonkretisierenden dynamischen Verweisen: *Marburger*, Regeln der Technik, S. 29ff.

2. Meinungsstand und Beurteilung im Lauterkeitsrecht

a) Die Haltung der Rechtsprechung

aa) Tendenzen in der instanzgerichtlichen Judikatur

Die Rechtsprechung ist durchaus geneigt, private Regelungen zur Begründung des Unlauterkeitsurteils heranzuziehen bzw. derartige Verstöße sogar mit dem Unlauterkeitsurteil gleichzusetzen. Insb. von den Instanzgerichten wurden häufiger derartige Aussagen getätigt. So hatte das KG im Jahr 1992 festgestellt, dass der Verstoß der Beklagten gegen die Bestimmungen des deutschen Werberates als Zuwiderhandlung gegen die guten wettbewerblichen Sitten anzusehen sei und gegen § 1 UWG a. F. verstoße⁸⁵⁶. Das OLG Hamburg verneinte im Jahr 2000 einen Wettbewerbsverstoß, da eine diesbezügliche Wettbewerbsregel des Bundesverbandes der Pharmazeutischen Industrie (BPI) nicht verletzt wurde⁸⁵⁷. Das LG Hamburg stellte in einem Urteil aus dem Jahr 2002 fest, dass die Werbung in Jugendzeitschriften für die Bestellung von Klingeltönen gem. § 1 UWG a. F. wettbewerbswidrig sei, da sie gegen den von den Telefonmehrwertdiensten selbst aufgestellten Verhaltenskodex verstoße⁸⁵⁸. Nach dem LG München verstieß eine Werbemaßnahme im Jahr 2003 »gegen Nr. 5 der Verhaltensregeln des Deutschen Werberats und damit gegen § 1 UWG (a. F.)«⁸⁵⁹. Ebenso hatte das OLG Hamburg die Wettbewerbswidrigkeit einer Werbemaßnahme »unmittelbar« mit dem Verstoß gegen die »VDZ-Wettbewerbsregeln für den Vertrieb von abonnierbaren Publikumszeitschriften« gleichgesetzt, wobei das Gericht in der Begründung einschränkend klarstellte, dass sich die Unlauterkeit der Wettbewerbshandlung nicht schon automatisch aus dem Verstoß gegen den Verhaltenskodex ergebe⁸⁶⁰. Im Jahr 2008 hat auch das LG München sein Unlauterkeitsurteil direkt mit einem Verstoß gegen die Bestimmungen des FSA-Kodex der Arzneimittelindustrie begründet⁸⁶¹.

856 KG WRP 1992, 649 (651) – »Werbung mit Kindern«.

857 OLG Hamburg GRUR-RR 2001, 115 (117) – »Wettbewerbsregel Kodex BPI«.

858 LG Hamburg ZUM-RD 2003, 269 (OS d. Red.).

859 LG München NJW 2003, 3066 (3067).

860 OLG Hamburg NJOZ 2005, 4396 (4305f.) – »Schlager-Schätzchen«.

861 LG München BeckRS 2008, 07078 (II., 4. b, iii).

bb) Frühere Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs und der Beschluss des Bundesverfassungsgerichts zum anwaltlichen Standesrecht (BVerfGE 76, 171)

Der BGH ist bei der Gleichsetzung der Lauterkeitswidrigkeit mit dem Verstoß gegen private Regelwerke zumeist zurückhaltender als die Instanzgerichte. Mit der Ausnahme des eingangs geschilderten Urteils zum »Mild-Abkommen«⁸⁶² und einem weiter zurückliegenden Fall⁸⁶³ nahm der Gerichtshof keinen direkten zwingenden Zusammenhang zwischen der privaten Regel und einem Lauterkeitsverstoß an. Dennoch hat der BGH diese gleichwohl als bestätigendes Element zur Begründung der Unlauterkeit herangezogen. In zwei Verfahren aus dem Jahr 1976 wurden so gemeinsame Erklärungen der Spitzenorganisation der Branchen als Begründung genommen, um das zuvor gefallte Urteil der Unlauterkeit zu festigen⁸⁶⁴.

Im Jahr 1987 hatte schließlich das BVerfG über die Möglichkeit der Ausfüllung der Generalklausel des § 43 BRAO unter Zuhilfenahme der Richtlinien des anwaltlichen Standesrechts zu entscheiden. In prägnanter Weise erklärte das Gericht in seinem Beschluss: »Es wird nicht daran festgehalten, dass die Richtlinien des anwaltlichen Standesrechts als Hilfsmittel zur Auslegung und Konkretisierung der Generalklausel über die anwaltlichen Berufspflichten (§ 43 BRAO) herangezogen werden können.«⁸⁶⁵ Um diese deutliche Abkehr von der bisherigen Praxis zu verstehen und die Reichweite der Entscheidung beurteilen zu können, bedarf es einer eingehenderen Erläuterung des Beschlusses.

Zunächst verdeutlichte das BVerfG, dass es naheliegt, wenn sich die Gerichte bei der Auslegung der Generalklausel des § 43 BRAO an den Vorgaben des Standesrechts orientieren und diese Praxis bisher von der verfassungsgerichtlichen Judikatur auch in dieser Form ausdrücklich gebilligt wurde⁸⁶⁶.

862 BGH GRUR 1993, 756 – »Mild-Abkommen«, siehe hierzu: 5. Kapitel, I., 1., a).

863 BGH GRUR 1957, 387 (Ls. 2) – »Clemens Laar«. Hier hatte der Gerichtshof aber durchaus schon eine Einschränkung vorgenommen, indem er feststellte, dass »Vereinbarungen, die von den Berufsorganisationen der Vertragsparteien als standeswidrig angesehen werden, nach dem Anstandsgefühl aller billig und gerecht denkenden i. d. R. auch gegen die guten Sitten verstößen« (Ls. 2).

864 BGH GRUR 1977, 619 (621) – »Eintrittsgeld«; BGH GRUR 1977, 257 (259) – »Schaufensteraktion«.

865 BVerfG NJW 1988, 191 (Ls. 1) = BVerfGE 76, 171.

866 BVerfG NJW 1988, 191 (192).

So wurden die Richtlinien in der Vergangenheit von der Rechtsprechung, gestützt durch das BVerfG, nicht als Satzungs- oder Gewohnheitsrecht eingestuft, sondern als »wesentliche Erkenntnisquelle dafür, was im Einzelfall nach der Auffassung angesehener und erfahrener Standesgenossen der Meinung aller anständig und gerecht denkenden Anwälte und der Würde des Standes entspricht«⁸⁶⁷. Den Grund für die Abkehr von dieser Praxis sah das Verfassungsgericht in der konkreten Ausgestaltung der Richtlinien. So kritisierten die Richter vor allem, dass das bisherige Standesrecht aufgrund seiner Immobilität ungeeignet sei, sich »entsprechend den veränderten politischen, wirtschaftlichen und sozialen Bedingungen rechtsgestaltend fortzuentwickeln und beispielsweise im Rahmen der europäischen Integration an abweichende Vorstellungen anzugeleichen«⁸⁶⁸. Für die verfassungsrechtliche Beurteilung in einem demokratischen Gemeinwesen seien insb. diese Nachteile bedeutsam, so dass die bisherige Rechtspraxis, welche die Standeslinien trotz fehlender Normqualität praktisch wie Rechtsnormen behandelt hat, nicht fortgeführt werden könne⁸⁶⁹. Schließlich plädierte das Gericht noch für eine Neuordnung der anwaltlichen Standesnormen in Gestalt einer satzungsrechtlichen Festlegung der Berufsordnung und beschränkte die rechtserhebliche Bedeutung der bisherigen Richtlinien auf eine notwendige Übergangsfrist⁸⁷⁰.

Aus den Entscheidungsgründen ergibt sich deutlich, dass das Bundesverfassungsgericht an dem bisherigen Auslegungskorrektiv der Richtlinien des anwaltlichen Standesrechts deshalb nicht festhält, weil diese nicht mehr zwingend geeignet seien, den derzeitigen Konsens innerhalb der Rechtsanwaltung widerzuspiegeln. Die Entscheidung ist demnach auf den speziellen Fall des Standesrechts bezogen und trifft darüber hinaus keine allgemeingültigen Aussagen zum Verhältnis von Generalklausel zu privaten Regeln in anderen Bereichen. Dennoch kann aus der Entscheidung eine gewisse restriktive Tendenz dahingehend herausgelesen werden, dass bei etwaigen Rechtswirkungen im formellen Recht auf das Zustandekommen der privaten Regelungen ein erhöhtes Augenmerk zu legen ist.

867 So in BVerfG NJW 1972, 232 (233) = BVerfGE 36, 212; BVerfG NJW 1982, 2487 (2487); BVerfG NJW 1981, 2239 (2239).

868 BVerfG NJW 1988, 191 (192).

869 Ebenda.

870 Ebenda, S. 192f.

cc) Die Rechtsprechung (vornehmlich) des BGH seit BVerfGE 76, 171

Seit der Entscheidung des Verfassungsgerichtes hat sich vor allem der BGH darum bemüht, klare einschränkende Aussagen in Bezug auf die Auslegungsfähigkeit von privaten Regelungen auf die wettbewerbsrechtliche Generalklausel zu tätigen. Dennoch schließt er sich nicht der vom BVerfG im speziellen Fall vertretenen Bedeutungslosigkeit anwaltlicher Standesregeln an, was zugleich auch als Absage an eine allgemeine Bedeutung der Entscheidung verstanden werden kann. Erste genauere Ausführungen tätigte der Bundesgerichtshof 1989 im Rahmen eines Verfahrens über die Wirkungen der als »Berufsordnung« bezeichneten Vereinssatzung von Heilpraktikerverbänden⁸⁷¹. Im Gegensatz zum Berufungsgericht wollte der BGH einen Wettbewerbsverstoß auch aufgrund der Tangierung der Berufsausübungsfreiheit des Art. 12 I GG nicht direkt dieser Standesauffassung der Heilpraktiker entnehmen. Für die Beurteilung der Sittenwidrigkeit nach § 1 UWG a. F. »kann einer übereinstimmenden Auffassung innerhalb der beteiligten Berufskreise (als ›Standesauffassung‹) eine gewisse indizielle Bedeutung zukommen, sofern sie in einer Weise festgestellt ist, die den im Hinblick auf die Verfassungsrechtslage hohen Anforderungen genügt, und sofern sie mit den allgemeinen sittlichen Wertungen dermaßen in Einklang steht, dass ein Verstoß unmittelbar als sittenwidriges Handeln im Sinne des § 1 UWG beurteilt werden kann«⁸⁷². Der Bundesgerichtshof bemüht sich hier augenscheinlich, die Lauterkeitsrechtliche Beurteilung zunächst losgelöst von der tatsächlichen Auffassung der Verkehrs- kreise anhand allgemeiner sittlicher Wertungen festzustellen und gleichzeitig den privaten Regelungen eine gewisse Auslegungskorrektiv zuzugestehen, das jedoch verfassungsrechtlichen Anforderungen genügen muss. Wann diese jedoch konkret zu einer Auslegungshilfe geeignet sind, bleibt gleichwohl unbeantwortet.

In der Folge verfestigte sich die Rechtsprechung des BGH dahingehend, den Wertungen von privaten Regelungen eine Indizwirkung zuzugestehen, deren Auslegungskorrektiv jedoch ausdrücklich als unverbindlich anzusehen

871 BGH NJW-RR 1989, 1385 – »Werbeverbot für Heilpraktiker«.

872 BGH NJW-RR 1989, 1385 (1386) – »Werbeverbot für Heilpraktiker«.

ist⁸⁷³. Diesem Verständnis haben sich die Instanzgerichte inzwischen überwiegend angeschlossen⁸⁷⁴. Zudem werden in den nachfolgenden Entscheidungen weitere Gesichtspunkte der Bewertung genannt. So stellt der BGH u. a. fest, dass eine zwingende Bindung an eine private Regelung auch nicht aus § 1 UWG a. F. folgt, da »die Gleichsetzung einer von Verbänden aufgestellten Wettbewerbsrichtlinie mit dem, was nach § 1 UWG als unlauter anzusehen ist, diese an die Stelle des Gesetzes treten lassen würde«⁸⁷⁵. In der Entscheidung »Probeabonnement« präzisierte der BGH schließlich diese Bedenken, indem er den zuvor schon in der Literatur verwendeten Satz anfügte, dass »der Wettbewerb in bedenklicher Weise beschränkt würde, wenn das Übliche zur Norm erhoben würde«, weswegen private Regeln »allenfalls eine individuelle Bedeutung für die Unlauterkeit haben«⁸⁷⁶. Zudem sollte auch den von der Kartellbehörde anerkannten Wettbewerbsregeln keine Rechtsnormqualität zukommen⁸⁷⁷.

b) Meinungsstand in der Literatur und Stellungnahme

Mitunter auch begünstigt durch die z. T. fehlende klare Linie insb. der instanzgerichtlichen Rechtsprechung gibt es in der Literatur verschiedene Positionen zu dieser Frage. Nachfolgend wird der Versuch unternommen, diese Ansichten in Kategorien einzuteilen und zu den jeweiligen Argumenten Stellung zu nehmen, bevor abschließend eine generelle Bewertung des Streitstandes angefügt wird.

873 So die Entscheidungen des BGH in chronologischer Reihenfolge: BGH NJW-RR 1989, 1385 (1386) – »Werbeverbot für Heilpraktiker; BGH GRUR 1991, 462 (463) – »Wettbewerbsrichtlinie der Privatwirtschaft«; BGH NJW 1994, 730 (730) – »Warnhinweis«; BGH NJW 1999, 2444 (2444) – »Steuerberaterwerbung auf Fachmessen«; BGH GRUR 2002, 548 (550) – »Mietwagenkostenersatz«; BGH WRP 2006, 1113 (1115) – »Probeabonnement«; BGH GRUR 2006, 953 (954) – »Warnhinweis II«; BGH GRUR 2011, 431 (432) – »FSA-Kodex«.

874 In chronologischer Reihenfolge: OLG Stuttgart NJOZ 2001, 1337 (1340); OLG Hamburg WRP 2003, 1003 (1007) – »Klingeltonwerbung in Jugendzeitschriften«; OLG München PharmR 2010, 65 (71); OLG München WRP 2012, 347 (349) – »Arzt-Seminar«.

875 BGH GRUR 1991, 462 (463) – »Wettbewerbsrichtlinie der Privatwirtschaft«.

876 BGH WRP 2006, 1113 (1115 m. w. N.) – »Probeabonnement«; ebenso: BGH GRUR 2011, 431 (432) – »FSA-Kodex«.

877 BGH WRP 2006, 1113 (1115) – »Probeabonnement«.

aa) Kodexverstoß als Rechtsbruch i. S. d. § 3a UWG?

Einen Verstoß gegen einen Verhaltenskodex als Rechtsbruch i. S. d. § 3a UWG (vormals § 4 Nr. 11 UWG 2008) zu definieren, erscheint nach oben Gesagtem zunächst abwegig. So stellt ein Verhaltenskodex von seinem Ursprung her eine private Regel dar, der gerade keine Gesetzesqualität zukommen sollte. Von daher erscheint es verwunderlich, wenn vereinzelt ein Kodexverstoß in bestimmten Fällen unter den Tatbestand des Rechtsbruchs gem. § 3a UWG subsumiert werden soll⁸⁷⁸. Anknüpfungspunkt dieser Auslegung ist der Begriff der »gesetzlichen Vorschrift« in § 3a UWG, der i. S. d. Art. 2 EGBGB auf alle Rechtsnormen verweist, die in Deutschland Geltung besitzen. Hierunter fallen aber nicht nur formelle Bundes- oder Landesgesetze, sondern auch Rechtsverordnungen⁸⁷⁹, autonome Satzungen von Gemeinden⁸⁸⁰ und Kammern⁸⁸¹ und sogar Gewohnheitsrecht⁸⁸². Es ist daher nicht ausgeschlossen, dass ein Verstoß gegen einen Verhaltenskodex auch mittelbar zu einer Rechtsverletzung führen kann. Dies etwa dann, wenn die streitgegenständliche Regelung in dem Kodex inzwischen zu Gewohnheitsrecht geworden ist. Hier ist jedoch nicht der Kodex selbst das den Rechtsverstoß begründende Element, sondern der Verstoß gegen Gewohnheitsrecht. Entgegen Kocher⁸⁸³ kann die Verletzung internationaler Konventionen (wie bspw. Normen der ILO oder OECD) in

-
- 878 So etwa: Kocher, die den Tatbestand als erfüllt ansieht, wenn der Kodexverstoß zugleich internationalen Standards widerspricht: Kocher, GRUR 2005, 647 (648f.). Fezer möchte ebenfalls den Tatbestand des Rechtsbruchs nicht vollständig ausschließen, wobei er eindeutig klarstellt, dass den Marktverhaltensregeln keine Rechtsnormqualität zukommt (vgl. Fezer/Fezer, Lauterkeitsrecht, Band 1, § 3 Rn. 191). In diese Richtung geht auch Podszun, der für eine Öffnung des Rechtsnormbegriffes plädiert: Podszun, Corporate Social Responsibility, S. 55ff.
- 879 BGH GRUR 2007, 162 (Rn. 11) – »Mengenausgleich in Selbstentsorgergemeinschaft«; BGH GRUR 1985, 447 (448) – »Provisionsweitergabe durch Landesversicherungsmakler«; Köhler/Bornkamm/Köhler, UWG, § 4 Rn. 11.24; Harte/Henning/v. Jagow, UWG, § 4 Nr. 11 Rn. 14; Ohly/Sosnitza/Ohly, UWG, § 4 Rn. 11/12.
- 880 BGH GRUR 2005, 960 (961) – »Friedhofsruhe«; Köhler/Bornkamm/Köhler, UWG, § 4 Rn. 11.24.
- 881 BGH GRUR 2005, 520 (521) – »Optimale Interessenvertretung«; Köhler/Bornkamm/Köhler, UWG, § 4 Rn. 11.24; Harte/Henning/v. Jagow, UWG, § 4 Nr. 11 Rn. 15; Ohly/Sosnitza/Ohly, UWG, § 4 Rn. 11/12.
- 882 Ullmann/Link, jurisPK-UWG, § 4 Nr. 11 Rn. 67; Köhler/Bornkamm/Köhler, UWG, § 4 Rn. 11.24; Ohly/Sosnitza/Ohly, UWG, § 4 Rn. 11/12; Harte/Henning/v. Jagow, UWG, § 4 Nr. 11 Rn. 15; Fezer/Götting, Lauterkeitsrecht, Band 1, § 4 Nr. 11 Rn. 41.
- 883 Kocher, GRUR 2005, 647 (648f.).

einem Verhaltenskodex jedoch nicht als Rechtsbruch subsumiert werden, da diese Standards keine i. S. d. Art. 2 EGBGB in Deutschland geltenden Rechtsnormen darstellen. Auch eine Anerkennung durch die Kartellbehörde kann einer Wettbewerbsregel nicht den Status einer Rechtsnorm nach Art. 2 EGBGB verleihen, da diese lediglich eine Selbstbindung der Kartellbehörde bewirkt⁸⁸⁴. Ein Kodexverstoß selbst kann daher keinen Rechtsverstoß i. S. d. § 3a UWG begründen.

bb) Regelungen des Verhaltenskodex als Konkretisierung der unternehmerischen Sorgfalt bzw. Unlauterkeit i. S. d. § 3 UWG?

Die vornehmlich zu § 1 UWG a. F. vertretene Ansicht, dass Verhaltenskodizes eine Konkretisierung der Anforderungen an die Kriterien der guten Sitten und damit der Unlauterkeit darstellen, resultiert auch aus der früher teilweise praktizierten Tendenz, diese Sitten empirisch festzustellen⁸⁸⁵. Hierfür konnte das in der Branche Übliche der entscheidende Auslegungsmaßstab sein, welcher durch die privaten Regeln festgelegt wurde. So argumentierte *Huff* etwa, dass, sofern der Wirtschaft an der Durchsetzung bestimmter Regelungen gelegen sei, sie diese Ansätze auch in die rechtlichen Wertungen einfließen lassen möchte, um hierdurch mit weiteren (gerichtlichen) Mitteln ihre Durchsetzung zu sichern⁸⁸⁶. *Lehmann* plädierte bspw. dafür, Verhaltensregeln der Werbeselbstkontrolle (insb. diejenigen des deutschen Werberates) zur Ausfüllung der Generalklausel des § 1 UWG a. F. und damit zur gerichtlichen Bewertung von Werbebotschaften heranzuziehen⁸⁸⁷. *Hefermehl* sprach sich zwar gegen eine bindende Wirkung bestimmter privater Regelungen auf die Generalklausel des § 1 UWG a. F. aus, hielt es jedoch für zwingend, dass sich der Richter dieser Er-

884 BGH WRP 2006, 1113 (1115) – »Probeabonnement«; Köhler/Bornkamm/*Köhler*, UWG, § 4 Rn. 11.30; Ohly/Sosnitza/*Ohly*, UWG, § 4 Rn. 11/13; Harte/Henning/*v. Jagow*, UWG, § 4 Nr. 11 Rn. 19.

885 So stellte etwa der BGH in einem Verfahren fest, dass »die Frage der Sittenwidrigkeit der hier strittigen Wettbewerbsmaßnahme in erster Linie von der unter den Kraftfahrzeughändlern herrschenden Verkehrsauflassung abhängt«, vgl. BGH GRUR 1960, 558 (560) – »Eintritt in Kundenbestellung«.

886 *Huff*, EWiR 1992, 701 (702).

887 *Lehmann*, Werbeselbstkontrolle, S. 202; in diese Richtung auch: *Kisseler*, FS Piper, S. 293, 299.

kenntnisquelle bei der Auslegung der Norm bediene⁸⁸⁸. Nach *Mees* schließlich gäbe die Eintragung durch die Kartellbehörde den Wettbewerbsregeln eine besondere Autorität, so dass ein Abweichen an sich schon als eine beachtliche Normverletzung zu werten sei⁸⁸⁹.

Diesen Auffassungen ist insoweit zuzustimmen, als in praktischer Hinsicht das Branchenübliche auch häufig der Norm entspricht und Verhaltensweisen, die über einen längeren Zeitraum von einer Branche praktiziert werden, möglicherweise geeignet sind, auch in rechtlicher Hinsicht verbindlich zu wirken, womit das Branchenübliche auch zur Norm werden kann⁸⁹⁰. Zudem würde bei einem seit längerer Zeit unbeanstandet gebliebenen Marktverhalten aller Marktteilnehmer der Begründungsaufwand für ein Unlauterkeitsverdikt steigen⁸⁹¹.

Dennoch lassen die verfassungsrechtlichen Rahmenbedingungen eine zwingende Auslegung der Generalklausel nicht zu. So erfordert das Demokratieprinzip, dass ein solcher generell-abstrakter Geltungsanspruch allein den Normen des demokratisch legitimierten Gesetzgebers vorbehalten bleibt⁸⁹². In diese Richtung weist auch das Rechtsstaatsprinzip, wonach die Herrschaft des staatlichen Rechts garantiert ist und nicht in die Hände Dritter delegiert werden kann⁸⁹³. Aus Art. 92 GG ergibt sich schließlich, dass die Tätigkeit der Rechtsprechung allein den Richtern anvertraut wurde und es somit auch allein Aufgabe der Gerichte ist, Rechtssachen mit verbindlicher Wirkung zu entscheiden⁸⁹⁴. Der Judikative muss damit in jedem Fall das Letztentscheidungsmonopol für die Auslegung der Generalklausel verbleiben. Eine verbindliche Auslegung des § 3 UWG würde die private Regelung an die Stelle des Gesetzes

888 Baumbach/Hefermehl/*Hefermehl*, Wettbewerbsrecht, Einl. Rn. 132.

889 *Mees*, WRP 1985, 373 (375).

890 Anerkannt als bindende, nicht gesetzliche Regeln sind heute bspw. Handelsbräuche i. S. d. § 346 HGB, denen sowohl eine Auslegungsfunktion für den Inhalt vertraglicher Erklärungen unter Kaufleuten zukommen kann als auch normative Wirkung hinsichtlich der an Handlungen und Unterlassungen zu knüpfenden Rechtsfolgen (MüKo/HGB/Schmidt, Band 5, § 346 Rn. 2). Vergleichbar einem Katalog stellen die Jahresberichte der Industrie- und Handelskammern regelmäßig Berichte über ermittelte Handelsbräuche dar.

891 Teplitzky/Pfeifer/Leistner/Peukert, Großkommentar UWG, Band 1, § 3 Rn. 279.

892 Schmidt-Preuß, ZLR 1997, 249 (252).

893 Maunz/Dürig/Grzeszick, Grundgesetz, Art. 20 Rn. 75ff.; Schmidt-Preuß, ebenda.

894 Maunz/Dürig/Grzeszick, Grundgesetz, Art. 20 Rn. 105.

treten lassen und ist folglich – vergleichbar einer dynamischen Verweisung im Gesetz⁸⁹⁵ – als Verstoß gegen Art. 20 II, III GG zu werten.

cc) Keine tatsächlichen oder normativen Wirkungen auf das Lauterkeitsrecht?

Aus diesen Gründen wird mitunter auch jegliche tatsächliche und normative Wirkung auf die Auslegung der Generalklausel des Lauterkeitsrechts abgelehnt. Eine eigenständige lauterkeitsrechtliche Beachtlichkeit liefe im Kern darauf hinaus, den Regelungen eine Art Allgemeinverbindlichkeitserklärung auch ggü. Dritten zu verschaffen, was letztlich auf eine »mit marktwirtschaftlicher Wettbewerbsfreiheit unvereinbare Selbstorganisation der Märkte durch die Angebotsseite der Wirtschaft nach ständestaatlichem Muster« hinausliefe⁸⁹⁶.

Die Gefahr einer vollständigen Selbstorganisation der Märkte kann nur in den Fällen als reale Gefahr bezeichnet werden, in denen unreflektiert private Regelungen zur Rechtsauslegung herangezogen werden. Dies ist aber ohnehin verfassungsrechtlich nicht möglich. Es ist jedoch zu hinterfragen, ob mit dem Wettbewerbskonzept des UWG ein vollständiges und unreflektiertes Außerachtlassen privater Regelungen überhaupt vereinbar ist. Auch wenn Einigkeit dahingehend besteht, dass eine allgemeingültige Definition von Wettbewerb nicht gelingen kann⁸⁹⁷ handelt es sich bei dem zu schützenden Konzept des Wettbewerbs praktisch um eine Beschreibung der Realität⁸⁹⁸. So stellt auch die Definition der unternehmerischen Sorgfalt des § 3 II UWG u. a. auf die geltenden »Marktgepflogenheiten« ab (§ 2 I Nr. 7 UWG). Diesbezüglich können private Regeln unter gewissen Umständen einen Ausfluss und eine Beschreibung dieser tatsächlichen Verhaltensweisen im Wettbewerb darstellen. Eine vollständige Missachtung privater Regeln zur Bestimmung üblicher Verhaltensweisen wird dem zu schützenden Konzept des Wettbewerbs ebenso wenig gerecht wie eine verbindliche Auslegung, die das »Übliche« zwingend zur Norm macht. Dies entspricht auch dem Grundsatz im bürgerlichen Recht, wonach das faktisch Gelebte und durch private Regelungen konkretisierte

895 Vgl. hierzu auch: *Bachmann*, Private Ordnung, S. 66.

896 Harte/Henning/Schünemann, UWG, 2. Auflage, § 3 Rn. 174 (dagegen wird in der aktuellen Auflage für eine Indizwirkung privater Regeln plädiert: Harte/Henning/Podszun, UWG, § 3 Rn. 102); in diese Richtung auch: *Beater*, Unlauterer Wettbewerb, Rn. 1048; *Birk*, GRUR 2011, 196 (203); *Glöckner*, WRP 2004, 936 (944); *Beater*, ZeuP 2003, 11 (50).

897 Loschelder/Erdmann/v. *Ungern-Sternberg*, Wettbewerbsrecht, § 27 Rn. 7.

898 Ohly/Sosnitza/*Ohly*, UWG, A. Rn. 18.

Verhalten nicht völlig irrelevant sein kann, wenn eine Abstellung auf die Verkehrserwartungen (insb. bei der Bestimmung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt) angezeigt ist⁸⁹⁹.

Kritisiert wird weiterhin, dass es sich bei verbandsmäßig festgelegter Selbstregulierung nur um mehr oder weniger offene Versuche gezielter Einflussnahme auf die Lauterkeitsrechtliche Rechtsprechung handele⁹⁰⁰. Zum einen wäre hierfür aber Voraussetzung, dass ein Richter eine private Norm entgegen seiner Überzeugung zum Maßstab seiner Rechtsauffassung machen müsste. Zum anderen können bestimmte Kriterien, unter denen eine Heranziehung einer privaten Norm als vorzugswürdig zu werten ist, das Risiko eines einseitigen Missbrauchs durch die Wirtschaft weitgehend ausschließen⁹⁰¹. Ferner ist auch fraglich, ob eine Einflussnahme auf die Lauterkeitsrechtliche Rechtsprechung – ob gezielt oder ungezielt – zwangsläufig als Negativum angesehen werden muss. Ein prägendes Element der untersuchten Selbstverpflichtungen liegt in der Festlegung eines letztlich Aspekten des Gemeinwohls dienenden erhöhten Maßstabs an Verhaltensregeln im Verhältnis zum geltenden Rechtsrahmen. Eine zu missbilligende Einflussnahme auf die Rechtsauslegung ist daher als unwahrscheinlich zu erachten, da sie aufgrund der konkreten Ausgestaltung der Selbstverpflichtungen nicht zu einem Weniger an Sorgfaltsanforderungen, sondern tendenziell zu einer Erhöhung des als verbindlich geltenden Lauterkeitsmaßstabs führen würde.

dd) Indizwirkung zur Bestimmung unlauteren Handelns bzw. der unternehmerischen Sorgfalt?

In Anlehnung an die Rechtsprechung wird auch überwiegend keine vollständige Bedeutungslosigkeit von Verhaltenskodizes angenommen, sondern eine Indizwirkung auf die Auslegung des Maßstabs der unternehmerischen⁹⁰² Sorgfalt

899 MüKo/BGB/Grundmann, Band 2, § 276 Rn. 60, 64 (m. w. N.).

900 So jedenfalls: MüKo/UWG/Sosnitza, Band 1, § 3 Rn. 63; Sosnitza, Wettbewerbsbeschränkungen, S. 234.

901 Vgl. hierzu: 5. Kapitel, I, 3.

902 Der Begriff der »unternehmerischen« Sorgfalt in § 3 II und § 2 I Nr. 7 UWG wurde mit der Reform des UWG im Jahr 2015 eingeführt, ohne eine sachliche Änderung zu bewirken. Zuvor wurde dieser Sorgfaltstmaßstab als »fachliche« Sorgfalt bezeichnet.

in § 3 UWG vertreten⁹⁰³. Anknüpfungspunkt ist der Begriff der »Marktgepflogenheiten« im Rahmen der unternehmerischen Sorgfalt des § 2 I Nr. 7 UWG, welcher durch Übungen, Verkehrssitten, Handelsbräuche, Traditionen, Usancen, Verbandsrichtlinien, Standessitten sowie eben Wettbewerbsregeln und Verhaltenskodizes ggf. ausgefüllt werden kann⁹⁰⁴. Bei geschäftlichen Handlungen, die in einer »Grauzone« stattfinden, bei denen also nicht ausreichend geklärt ist, ob sie noch dem lauteren oder unlauteren Bereich zuzurechnen sind, können Verhaltenskodizes zur Klärung beitragen⁹⁰⁵. Dennoch kann die Üblichkeit in einer Branche keine (alleinige) Rechtfertigung für die Annahme von Unlauterkeit sein, da die branchenbezogene Betrachtung durch das Element der Verkehrsauffassung nur ein Bestandteil des Unlauterkeitsurteils darstellt⁹⁰⁶.

ee) Weitere Konzepte

Neben der Annahme einer Indizwirkung zur Normkonkretisierung werden vereinzelt noch weitere Auffassungen zum Verhältnis der Selbstregulierung zur Generalklausel des Lauterkeitsrechts vertreten. So schließt *Alexander* zwar eine Indizwirkung bei Verhaltenskodizes aus, sieht in ihnen jedoch zugleich einen »tatsächlichen Anhaltspunkt, um die beruflichen Sorgfaltsanforde-

903 So die h. M.: Köhler/Bornkamm/Köhler, UWG, § 3 Rn. 46, 65a; Köhler/Bornkamm/Köhler, UWG, 34. Auflage, § 3 Rn. 2.31; Teplitzky/Pfeifer/Leistner/Fritzsche, Großkommentar UWG, Band 1, § 2 Rn. 689; Harte/Henning/Podszun, UWG, § 3 Rn. 102; Harte/Henning/Henning-Bodewig, UWG, § 1 Rn. 87; MüKo/UWG/Sosnitza, Band 1, § 3 Rn. 62; MüKo/UWG/Bähr, Band 1, § 2 Rn. 292; Götting/Nordemann/Wirtz, UWG, § 3 Rn. 116; Fezer/Fezer, Lauterkeitsrecht, Band 1, Einl E Rn. 295, § 3 Rn. 195; Fezer/Götting, Lauterkeitsrecht, Band 1, §§ 4–11 Rn. 54; Loschelder/Erdmann/Erdmann, Wettbewerbsrecht, § 37 Rn. 8; Jonker/Stark/Tewes, Corporate Social Responsibility, S. 614; Himmels, Behavioural Targeting, S. 192; Herberg, Globalisierung und private Selbstregulierung, S. 105; Glinski, Die rechtliche Bedeutung der privaten Regulierung, S. 288; Zimmer, Soziale Mindeststandards, S. 267; Ohly/Liebenau, Corporate Social Responsibility, S. 206; Schmidhuber, WRP 2010, 593 (596); Sack, WRP 2001, 595 (614); Niederleithinger, ZLR 1997, 329 (341); Bundeskartellamt, Tätigkeitsbericht 1976, S. 34 (abrufbar unter: http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Tätigkeitsberichte/Bundeskartellamt%20-%20T%C3%A4gigkeitsbericht%201976.pdf?__blob=publicationFile&v=2, zuletzt abgerufen am 10.6.2016).

904 Köhler/Bornkamm/Köhler, UWG, § 3 Rn. 45.

905 Sack, WRP 2001, 595 (614).

906 Harte/Henning/Henning-Bodewig, UWG, § 1 Rn. 87.

rungen zu ermitteln«⁹⁰⁷. *Peukert* vertritt die Ansicht, dass derartige Kodizes einen erhöhten Begründungsaufwand für ein abweichendes Unlauterkeitsurteil nach sich ziehen, wobei dieses Verdikt auf die Sachverhaltserfassung beschränkt bleiben muss⁹⁰⁸. *Dohrn* beschränkt die Wirkung auf eine reine »Orientierungshilfe«⁹⁰⁹. *Schmidt-Preuß* schließlich sieht in privaten Regeln »selbstregulative Auslegungsofferten«, die zwar keine gesetzlichen, aber tatsächliche Vermutungswirkungen entfalten, da die Verkehrsauffassung unter Berücksichtigung dessen zu ermitteln ist, was die relevanten Kreise in ihren Gremien mehrheitlich selbst dazu erklären⁹¹⁰. Diese Auslegungsofferte zeichne gerade aus, dass der Richter in eigener Verantwortung weiterhin darüber entscheiden kann, ob er sich die Aussage privater Normgebung zu eigen machen will oder nicht⁹¹¹.

c) Abschließende Beurteilung

Im Gegensatz zum Bereich technischer Normierung, deren Standards weitgehend präzise formuliert werden können, zeichnet sich das Lauterkeitsrecht dadurch aus, dass neben eindeutig als unlauter klassifizierten Praktiken auch eine gewisse Grauzone existiert, in der die Bewertung letztlich von der Rechtsprechung im Einzelfall vorgenommen werden muss. Auch wenn sich die Europäische Kommission mit der Übertragung des Konzeptes des »New Approach« auf das Lauterkeitsrecht schließlich nicht durchsetzen konnte, bietet die Bestimmung der Generalklausel den Ansatzpunkt, um Akten privater Selbstregulierung rechtliche Relevanz verschaffen zu können. Angesichts der verschiedenen Vor- und Nachteile einer Einbeziehung von privaten Normen in den Rahmen des Rechts verbietet sich eine pauschale Aussage in Form einer Zustimmung oder Ablehnung⁹¹². So kann aus verfassungsrechtlichen Gründen weder eine Gleichsetzung des Inhalts privater Regeln mit dem Unlauterkeitsverdikt angenommen werden noch wird die vollständige Ablehnung

907 *Alexander*, GRUR Int 2012, 965 (972).

908 *Teplitzky/Pfeifer/Leistner/Peukert*, Großkommentar UWG, Band 1, § 3 Rn. 284.

909 *Dohrn*, Die Generalklausel, S. 166.

910 *Schmidt-Preuß*, ZLR 1997, 249 (255).

911 Ebenda.

912 In die Richtung auch: *Michael*, Rechtsetzende Gewalt, S. 665; *Bachmann*, Private Ordnung, S. 336.

jeglicher Rechtswirkungen ihrer faktischen Relevanz gerecht und widerspricht auch dem Konzept des zu schützenden Wettbewerbs, welcher letztlich eine Beschreibung der Realität darstellt. Hier ist insb. der europäische Rahmen zu berücksichtigen, wonach Akten der Selbstregulierung in Staaten wie Großbritannien oder in skandinavischen Ländern ein deutlich erhöhtes Maß an gesellschaftlichen Auswirkungen zukommt als in Deutschland. Eine stärkere Berücksichtigung von Verhaltenskodizes im Lauterkeitsrecht würde dieses Instrument generell aufwerten und könnte auch eine Brücke zu dem Rechtsverständnis dieser Staaten schlagen⁹¹³.

Eine Konkretisierung der Anforderungen von Generalklauseln durch die Gerichte hat allgemeine Wirkung, so dass auch Dritte dem in einer Branche herrschenden und anerkennenswerten Sorgfaltsmaßstab unterliegen⁹¹⁴. Die Kommission sieht hierin ein wirksames Mittel, auf die Problematik von »Tritt-brettfahrern« zu reagieren, welche sich die Bindung der Branche an bestimmte Verhaltensanforderungen zunutze machen, um sich durch ihre eigene Nicht-unterwerfung Wettbewerbsvorteile zu verschaffen⁹¹⁵.

Aufgrund dieser weitreichenden Wirkungen muss jedoch das Verhältnis von Verhaltenskodizes zur Generalklausel des § 3 I, II UWG in verfassungsrechtlich tragbarer Weise festgelegt sein. Hier hilft weder die Formulierung von Erwägungsgrund 20 der UGP-RL weiter, wonach es »zweckmäßig« ist, in Verhaltenskodizes die Sorgfaltsanforderungen in der Branche zu erkennen, noch ist den Gerichten mit der pauschalen Festlegung einer »Indizwirkung« geholfen, da deren Bedeutungsgehalt weiterhin unklar bleibt. So unterscheiden sich die Ansichten schon in der Festlegung des Ausmaßes einer Indizwirkung: Einige plädieren dafür, private Regeln als »wichtiges Indiz«⁹¹⁶ zur Auslegung zu verstehen, andere halten nur eine »allenfalls indizielle Bedeutung«⁹¹⁷ oder eine »schwache Indizwirkung«⁹¹⁸ für vertretbar. Gemeinsam ist den jeweiligen Formulierungen jedenfalls die Unklarheit hinsichtlich der Reichweite der Bindungswirkung im Rahmen der Interpretation durch die Gerichte. So drängt

913 In diese Richtung auch: *Wiebe*, WRP 2002, 282 (291).

914 *Buck-Heeb/Diekmann*, Selbstregulierung, S. 276; *Bachmann*, Private Ordnung, S. 334; dagegen: *John*, der nur eine Wirkung ggü. den durch einen Kodex gebundenen Parteien annimmt: *John*, Sponsoringmaßnahmen, S. 306.

915 KOM(2001), 531 endg, S. 17.

916 *Fezer/Fezer*, Lauterkeitsrecht, Band 1, Einl. E Rn. 295, § 3 Rn. 195.

917 *Köhler/Bornkamm/Köhler*, UWG, § 3 Rn. 65a.

918 *Ohly/Liebenau*, Corporate Social Responsibility, S. 206.

sich neben dem unklaren Ausmaß der Indizwirkung auch die Frage auf, ob diese Wirkung prozessrechtlicher Natur sein soll, also die Lauterkeitsrechtliche Beurteilung des Verhaltens tragen kann, oder die Wirkung nur materiell-rechtlicher Natur ist, wonach sich die richterliche Erkenntnisquelle auf das Bestehen einer bestimmten Branchenübung beschränkt und damit keine Aussage über die rechtliche Zulässigkeit des Verhaltens treffen kann⁹¹⁹. Schließlich bleibt auch dahingestellt, wann eine Indizwirkung umgekehrt nicht besteht bzw. eine bestehende Indizwirkung nicht beachtet oder sogar widerlegt werden muss⁹²⁰.

Die Frage nach der konkreten Ausformulierung der Rechtswirkungen im Sinne einer mehr oder weniger starken Indizwirkung, eines erhöhten Begründungsaufwandes, einer Orientierungshilfe bzw. Ansatzpunktes oder einer Auslegungsofferte trifft daher weniger den Kern der Problematik als die pauschale Frage, wann die Legislative eine Auslegung der Generalklausel anhand privater Regeln im konkreten Fall als vorzugswürdig erachten kann und darf. Der Bestimmung von Kriterien, nach denen ein Verhaltenskodex als zulässige Konkretisierung der unternehmerischen Sorgfalt verstanden werden kann, widmet sich der folgende Teil.

3. Legitimitätskriterien von Verhaltenskodizes im Tatbestand des § 3 UWG

a) Normkonkretisierung und die Legitimität privater Regeln

aa) Richterliche Gesetzesauslegung und private Regeln

Richterliche Normkonkretisierung ist aus verfassungsrechtlicher Perspektive ein Ausdruck delegierter Rechtsetzung, indem diese de facto von der Legislative auf die Judikative delegiert wird, wenn sie die Aufgabe sachgerechter bewältigen kann⁹²¹. Der Grund wird i. d. R. darin gesehen, dass der Gesetzgeber nicht in der Lage ist, jeden Einzelfall zu regeln. Ein Mittel hierfür sind Generalklauseln bzw. einzelne unbestimmte Rechtsbegriffe im Gesetz, deren Bedeutungsgehalt durch die Rechtsprechung im konkreten Fall zu ermitteln

919 Alexander, GRUR Int 2012, 965 (972).

920 In der *Probeabonnement*-Entscheidung hat der BGH etwa eine Indizwirkung der streit-gegenständlichen Regeln grundsätzlich befürwortet, im konkreten Fall deren Aussagekraft jedoch negiert, da diese einen überholten Rechtsstand wiedergaben; vgl. BGH GRUR 2006, 773 (Rn. 21) – »*Probeabonnement*«; Alexander, GRUR Int 2012, 965 (972).

921 Röthel, Normkonkretisierung, S. 435.

ist. Auch wenn dem Richter als unabhängigem Organ des Rechtsstaates ein Beurteilungsspielraum für den Inhalt der Klausel zusteht, ist er gleichzeitig an Recht und Gesetz gebunden (Art. 20 III GG) und kann daher der Generalklausel nicht jedweden Bedeutungsgehalt beimessen.

Zum Teil gibt das Gesetz die konkrete Anweisung, auf private Regeln zurückzugreifen (wie bspw. der Rückgriff auf den anerkannten Mietspiegel zur Ermittlung der »ortsüblichen Vergleichsmiete« in § 558 S. 1 BGB oder im Fall des § 342 II HGB, welcher unter bestimmten Voraussetzungen die Grundsätze ordnungsgemäßer Buchführung von einem privaten Gremium erarbeiten lässt). Umgekehrt kann sich aus dem Gesetz aber auch ergeben, dass eine mittelbare Rechtswirkung einer privaten Regel ausdrücklich nicht gewollt ist (wie etwa im Fall des § 161 AktG, welcher nur eine Erklärungspflicht der Unternehmen bei etwaiger Nichtbeachtung der Empfehlungen des *Deutschen Corporate Governance Kodex* verlangt)⁹²². Für die vorliegende Thematik ist Erwägungsgrund 20 der UGP-RL keine Hilfe, da dieser es nur als »zweckmäßig« erachtet, aus Verhaltenskodizes die Anforderungen an die einzuhaltende Sorgfalt in einer Branche zu ersehen. Eine konkrete Anweisung auf einzelne Kriterien zur Berücksichtigung eines Verhaltenskodex kann hieraus jedoch nicht gesehen werden. Erkennbar ist nur, dass eine branchenbezogene Be- trachtung vorzunehmen ist.

Häufig (wie auch im Rahmen des UWG) fehlt es an einer gesetzlichen Anleitung, in welche Richtung die betreffende Norm auszulegen ist, weshalb die Rechtsprechung grundsätzlich geneigt ist, nach Anhaltspunkten für eine Auslegung auch außerhalb des formellen Rechts zu suchen. Gerade bei Gesetzen mit Begriffen, die auf tatsächlich herrschende Maßstäbe in einem Bereich abstellen (bspw. »Verkehrssitte«, »Marktgepflogenheiten«, »Sorgfalt«), liegt es nahe, sich der jeweils in der Branche geltenden privaten Regelwerke zu bedienen, um hieraus auf diesen Maßstab schließen zu können⁹²³. Besonders deutlich wird dies etwa im Rahmen der Standesordnungen freier Berufe, welche häufig sehr ausdifferenzierte, das Gesetz ergänzende Regeln für das Verhalten ihrer Angehörigen festlegen. Sofern diese nicht augenscheinlich einem adäquaten Interessenausgleich widersprechen, können sie in den Bereich des

922 Bachmann, Private Ordnung, S. 337 (m. w. N.).

923 Bachmann formuliert hierzu prägnant: »Zu groß ist [...] die Versuchung des von gesetzlicher Anleitung oft im Stich gelassenen und sachlich überforderten Richters, nach derartigen Regelwerken wie nach dem sprichwörtlichen Strohhalm zu greifen«, vgl. Bachmann, Private Ordnung, S. 336.

Rechts hineinreichen⁹²⁴, weshalb eine pauschale Ablehnung jeglicher Rechtswirkungen von Verhaltenskodizes auf die Generalklausel des Lauterkeitsrechts nicht der Realität innerhalb der geltenden Gesamtrechtsordnung entspricht.

Aufgrund der Gefahr, dass sich auf diese Weise die gesellschaftliche Sphäre mit staatlich institutionalisierten Rechtsnormen vermischen kann⁹²⁵, muss zugleich aber an einer strikten Trennung beider Bereiche festgehalten werden, um die Freiheitssphäre des Einzelnen nicht über die Hintertür der Judikative durch private Regelsetzer zu beeinträchtigen. Augenscheinlich wird gerade im Gebiet des Lauterkeitsrechts versucht, dieses Dilemma mit der Reduzierung auf eine »Indizwirkung« zu umgehen, in der dem streitentscheidenden Richter in jedem Fall der Freiraum gewährt wird, eine (geeignete) private Regel im Rahmen seiner Entscheidung nach Bedarf auch unbeachtet zu lassen. Die alles entscheidende Frage liegt aber gerade darin, wann eine privat aufgestellte Regel geeignet ist, als Indiz für die Auslegung einer staatlichen Norm herangezogen zu werden. Dieser Frage ist jedoch auch die Europäische Kommission sowohl im ursprünglichen Entwurf der UGP-RL als auch in der endgültigen Richtlinie aus dem Weg gegangen⁹²⁶.

bb) Legitimitätskriterien privater Regeln im Sinne eines beweglichen Systems zur Normkonkretisierung

Plakativ ausgedrückt kann ein Verhaltenskodex dann als Auslegungskorrektiv im Lauterkeitsrecht fungieren, wenn er einen anerkennenswerten Standard in der jeweiligen Branche widerspiegelt⁹²⁷. Ob dies der Fall ist, hängt wiederum davon ab, inwieweit er als legitime Ausformung von Regeln für alle Betroffenen in der Branche gewertet werden kann. Der Schlüssel zur rechtswissenschaftlichen Bewältigung von Selbstverpflichtungen wird in der Frage nach ihrer Legitimation gesehen⁹²⁸.

924 So auch rechtsgebietsübergreifend die ganz h. M. in der Literatur, vgl. hierzu etwa: *Faber, Selbstregulierungssysteme*, S. 110; *Bachmann, Private Ordnung*, S. 336; *Buck-Heeb/Diekmann, Selbstregulierung*, S. 274; *Taupitz, Die Standesordnungen*, S. 586ff.

925 *Faber, Selbstregulierungssysteme*, S. 110.

926 MüKo/UWG/*Micklitz*, EG D Rn. 11.

927 *Loschelder/Erdmann/Erdmann, Wettbewerbsrecht*, § 37 Rn. 8.

928 *Faber, Selbstregulierungssysteme*, S. 110; *Bachmann, Private Ordnung*, S. 225; *Glinzki, Die rechtliche Bedeutung der privaten Regulierung*, S. 248; in diese Richtung auch: *Buck-Heeb/Diekmann, Selbstregulierung*, S. 275; *Röthel, Normkonkretisierung*, S. 438.

Der Hintergrund des Konzeptes erschließt sich bei einer Betrachtung der Geltungsgründe staatlichen Rechts im Vergleich zu privaten Regeln. Die zuletzt Genannten beziehen ihre Legitimation immer aus der Zustimmung der jeweils betroffenen Adressaten, weswegen der Geltungsbereich grundsätzlich nur auf die Parteien beschränkt bleiben kann, welche den privaten Regeln tatsächlich zugestimmt haben⁹²⁹. Staatliches Recht kann dagegen seine Legitimation nicht nur auf Zustimmung gründen. Gesetze zeichnen sich gerade durch ihre generelle Wirkung ggü. allen Adressaten der Norm aus. Teilweise kann durch die Wahlen des Parlaments eine zumindest indirekte Zustimmung eines Teils der Normadressaten begründet werden. Jedoch betrifft dies zum einen nicht alle Betroffenen, zum anderen kann das Zustimmungsargument kaum für belastende Gesetze gelten, da eine solche ausdrückliche Zustimmung hier in höchstem Maße fingiert wäre. Staatliches Recht zieht dagegen seine Legitimation vornehmlich aus der Leistung, die der Staat für alle erbringt⁹³⁰. Diese besteht in der »universellen Gewährleistung von Sicherheit und Frieden, die Voraussetzung für das kooperative Wirken der Bürger und deren Wohlfahrt ist«⁹³¹. Trotz – oder gerade aufgrund – seiner größtmöglichen Abstraktheit wird hierfür der Begriff des »Gemeinwohls« verwendet, welcher als »das höchste Ziel einer jeden Rechtsgemeinschaft«⁹³² angesehen wird.

Sofern eine Selbstverpflichtung durch die Rezeption der Judikative eine Geltung über ihren Regelungsbereich hinaus erlangt, muss diese daher streng genommen für ihre Regelungsdressaten einer Legitimation anhand des Merkmals der »Zustimmung« genügen und ggü. nicht zustimmenden Betroffenen dem »Gemeinwohl« (bzw. bei einem abgegrenzten Wirkungsrahmen auf eine bestimmte Gruppe dem »Gruppenwohl«⁹³³) dienlich sein. Es ist daher immer ein Begründungsaufwand notwendig, um der privaten Regel die Legitimation zur Auslegung staatlichen Rechts aufgrund der hiermit verbundenen Erweiterung des Adressatenkreises über die ihre Zustimmung bekundenden Parteien hinaus zuzusprechen. Augenscheinlich kann diese Begründungsanforderung nicht im Sinne einer Vollermittlung der Richtigkeit einer privaten Norm durch die Judikative gesehen werden. Hierdurch würde der beabsichtigte Entlas-

929 Eine Ausnahme bilden hier etwa Tarifverträge, welche auch ggü. nicht zustimmenden Mitgliedern Geltung erlangen können.

930 Bachmann, Private Ordnung, S. 226.

931 Ebenda.

932 Michael, Rechtsetzende Gewalt, S. 235.

933 Bachmann, Private Ordnung, S. 206.

tungseffekt einer Rezeption privater Regeln praktisch konterkariert. Vielmehr kommt es bei den zustimmungs- und gemeinwohlbezogenen Kriterien darauf an, inwieweit das Zustandekommen der Selbstverpflichtung verfassungsrechtlichen Anforderungen an das Verfahren gerecht wird⁹³⁴. Als Beispiele können hier etwa die Anzahl der Zustimmenden, die Repräsentation verschiedener Interessengruppen, die Kompetenz und Neutralität der Regelersteller sowie die Bestimmtheit und Verbindlichkeit der privaten Vorgaben genannt werden. Die Schwachstellen privater Regeln, die gerade in der Vernachlässigung von Drittinteressen und der Allgemeinheit liegen, sind also (im Fall der Rezeption durch die Rechtsprechung) mittels Abstellung auf Anforderungen bei der Ausgestaltung des Verfahrens der Regelentstehung zu beheben⁹³⁵.

Demzufolge kann aber auch die pauschale Heranziehung einer Selbstverpflichtung zur Auslegung mit der Begründung einer »Indizwirkung« nicht als zulässig eingeordnet werden. Dies folgt aus dem Kompensationsgedanken: Denn wo die Rechtsprechung faktisch Rechtsetzungsaufgaben wahrnimmt, wächst sie in entsprechende verfassungsrechtliche Anforderungen an das Verfahren, den Inhalt und die Wirkung legislativer Rechtsetzung hinein⁹³⁶. Das Gebot der Methodengerechtigkeit der Normkonkretisierung verlangt, dass die richterliche Rechtsbildung auf rationaler Argumentation und Begründung beruht⁹³⁷. Die Heranziehung einer privaten Regel zur Auslegung staatlichen Rechts bedarf daher immer (auch im Fall einer Indizwirkung) einer richterlichen Begründung anhand von Kriterien, die für die Legitimität dieser Regelung sprechen. Ein bloßer Hinweis auf die indizielle Wirkung genügt einer solchen Pflicht jedoch nicht.

Bei der Begründungspflicht darf aber nicht übersehen werden, dass auch das staatliche Normsetzungsverfahren nur eine unvollkommene Gewährleistung dieser Kriterien bietet: So fordert das Grundgesetz keine unabhängige und repräsentative Bildung der Regierung, welche sich auch tatsächlich einseitig durch eingeholten Expertenrat in ihrer Gesetzgebungstätigkeit beeinflussen lässt⁹³⁸. Die einzelnen Legitimationskriterien sind daher als Teil eines

934 Schmidt-Preuß, ZLR 1997, 249 (256).

935 Buck-Heeb/Diekmann, Selbstregulierung, S. 278.

936 Röthel, Normkonkretisierung, S. 436.

937 Ebenda.

938 Bachmann, Private Ordnung, S. 374. Als Kompensation wird hier die turnusmäßige Ablösungs möglichkeit durch den Wähler gesehen, welche eine gewisse »selbstreinigende« Wirkung entfalten kann.

beweglichen Systems anzusehen, wobei deren Zuordnung nicht aus einem einzelnen Element, sondern in der Kumulation zahlreicher Faktoren, die mehr oder minder stark erfüllt sind, besteht⁹³⁹. Entscheidend ist daher die Gesamtwirkung aller Kriterien, wobei den einzelnen Elementen je nach Ausgestaltung des Falls ein unterschiedliches Gewicht zukommt⁹⁴⁰. Hier kommt dem streitentscheidenden Richter grundsätzlich ein Ermessen hinsichtlich der Gewichtung einzelner Elemente zu.

cc) Gang der Darstellung

Die Beurteilung einer Einbeziehung von Verhaltenskodizes in die Generalklausel des Lauterkeitsrechts hat naturgemäß am Gesetz anzusetzen. Da der Inhalt der Norm des § 3 UWG zu den umstrittenen Bereichen des Lauterkeitsrechts zählt, erfolgt zunächst eine einleitende Beurteilung des maßgeblichen Begriffes der »unternehmerischen Sorgfalt« anhand der vor der Reform 2015 herrschenden Ansicht und den diesbezüglichen Änderungen des neuen Gesetzes⁹⁴¹. Hierzu zählt insb. auch die Frage nach der Reichweite des Begriffes in den B2B-Bereich hinein und der Spürbarkeitsklausel innerhalb des § 3 I UWG (hierzu der nächste Abschnitt).

Der Schwerpunkt der Prüfung folgt im zweiten Schritt, in dem die einzelnen Merkmale der Legaldefinition der unternehmerischen Sorgfalt in § 2 I Nr. 7 UWG einer genauen Untersuchung unterzogen und ihr jeweiliger Bedeutungsgehalt einzeln und im Zusammenhang in Bezug zu den Legitimitätsanforderungen von Verhaltenskodizes (und damit zugleich hinsichtlich privater Regeln generell) gesetzt wird (hierzu: c).

939 Das bewegliche System ist wohl zuerst zurückzuführen auf *Walter Wilburg* in seinem Vortrag »Entwicklung eines beweglichen Systems im bürgerlichen Recht« aus dem Jahr 1950. In der Folge wurde der Gedanke auf diverse Rechtsbereiche des Privatrechts übertragen, vgl. hierzu u. a.: *Bachmann*, Private Ordnung, S. 194ff., 226; *Arndt*, Soft Law, S. 129f. (m. w. N.).

940 *Wilburg*, Entwicklung eines beweglichen Systems, S. 13.

941 Entwurf eines zweiten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb vom 1.4.2015 (BT-Drucks. 18/4535) und der endgültigen Fassung des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz vom 4.11.2015 (BT-Drucks. 18/6571).

b) Die Generalklausel des Lauterkeitsrechts im UWG 2015

Ansatzpunkt einer Einbeziehung privater Regeln in das Recht ist im Fall des Lauterkeitsrechts die Generalklausel des § 3 UWG, deren Grundverständnis nachfolgend insb. im Zuge der Änderungen der UWG-Reform 2015 einiger Erläuterungen bedarf.

aa) Der Sorgfaltsbegriff des § 3 II UWG als Synonym zur Unlauterkeit mit Umsetzung der UGP-RL im Jahr 2008 und nach der Reform im Jahr 2015

Die UGP-RL verwendet als Konkretisierung des Unlauterkeitsmaßstabs einer geschäftlichen Handlung ggü. Verbrauchern in Art. 5 II UGP-RL ein Unwertkriterium, nämlich die Nichteinhaltung der »Erfordernisse der beruflichen Sorgfaltspflicht«, und ein Relevanzkriterium, nämlich die Eignung zur »wesentlichen Beeinflussung des wirtschaftlichen Verhaltens des Verbrauchers«⁹⁴². Zur Vermeidung uneinheitlicher Begriffsbildung im Zivil- und Handelsrecht wurde der Begriff der »beruflichen Sorgfalt« der UGP-RL im deutschen Recht mit der Richtlinienumsetzung im Jahr 2008 durch den Begriff der »fachlichen Sorgfalt« ersetzt, da ein Beruf nach dem Verständnis des deutschen Rechts nur von natürlichen Personen ausgeübt werden kann, wohingegen die Bestimmung ebenso auf juristische Personen anzuwenden ist⁹⁴³. Diese Umsetzung wurde im Rahmen der UWG-Reform 2015 insoweit revidiert, als nunmehr der Begriff der »unternehmerischen Sorgfalt« an diese Stelle getreten ist, da gerade der Unternehmer Adressat dieser Sorgfaltspflicht ist⁹⁴⁴. Jedenfalls ist dieser Maßstab bei geschäftlichen Handlungen ggü. Verbrauchern nunmehr die entscheidende, unionsweit einheitliche Bestimmungsgröße der Unlauterkeit.

bb) Die Legaldefinition des Maßstabs der »unternehmerischen Sorgfalt« in § 2 I Nr. 7 UWG

Der Begriff der »unternehmerischen Sorgfalt« ist mit Umsetzung der UGP-RL im Jahr 2008 in § 2 I Nr. 7 UWG legaldefiniert als »der Standard an Fachkennt-

942 Köhler/Bornkamm/Köhler, UWG, 34. Auflage, § 3 Rn. 3.17.

943 BT-Drucks. 16/10145, S. 21; Loschelder/Erdmann/Erdmann, Wettbewerbsrecht, § 38 Rn. 7.

944 BT-Drucks. 18/6571, S. 13.

nissen und Sorgfalt, von dem billigerweise angenommen werden kann, dass ein Unternehmer ihn in seinem Tätigkeitsbereich ggü. Verbrauchern nach Treu und Glauben unter Berücksichtigung der anständigen Marktgepflogenheiten einhält«. Diese erhebliche Häufung unbestimmter Rechtsbegriffe mit z. T. beträchtlich divergenten Wertungen, welche zwischen empirischer Feststellung und verschiedenen normativen Auslegungskorrektiven variieren, wurde heftig kritisiert⁹⁴⁵ und in ihrer »langatmigen und schwerleibigen«⁹⁴⁶ Ausgestaltung eine schwierige Verständlichkeit gesehen.

Trotz der Kritik an der Definition in § 2 I Nr. 7 UWG mehrten sich jedoch die Stimmen, die den Sorgfaltsbegriff mit dem Unlauterkeitskriterium als vereinbar ansahen⁹⁴⁷ und die Einführung »trotz ihrer Umständlichkeit« begrüßten⁹⁴⁸. Maßgeblich war hier auch die Erkenntnis, dass die Einigung auf einen lautertrechlichen Maßstab im europäischen Rahmen ohnehin mit erheblichen Schwierigkeiten und notwendigen Kompromissen verbunden war und ein europaweit verwendeter Begriff in jedem Fall vorzugswürdig ist.

cc) Die Systematik der Generalklauseln des § 3 I, II UWG 2015 und der Unlauterkeitsmaßstab von nicht verbraucherbezogenen geschäftlichen Handlungen (B2B)

Auch nach der UWG-Reform 2015 bleibt es bei der bisherigen Systematik eines generellen Auffangtatbestandes in § 3 I UWG und einer verbraucherbezogenen Generalklausel in § 3 II UWG⁹⁴⁹. Die Verbrauchergeneralklausel des § 3 II UWG stellt auf den Maßstab der »unternehmerischen Sorgfalt« ab, die Generalklausel des § 3 I UWG weiterhin auf das Kriterium der Unlauterkeit.

945 So bezeichnete *Glöckner* die neue Generalklausel für B2C-Verhältnisse als »begriffliche Mimikri, die lediglich einen Blankettbegriff durch einen anderen ersetzt« (*Glöckner*, WRP 2004, 936, 939; ebenso: *Dohrn*, Die Generalklausel, S. 179). *Henning-Bodewig* hält die Definition des § 2 I Nr. 7 UWG für »wortreich«, »verwirrend«, »beliebig«, »weitschweifig« und »ungenau« (*Henning-Bodewig*, WRP 2011, 1014, 1017). Den Begriff ebenso kritisierend: *Glöckner*, Lauterkeitsrecht, S. 74f.; *Scherer*, WRP 2010, 586 (592); *Sosnitza*, WRP 2008, 1014 (1018).

946 *Köhler*, WRP 2012, 22 (23).

947 Bspw. *Henning-Bodewig*, GRUR Int 2004, 183 (190).

948 So etwa: *Köhler*, WRP 2012, 22 (24).

949 BT-Drucks. 18/6571, S. 13; *Köhler/Bornkamm/Köhler*, UWG, 34. Auflage, § 3 Rn. 2.9; *Niebel/Jauch*, BB 2016, 259 (263); *Alexander*, WRP 2016, 411 (413); *Ohly*, GRUR 2016, 3 (4).

Der speziellere Anwendungsbereich der Verbrauchergeneralklausel des § 3 II UWG erfordert, dass die geschäftliche Handlung Verbraucher »erreicht« oder an diese »gerichtet« ist.

Kennzeichnend für eine an Verbraucher »gerichtete« geschäftliche Handlung ist die Zielrichtung des Unternehmers, gerade Verbraucher anzusprechen und diese zu beeinflussen⁹⁵⁰. Anhaltspunkt kann insbesondere die Art der Kommunikation resp. die Verwendung eines Werbemediums, das von Verbrauchern genutzt wird, sein⁹⁵¹. Ebenso ist dies der Fall bei dem Vertrieb von Waren, deren Nutzer Verbraucher sind⁹⁵². »Erreicht« werden Verbraucher auch, wenn die geschäftliche Handlung des Unternehmers zwar nicht an diese gerichtet ist, sie hiervon aber gleichwohl Kenntnis erlangen und es für den Unternehmer vorhersehbar ist, dass durch sein Handeln die geschäftliche Entscheidung der Verbraucher beeinflusst werden kann⁹⁵³. Für den Anwendungsbereich des § 3 II UWG genügt es damit, wenn die geschäftliche Handlung auch einen Verbraucherbezug aufweist⁹⁵⁴.

Vom Gesetzgeber nicht eindeutig festgelegt und damit klärungsbedürftig bleibt die Frage, inwieweit die Grundsätze der unternehmerischen Sorgfalt der Verbrauchergeneralklausel auch auf das Verhalten ggü. sonstigen Marktteilnehmern in § 3 I UWG anwendbar ist. Der Sorgfaltmaßstab des § 3 II UWG kann sicherlich keine direkte Anwendung für den *B2B*-Bereich beanspruchen, da die Legaldefinition in § 2 I Nr. 7 UWG im Wortlaut ausdrücklich auf Handlungen ggü. Verbrauchern Bezug nimmt. Zugleich ist aber das Bestreben der mit der UGP-RL eingeführten Legaldefinition, zur Schaffung eines unionsweit einheitlichen Kriteriums bei der Beurteilung der Unlauterkeit einer Geschäftspraxis beizutragen⁹⁵⁵, auch außerhalb des verbraucherbezogenen Geschäftsbereichs anzuerkennen. Das in Erwägungsgrund 13 der UGP-RL genannte Ziel der Beseitigung von Hemmnissen für den Binnenmarkt gilt gleichwohl im Geschäftsbereich ohne Verbraucherbezug.

Vor der Reform des UWG im Jahr 2015 wurde zuletzt mehrheitlich vertreten, dass der Begriff der (damals) »fachlichen Sorgfalt« auch über den Bereich

950 Köhler/Bornkamm/*Köhler*, UWG, 34. Auflage, § 3 Rn. 3.15; *Alexander*, WRP 2016, 411 (415).

951 *Alexander*, WRP 2016, 411 (415).

952 Ebenda.

953 Köhler/Bornkamm/*Köhler*, UWG, 34. Auflage, § 3 Rn. 3.15.

954 *Alexander*, WRP 2016, 411 (414).

955 So etwa ausdrücklich der Erwägungsgrund 13 der UGP-RL (RL 2005/29/EG).

des *B2C*-Verhältnisses hinaus als zentrale Bestimmung der Lauterkeit anzusehen ist, die auch ggü. Unternehmen Anwendung finden sollte⁹⁵⁶. In diese Richtung konnte auch eine Entscheidung des EuGH gelesen werden, worin der Europäische Gerichtshof bei der Beurteilung pauschaler nationaler Verbote, die nicht unter die Tatbestände der Art. 5 – 9 UGP-RL oder des Anhangs fielen, auf das Merkmal der beruflichen Sorgfalt verwiesen hat⁹⁵⁷. Die Definition sollte damit auch für Unternehmer gelten, war jedoch insb. hinsichtlich Aufmerksamkeit und Kenntnissen graduell ggü. dem Verbrauchermaßstab abzustufen⁹⁵⁸.

Der Regierungsvorschlag zur UWG-Reform 2015 sah eine Übertragung der Definition des § 2 I Nr. 7 UWG auch auf den *B2B*-Bereich vor⁹⁵⁹. Hierzu sollte eine eigene Unternehmengeneralklausel mit den für Verbraucher vergleichbaren Voraussetzungen in § 3 UWG eingefügt werden. Dieser Vorschlag wurde in der endgültigen Gesetzesfassung nicht übernommen. Zu beachten ist diesbezüglich aber, dass der schlussendlich übernommene Vorschlag des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz ausschließlich die Notwendigkeit einer speziellen *B2B*-Generalklausel als unnötig erachtete, da für das Verhältnis zu Mitbewerbern und sonstigen Marktteilnehmern ohnehin § 3 I UWG als Auffangtatbestand zur Verfügung stünde⁹⁶⁰. Über die Verwendung des Maßstabs »unternehmerischer Sorgfalt« über den verbraucherbezogenen Bereich hinaus wurde dagegen keine Aussage getätigt. Dies ist auch konsequent, denn die Generalklausel des § 3 I UWG gibt keine Kriterien zur Ausfüllung des Begriffes der Unlauterkeit vor und kann damit ebenso zur fortschreitenden europäischen Vereinheitlichung des Unlauterkeitsbegriffes mit den Merkmalen des § 3 II i. V. m. § 2 I Nr. 7 UWG ausgefüllt werden. Eine Übertragung der hinter § 2 I Nr. 7 UWG stehenden Wertungen ist in bestimmten Fällen im Sinne einer einheitlichen Rechtsanwendung ohnehin notwendig, wenn die Lauterkeitsrechtlich geschützten Interessen sonstiger Marktteilnehmer im Ver-

956 Köhler/Bornkamm/Köhler, UWG, § 2 Rn. 129; Teplitzky/Pfeifer/Leistner/Fritzsche, Großkommentar UWG, Band 1, § 2 Rn. 675, 699; Ullmann/Ullmann, jurisPK-UWG, § 3 Rn. 19; Harte/Henning/Keller, UWG, § 2 Rn. 175; Svigac, NJOZ 2013, 721 (725); Köhler, WRP 2012, 22 (25).

957 EuGH GRUR 2011, 76 (Tz. 46) – »Mediaprint/Österreich-Zeitungsvorlag«.

958 Harte/Henning/Keller, UWG, § 2 Rn. 185; Köhler, WRP 2012, 22 (32).

959 BT-Drucks. 18/4535, S. 10, 11, 13.

960 BT-Drucks. 18/6571, S. 14.

titativer Verhältnis mit denen der Verbraucher übereinstimmen⁹⁶¹. Die Ausfüllung der Kriterien der Unlauterkeit hat auch weiterhin durch die Rechtsprechung zu erfolgen. Diese Befugnis obliegt im verbraucherbezogenen Bereich dem EuGH, im Verhältnis zu sonstigen Marktteilnehmern kann eine Anpassung der Maßstäbe durch die deutsche Judikatur erfolgen.

dd) Die Bagatellschwelle in § 3 I, II UWG 2015

Im Gegensatz zu § 3 II UWG enthält der Wortlaut der Generalklausel des Abs. 1 nach der Reform des UWG im Jahr 2015 kein Relevanzkriterium mehr. Diese Änderung resultiert letztlich auch daraus, dass in der Systematik der UGP-RL die geschäftliche Relevanz tatbestandsimmanent in den jeweiligen speziellen Normen der Richtlinie enthalten ist. Die Unlauterkeitstatbestände des Art. 5 II und IV i. V. m. Art. 6–9 UGP-RL und deren Umsetzung in §§ 3 II, 4a, 5, 5a UWG enthalten neben dem jeweiligen Unwertkriterium noch das Relevanzkriterium, nämlich die Eignung der Handlung, das Verbraucherverhalten zu beeinflussen⁹⁶². In dem Verzicht auf die Ausformulierung eines Relevanzkriteriums in § 3 I UWG kann jedoch keine Aufgabe desselben gesehen werden. So überträgt der übernommene Gesetzesentwurf die Notwendigkeit, bei den von § 3 I UWG erfassten Fällen Spürbarkeitserfordernisse aufzustellen, ausdrücklich auf die Rechtsprechung⁹⁶³. Hierdurch soll insbesondere die Abmahnung von Bagatellverstößen verhindert werden⁹⁶⁴. In den Änderungen des § 3 I UWG wird damit auch überwiegend kein Verzicht auf das Relevanzkriterium selbst gesehen, sondern lediglich die Aussage, dass die Spürbarkeit kein von der Unlauterkeit zu unterscheidendes, zusätzliches Erfordernis darstellt, sondern als ein die Unlauterkeit mitbegründendes Kriterium zu verstehen ist⁹⁶⁵.

961 Alexander, WRP 2016, 411 (414); in diese Richtung auch: Köhler/Bornkamm/*Köhler*, UWG, 34. Auflage, § 2 Rn. 135.

962 Köhler/Bornkamm/*Köhler*, UWG, 34. Auflage, § 3 Rn. 2.20.

963 BT-Drucks. 18/6571, S. 14.

964 Ebenda.

965 Alexander, WRP 2016, 411 (412).

ee) Zwischenergebnis

Die Kriterien der »unternehmerischen Sorgfalt« in § 2 I Nr. 7 UWG werden vorliegend als Maßstab der Generalklausel bei der Überprüfung der Unlauterkeit als Grundlage genommen. In Fällen, in denen (zumindest auch) ein Verbraucherbezug vorliegt, erfolgt dies im Rahmen der Anwendung des § 3 II UWG, im reinen *B2B*-Bereich mittels Übertragung der Wertungen aus § 3 II i. V. m. § 2 I Nr. 7 UWG auf die Generalklausel in § 3 I UWG. Das Erfordernis der Spürbarkeit ist innerhalb des § 3 I UWG tatbestandsimmanent als Kriterium der Unlauterkeit zu erfassen.

c) Die Einbeziehung von Legitimitätskriterien privater Regeln in den Rechtsbegriff der unternehmerischen Sorgfalt des § 2 I Nr. 7 UWG

§ 2 I Nr. 7 UWG stellt dem Rechtsanwender eine Legaldefinition der unternehmerischen Sorgfalt zur Verfügung. Unternehmerische Sorgfalt ist danach »der jeweilige Standard an Fachkenntnissen und Sorgfalt, von dem billigerweise angenommen werden kann, dass ein Unternehmer ihn in seinem Tätigkeitsbereich jeweils ggü. Verbrauchern, Mitbewerbern und sonstigen Marktteilnehmern nach Treu und Glauben unter Berücksichtigung der anständigen Marktgepflogenheiten einhält« (§ 2 I Nr. 7 UWG). Die Schwierigkeiten einer Interpretation der Generalklausel zeigen sich hier deutlich anhand der Häufung unbestimmter Rechtsbegriffe mit z. T. gegensätzlicher Herkunft. Während etwa mit den »Gepflogenheiten« augenscheinlich an das Korrektiv der »anständigen Gepflogenheiten« in Art. 10^{bis} II PVÜ als bekanntem internationalem Rechtsbegriff angeknüpft werden soll, welcher jedoch dort nur im Unternehmerge schäftsverkehr gilt, wird mit dem Konzept von »Treu und Glauben« zwar ein im gesamten Zivilrecht anwendbarer, aber dennoch vertragsrechtlich aufgeladener Begriff verwendet, der sowohl als Ausdruck ethischer Anforderungen als auch in funktionaler Auslegung verstanden werden kann⁹⁶⁶. Diese Durchmischung unbestimmter Rechtsbegriffe erschwert eine umfassende Interpretation der Definition als Ganzes.

966 Henning-Bodewig, WRP 2010, 1094 (1099).

aa) Der Standard an Fachkenntnissen und Sorgfalt als Auslegungsziel und die Reichweite der Rezeption von privaten Regeln durch die Judikative

(1) Der Standard an Fachkenntnissen und Sorgfalt als Ausgangspunkt

Durch die Legaldefinition der unternehmerischen Sorgfalt kommt der abweichenden Begriffswahl der UGP-RL keine sachliche Bedeutung zu, da § 2 I Nr. 7 UWG ohnehin richtlinienkonform auszulegen ist⁹⁶⁷, weshalb in der vorliegenden Untersuchung ohne sachliche Abweichung der deutsche Begriff der »unternehmerischen Sorgfalt« verwendet wird.

Mit der Konkretisierung in § 2 I Nr. 7 UWG wird zunächst deutlich, dass der Sorgfaltsstab in Form eines Standards zu verstehen ist, dessen Wortbedeutung sowohl ein objektives als auch ein normatives Element beinhaltet⁹⁶⁸. Der Begriff des Standards entstammt ursprünglich dem anglo-amerikanischen Recht⁹⁶⁹ und beinhaltet einen beweglichen Maßstab, welcher aus dem als typisch anerkannten Verhalten erschlossen und in seiner Anwendung auf den zu beurteilenden Fall immer erneut konkretisiert werden muss⁹⁷⁰. Er beinhaltet damit eine situationsbezogene »allgemeine Verhaltenspflicht«⁹⁷¹, welche an tatsächliche durchschnittliche Übungen und/oder Auffassungen des Verkehrs anknüpft⁹⁷².

Die Fachkenntnisse konkretisieren hierbei das objektive Element: So zeigt ein Blick auf die englische und französische Fassung des Art. 2 lit. h UGP-RL (»special skill« bzw. »compétence spécialisée«), dass unter den »Fachkenntnissen« nicht nur das fachliche Wissen, sondern auch das fachliche Können des Unternehmers zu verstehen ist⁹⁷³. Der Begriff »Sorgfalt« beinhaltet dagegen

967 Köhler/Bornkamm/*Köhler*, UWG, § 3 Rn. 39.

968 Köhler/Bornkamm/*Köhler*, UWG, § 3 Rn. 41; *Dohrn*, Die Generalklausel, S. 180 Rn. 600.

969 *Taupitz*, Die Standesordnungen, S. 1114.

970 *Taupitz*, Die Standesordnungen, S. 1117f.

971 *Köhler*, WRP 2012, 22 (24).

972 *Taupitz*, Die Standesordnungen, S. 1116.

973 Köhler/Bornkamm/*Köhler*, UWG, § 3 Rn. 41; *Teplitzky/Pfeifer/Leistner/Fritzsche*, Großkommentar UWG, Band 1, § 2 Rn. 682. In diese Richtung auch: OLG Köln GRUR 2013, 168 (169) – »Traglaschenkette«.

das normative Element und umfasst eine Rücksichtnahmepflicht auf die Interessen der betroffenen Verkehrskreise⁹⁷⁴.

Bei der Betrachtung der Bedeutungsinhalte ist jedoch höchst fraglich, ob über die Betonung des normativen und objektiven Elementes hinaus der Konkretisierung als »Standard an Fachkenntnissen und Sorgfalt« ein eigenständiger Bedeutungsgehalt zukommt. So beinhaltet die nochmalige Verwendung des Begriffes der Sorgfalt keinen inhaltlichen Mehrwert. Daneben ist die Formulierung »Fachkenntnisse« im Rahmen des Lauterkeitsrechts augenscheinlich schlecht gewählt, da unlauteres Verhalten weniger mit Fachkenntnissen zu tun hat als seinem Wesen nach eine Missachtung schutzwürdiger Interessen übriger Marktteilnehmer darstellt⁹⁷⁵. Der »Standard an Fachkenntnissen und Sorgfalt« bildet damit mehr eine Umschreibung des Begriffes der »unternehmerischen Sorgfalt, als zusätzliche Elemente der Definition zuzufügen⁹⁷⁶. Der Passus stellt den Ausgangspunkt der Definition dar und legt nur eine grobe Einteilung in einen normativen und einen objektiven Standard fest.

(2) Die Reichweite einer Rezeption privater Regeln durch die Judikative

Generalklauseln bzw. die jeweiligen unbestimmten Rechtsbegriffe verweisen nicht direkt auf private Bestimmungen. Sie öffnen aber die staatliche Rechtsordnung für die in den Verkehrskreisen anerkannten und gelebten Verhaltensmaßstäbe, weswegen die privat aufgestellten Vorschriften hierdurch mittelbar rechtliche Verbindlichkeit erlangen können⁹⁷⁷. Eine Verbindung privater Bestimmungen zu den anerkannten Verhaltensmaßstäben kann dabei in beide Richtungen erfolgen: So können privat formulierte Bestimmungen bereits bestehende gesellschaftliche Maßstäbe kodifizieren oder mittels tatsächlicher

974 Köhler/Bornkamm/Köhler, § 3 Rn. 41. In der nochmaligen Verwendung des Begriffes der »Sorgfalt« wird mitunter auch eine unzulängliche Übersetzung des englischen »care« gesehen, welchem der Begriff »Rücksichtnahme« eher entspricht, vgl. Köhler, WRP 2012, 22 (24).

975 Köhler, GRUR 2005, 793 (796); zustimmend: Dohrn, Die Generalklausel, S. 203 Rn. 690.

976 Dohrn, Die Generalklausel, S. 190 Rn. 643; Harte/Henning/Keller, UWG, § 2 Rn. 177. Auch Henning-Bodewig plädiert für eine Abstellung ausschließlich auf die weiteren Elemente der Definition, da der Maßstab der unternehmerischen Sorgfalt selbst ansonsten von einer einseitigen Auslegung anhand von Verbraucherschutzgesichtspunkten durch den EuGH geprägt sein würde, welche Sachverhalten unter Unternehmern nicht gerecht würde (Henning-Bodewig, GRUR Int 2015, 532, 534).

977 Augsberg, Rechtsetzung, S. 173; Buck-Heeb/Diekmann, Selbstregulierung, S. 273.

und andauernder Übung zu einem gesellschaftlichen Verhaltensmaßstab werden⁹⁷⁸.

Entscheidend ist hierbei die Erkenntnis, dass, sofern sich ein Verhaltensmaßstab gebildet hat, dieser auch ohne Unterwerfungswillen (resp. Zustimmung) oder Kenntnis der Beteiligten Wirkung durch die Rechtsordnung entfaltet⁹⁷⁹. Eine Parallele zu dem hier betroffenen »ökonomischen Trittbrettfahrer« bietet eine Betrachtung des sog. »Sankt-Florians-Prinzips«, welches aus Gründen der Gemeinwohlverwirklichung gegen Formen direkter und für die parlamentarische Demokratie spricht: So sollen Betroffene nicht selbst über sie belastende Regeln entscheiden, da sich ihre Überzeugung möglicherweise nicht gegen die Entscheidung selbst stellt, sie jedoch nicht die hiermit verbundenen Lasten tragen wollen⁹⁸⁰. Aus utilitaristischen Gründen sollte ihre Entscheidung daher keine Geltung entfalten⁹⁸¹. Es ist folglich zu differenzieren: Ein gesellschaftlicher Verhaltensmaßstab ist nicht von der Zustimmung aller Einzelnen abhängig, umgekehrt spricht aber eine breite Zustimmung für das Vorliegen eines derartigen Maßstabs.

Ein Verhaltensmaßstab ist jedoch im Regelfall gruppenbezogen anzuwenden und stellt immer auf die Beteiligten bestimmter Verkehrskreise ab. Dies zeigen auch verschiedene Formulierungen innerhalb der Generalklausel des § 2 I Nr. 7 UWG: So soll es bei der Bestimmung der unternehmerischen Sorgfalt auf den »Tätigkeitsbereich« des Unternehmers ankommen. Noch deutlicher wurde der Regierungsentwurf zum UWG 2015, der von der Maßgeblichkeit des »jeweiligen« Standards sprach⁹⁸². Auch wenn dieser Passus im UWG 2015 nicht umgesetzt wurde, spricht für eine branchenbezogene Betrachtung auch ein Vergleich mit beruflichen Standesregeln: Auffassungen und Standards eines Berufsstandes können nicht ohne Weiteres auf einen anderen Berufsstand übertragen werden, sondern nur in den Fällen, in denen eine rechtliche Gleichheit zwischen beiden Berufsgruppen besteht oder eine Standesauffassung die Ansicht der Allgemeinheit prägt⁹⁸³.

978 Buck-Heeb/Diekmann, ebenda; Bachmann, Private Ordnung, S. 341ff.

979 Buck-Heeb/Diekmann, Selbstregulierung, S. 274 (m. w. N.); Bachmann, Private Ordnung, S. 334ff. Anders dagegen John, welcher eine Wirkung der unternehmerischen Sorgfalt nur unter den zustimmenden Parteien annimmt: John, Sponsoringmaßnahmen, S. 306.

980 Bachmann, Private Ordnung, S. 203.

981 Ebenda.

982 BT-Drucks. 18/4535, S. 13.

983 Taupitz, Standesordnungen, S. 1219f., 1252.

bb) Die Berücksichtigung der Marktgepflogenheiten im Sinne einer empirischen Feststellung

(1) Der Begriff der »Marktgepflogenheiten« in § 2 I Nr. 7 UWG

Der Begriff »Marktgepflogenheiten« knüpft an das aus Art. 10^{bis} II PVÜ bekannte Konzept der »anständigen Marktgepflogenheiten« an⁹⁸⁴. Hierunter sind »nichtgesetzliche Marktverhaltensregeln für einen bestimmten Beruf oder Geschäftszweig zu verstehen, die ein bestimmtes Marktverhalten gebieten, verbieten oder erlauben«⁹⁸⁵. Entscheidend ist, dass es sich hierbei um einen empirischen Begriff handelt⁹⁸⁶, der die Brücke zu den tatsächlichen Gegebenheiten schlägt. Marktgepflogenheiten können sich aus Verkehrssitten, Handelsbräuchen, Traditionen oder eben Verhaltenskodizes bzw. Verbandsrichtlinien ergeben⁹⁸⁷. Der Begriff der Gepflogenheiten verweist direkt auf die tatsächlichen Gegebenheiten, ohne eine Wertung vorzunehmen. Voraussetzung ist nur das Vorliegen empirischer Kriterien, die für eine Anwendung, Anerkennung und Verbreitung dieser Regeln sprechen⁹⁸⁸. Konsequenz ist, dass von den Gepflogenheiten auch solche Regelungen erfasst werden, die – bei wertender Betrachtung – als Unsitten deklariert würden, sofern sie eine entsprechende Verbreitung und Anerkenntnis gefunden haben⁹⁸⁹. Auch – möglicherweise anerkennenswerte – neu entwickelte Wettbewerbspraktiken finden mangels Verbreitung keine Berücksichtigung. Eine Korrektur dieses Ergebnisses kann daher für den Maßstab der unternehmerischen Sorgfalt als Ganzem nur über die weiteren Merkmale der Definition in § 2 I Nr. 7 UWG erfolgen.

984 *Henning-Bodewig*, WRP 2010, 1094 (1099).

985 Köhler/Bornkamm/*Köhler*, UWG, § 3 Rn. 45.

986 Loschelder/Erdmann/*Erdmann*, Wettbewerbsrecht, § 38 Rn. 11.

987 Köhler/Bornkamm/*Köhler*, UWG, § 3 Rn. 45; Teplitzky/Pfeifer/Leistner/*Fritzsche*, Großenkommentar UWG, Band 1, § 2 Rn. 703; Harte/Henning/*Keller*, UWG, § 2 Rn. 183; Loschelder/Erdmann/*Erdmann*, Wettbewerbsrecht, § 38 Rn. 11. Der Umstand, dass sich Marktgepflogenheiten nur aus außergesetzlichen Verhaltensanforderungen ergeben können, schließt jedoch einen Einfluss von gesetzlichen Regeln auf den Maßstab der unternehmerischen Sorgfalt nicht generell aus (Loschelder/Erdmann/*Erdmann*, Wettbewerbsrecht, § 38 Rn. 11).

988 Köhler/Bornkamm/*Köhler*, UWG, § 3 Rn. 45; Harte/Henning/*Keller*, UWG, § 2 Rn. 183; Loschelder/Erdmann/*Erdmann*, Wettbewerbsrecht, § 38 Rn. 11.

989 »Auch unanständige oder missbräuchliche Marktgepflogenheiten und ein eingerissener Schlendrian können in einer Branche üblich geworden sein«; vgl. Loschelder/Erdmann/*Erdmann*, Wettbewerbsrecht, § 38 Rn. 12.

(2) Legitimitätskriterien, die für das Vorliegen einer Marktgepflogenheit sprechen

Nachfolgend werden entstehungsbezogene Kriterien von Verhaltenskodizes festgelegt, die im Wege eines beweglichen Systems für das Vorliegen des empirischen Merkmals einer »Marktgepflogenheit« sprechen. Maßgebliche Kriterien für das Vorliegen einer Gepflogenheit stellen die Verbreitung und die tatsächliche Übung resp. Anwendung der jeweiligen Verhaltensweise dar⁹⁹⁰.

(a) Zustimmung in Form von Akzeptanz als Kennzeichen der Verbreitung

Für das Vorliegen einer Gepflogenheit ist eine ausdrückliche Zustimmung nicht notwendig, da Verbreitung und tatsächliche Beachtung hierfür ausreichende Merkmale sind. Wie zuvor gesehen, legitimieren sich private Regeln jedoch ggü. ihren Regelunterworfenen durch die Zustimmung grundsätzlich jedes einzelnen Beteiligten. In dem Element der Zustimmung kann ein Indiz für die Verbreitung gesehen werden, welches eine derartige Vollermittlung in der Branche erleichtert, indem es auf den Akt der Willensbildung im Vorfeld abstellt.

Der Vergleich mit staatlicher Normierung zeigt aber, dass Zustimmung hier nicht im Sinne einer Einstimmigkeit zu verstehen ist: So beinhaltet Demokratie bei genauer Betrachtung auch nicht die Herrschaft des Volkes, sondern die Herrschaft der Mehrheit des Volkes über eine in Wahlen oder Abstimmungen unterlegene Minderheit⁹⁹¹. Die Geltung ggü. weiteren Regelungsunterworfenen wird durch das Gemeinwohl-kriterium legitimiert. Im beweglichen System von Legitimitätskriterien kann das Zustimmungselement daher auch nicht enger ausgelegt werden als das Verständnis des Staatsrechts es vorgibt. Eine fehlende Zustimmung einzelner Betroffener kann auch durch eine Abstellung auf weitere Kriterien »geheilt« werden.

Statt des Kriteriums der Zustimmung sollte daher als Mindestforderung auf eine »Akzeptanz« der Beteiligten abgestellt werden⁹⁹². Diese stellt eine in dreifacher Hinsicht abgeschwächte Zustimmung dar: Einwilligen müssen

990 Köhler/Bornkamm/Köhler, UWG, § 3 Rn. 45; Loschelder/Erdmann/Erdmann, Wettbewerbsrecht, § 38 Rn. 11.

991 Bachmann, Private Ordnung, S. 163f., 186.

992 Röthel, Normkonkretisierung, S. 438.

hiernach nicht alle, sondern der überwiegende Teil der Adressaten⁹⁹³. Die Zustimmung muss nur den Regelsatz im Großen und Ganzen betreffen und es genügt die mehr oder weniger willige Hinnahme⁹⁹⁴. So gelten etwa technische Regelwerke bereits dann als allgemein anerkannt, wenn sie durch die h. M. gebilligt (und praktiziert) werden⁹⁹⁵.

Augenscheinlich kann bei der Zustimmung von Unternehmen nicht die Größe oder Marktstellung derselben, sondern die Anzahl der sich auf den Kodex verpflichtenden Unternehmen das entscheidende Quorum sein⁹⁹⁶. Im Rahmen der Akzeptanz ist daher die Mindestvoraussetzung, dass sich innerhalb einer Branche die Mehrheit der Unternehmen den Bestimmungen des Verhaltenskodex unterworfen hat. Je geringer die Zustimmung der Beteiligten zu den Regeln ist, desto weniger kann von einer Verbreitung derselben ausgegangen werden und desto größer wird der Rechtfertigungs-aufwand in Bezug auf das Vorliegen weiterer Kriterien.

(b) Tatsächliche Übung (über einen gewissen Zeitraum) als Kriterium der Gepflogenheit

Im allgemeinen Sprachgebrauch stellt eine Gepflogenheit eine »durch häufige Wiederholung zur Gewohnheit gewordene, oft bewusst gepflegte und kultivierte Handlung oder Handlungsweise« dar⁹⁹⁷. Damit wird ein elementares Kriterium der Gepflogenheit beschrieben, wonach es einer allgemeinen Durchsetzung über einen gewissen Zeitraum bedarf, welche allein mittels Zustimmung zu einer privaten Regel nicht ohne Weiteres erreicht werden kann. Hierin zeigt sich auch die Parallelie der Gepflogenheit zur Sitte: »Während bei bewusst gesetzten Privatregeln, die mit dem Anspruch allgemeiner Beachtung auftreten, also auf künstliche Weise für ein gemeinwohlverträgliches Ergebnis gesorgt werden muss, ist dies bei der Sitte gleichsam auf natürliche Weise

993 Bachmann, Private Ordnung, S. 177; ebenso etwa: Buck-Heeb/Diekmann, Selbstregulierung, S. 274ff.

994 Ebenda.

995 Buck-Heeb/Diekmann, Selbstregulierung, S. 274.

996 Aus diesem Grund hatte das OLG München auch eine allgemeinverbindliche Wirkung des FSA-Kodex der Pharmabranche verneint: OLG München PharmR 2010, 65 (71).

997 <http://www.duden.de/suchen/dudenonline/Gepflogenheit>, zuletzt abgerufen am 11.6.2016.

gewährleistet⁹⁹⁸. Im Unterschied zur Sitte ist der Begriff der Gepflogenheit jedoch wertungsfrei, weshalb das Erfordernis tatsächlicher Übung nicht zur Begründung der Gemeinwohlverträglichkeit der Regel im Rahmen dieses Tatbestandsmerkmals des § 2 I Nr. 7 UWG herangezogen werden kann.

Dennoch ist das tatsächliche Element ein maßgeblicher Bestandteil der Gepflogenheit und im Rahmen des beweglichen Systems als weiteres Legitimationskriterium zu verstehen, welches in seiner konkreten Ausgestaltung Einfluss auf weitere Legitimitätskriterien zeitigt. Zu beachten ist hierbei jedoch die angemessene Gewichtung dieses Elementes: Wie im Rahmen der Sitte kann eine Änderung der Gepflogenheiten nur dadurch eintreten, dass von einer einmal eingebürgerten Übung irgendwann abgewichen wird und sich diese Abweichung durchsetzt⁹⁹⁹. Ein zu striktes Festhalten der Rechtsordnung am Element der etablierten Übung würde diesen Innovationsprozess jedoch hemmen und einer dynamischen Rechtsordnung entgegenwirken¹⁰⁰⁰.

Die Bewerkstelligung des Kriteriums tatsächlicher Übung kann aus praktischen Gründen nicht durch eine Vollermittlungspflicht dahingehend geschehen, welche Durchsetzung die Regel in der Branche gefunden hat. Die maßgeblichen Kriterien der konkreten Einhaltung und Anwendung¹⁰⁰¹ sind Bereiche, die sich z. T. in der unternehmensinternen Sphäre befinden und der Erkenntnis durch Außenstehende nur erschwert zugänglich sind. Dazu müsste die Einhaltung der überwiegenden Anzahl von Unternehmen in einer Branche belegt werden. Aus praktischen Gründen ist daher von weiteren Kriterien auf das Vorliegen einer tatsächlichen Befolgung zu schließen. Dies kann mittels Heranziehung der Merkmale der Verbindlichkeit und Kontrolle des Verhaltenskodex sowie der Bestimmtheit der einzelnen Verpflichtungen erfolgen, die nachfolgend einer näheren Betrachtung unterzogen werden.

(aa) Verbindlichkeit i. S. v. verpflichtender Ausgestaltung des Verhaltenskodex als Merkmal tatsächlicher Übung

Auch wenn die bisherigen Untersuchungen gezeigt haben, dass die Erklärung von Verbindlichkeit nicht zwangsläufig auch deren Einhaltung zur Folge hat,

998 Bachmann, Private Ordnung, S. 349.

999 Ebenda.

1000 Luhmann, Rechtssoziologie, S. 103; Bachmann, ebenda.

1001 Köhler/Bornkamm/Köhler, UWG, § 3 Rn. 45; Harte/Henning/Keller, UWG, § 2 Rn. 183.

kann im vorliegenden Kontext der Bindungswille ein Indiz für das Maß der Einhaltung in der Praxis darstellen. Dies zeigt folgender Aspekt: Die Erklärung der verbindlichen Einhaltung bekundet zumindest den Willen, diese Regel als Maßstab für das eigene Verhalten zu setzen. Auch wenn dieser Maßstab de facto nicht in jedem Fall eingehalten wird, verstärkt sich jedoch branchenweit durch diese Bekundung der Druck auf die Unternehmen, diese Regel auch in der Praxis zu befolgen.

Die Feststellung der Verbindlichkeit verlangt eine genauere Betrachtung der Formulierungen des Verhaltenskodex. So repräsentieren bspw. die Kammerrichtlinien freier Berufe nicht zwangsläufig das in der Praxis geübte Verhalten ihrer Mitglieder, sondern stellen typischerweise die Durchschnittsmeinung verständiger Menschen dieses Berufskreises bei der Beurteilung derartiger Handlungsweisen dar¹⁰⁰². Sie behandeln damit quasi Verhaltenserwartungen. Dennoch wird solchen weit verbreiteten Erwartungen eine starke Indizwirkung auch bezogen auf tatsächlich geübtes Verhalten zugesprochen¹⁰⁰³. Bei Selbstverpflichtungen ist zu differenzieren, ob sich den Regelungen ein verbindlicher Mindeststandard entnehmen lässt oder ob diese nur sog. »Best-Practice«-Erwartungen an das einzuhaltende Verhalten stellen¹⁰⁰⁴. Je nach Ausgestaltung kann, in Verbindung mit dem Element länger andauernder Übung, auf eine mehr oder weniger starke Einhaltung in der Praxis geschlossen werden.

Der Umstand an sich, dass ein Regelwerk seit längerer Zeit unverändert geblieben ist, muss jedoch nicht einen Hinweis auf die tatsächliche Befolgung darstellen. Vielmehr ist dies ein sehr ambivalentes Kriterium¹⁰⁰⁵: So kann eine unverrückt gebliebene Regelausgestaltung entweder Zeichen einer inzwischen gefestigten Auffassung der Verkehrskreise sein oder deren länger zurückliegende Beschlussfassung ein Indiz für das Auseinanderfallen des formellen mit dem Zustand in der Praxis.

1002 *Taupitz*, Standesordnungen, S. 1204.

1003 *Taupitz*, Standesordnungen, S. 1205 (m. w. N.).

1004 In diese Richtung auch: *Dohrn*, Die Generalklausel, S. 165 Rn. 558, S. 194 Rn. 661.

1005 So auch: *Taupitz*, Standesordnungen, S. 1206.

(bb) Kontroll- und Sanktionsinstrumente des Verhaltenskodex als Kennzeichen tatsächlicher Übung

Eine Kontrolle bzw. Sanktionierung der privaten Regel ist kein Kriterium, welches zwangsläufig für eine dauerhafte Übung der Norm spricht. Eine ange drohte Strafe bei Nichtbeachtung ist kein zwingender Hinweis auf eine tatsächliche Befolgung, da auch eine hohe Akzeptanz der Bestimmungen für deren längerfristige Einhaltung sprechen kann. Dennoch stellt auch der Gesetzgeber etwa im Bereich der *Ko-Regulierung* als entscheidendes Kriterium auf die Kontrolle der Selbstverpflichtung ab. So erklärt bspw. § 34 b IV WpHG bestimmte Anforderungen des Gesetzes für die Berufsgruppe der Journalisten dann für unwirksam, wenn ein vergleichbarer privater Verhaltenskodex existiert, der jedoch wirksamen Kontrollmechanismen unterliegen muss. Von einem effektiven Überprüfungsmechanismus kann daher durchaus auf eine dauerhafte Regelbefolgung in der Praxis geschlossen werden.

Allerdings unterscheiden sich die Kontroll- und Sanktionsmechanismen bei privaten Selbstverpflichtungen in ihrer Ausgestaltung teils erheblich. Verbreitet ist etwa das sog. »naming and shaming«, wonach ein festgestellter Re gelverstoß öffentlich gemacht, der Verstoßende damit beim Namen genannt wird und hierdurch Reputations-einbußen und damit auch wirtschaftliche Nachteile erwarten soll¹⁰⁰⁶. Hieraus wird teilweise auch gefolgt, dass bei privaten Regeln die Perspektive geändert werden müsse und alle Möglichkeiten der Sanktionierung mit einbezogen werden sollen, sodass ein bestimmter Sanktionsmechanismus für eine Verrechtlichung der privaten Normen jedenfalls nicht zwingend vonnöten sei¹⁰⁰⁷. Richtig ist insoweit, dass private Regeln nicht automatisch am gesetzlichen Standard der Kontrolle und Einhaltung gemessen werden können. Die Effektivität des genannten »naming and shaming«-Prinzips steht jedoch auch vermehrt in der Kritik. Grundvoraussetzung für eine Sanktionierung über diesen Weg ist nämlich, dass ein Verstoß überhaupt festgestellt werden kann, mithin ein wirksamer Kontrollmechanismus im Vorfeld der Sanktionsmaßnahme besteht. Zugleich hat die Praxis nicht zwangsläufig einen negativen Zusammenhang aus der Publikmachung von Verstößen feststellen können. Hintergrund ist, dass für die erhoffte Reaktion insb. des Kapitalmarktes eine Vielzahl von Informationsdaten abgewogen und eine Kosten-Nutzen-Analyse vorgenommen wird, weshalb eine Nichteinhalt

1006 Bachmann, Private Ordnung, S. 35; Buck-Heeb/Diekmann, Selbstregulierung, S. 294.

1007 Arndt, Soft Law, S. 142 (m. w. N.).

tung des Kodex durch weitere Faktoren – wie etwa positive wirtschaftliche Entwicklungen – überlagert werden kann¹⁰⁰⁸.

Die verschiedenen Kontroll- und Sanktionsinstrumente von Verhaltenskodizes sind also nicht in gleichwertigem Maß als Indiz für die tatsächliche Einhaltung der Regeln heranzuziehen. Effektivere Instrumente können jedoch als ein ergänzender Hinweis aufgefasst werden, dass die Regeln in der Praxis auch befolgt werden.

(cc) Bestimmtheit als Kennzeichen tatsächlicher Übung

Naturgemäß ist für die Einhaltung eines Kodex auch erforderlich, dass die festgelegten Regeln einen hinreichenden Grad an Bestimmtheit aufweisen, die den Unterworfenen überhaupt eine Ausrichtung ihrer Handlungen anhand derselben ermöglicht. Der konkreten Ausgestaltung der jeweils streitgegenständlichen Bestimmungen kommt damit eine erhebliche Bedeutung zu. Ohne die Möglichkeit, das individuelle Handeln an bestimmten Anforderungen auszurichten, kann folglich eine tatsächliche Übung nicht angenommen werden.

(c) Zwischenergebnis

Das Merkmal der »Gepflogenheiten« in § 2 I Nr. 7 UWG verlangt eine ausschließlich empirische Feststellung, inwieweit eine Regel in der jeweiligen Branche verbreitet und über einen längeren Zeitraum auch befolgt wird. Eine Untersuchung dieser Elemente ist bei den Regelungsinhalten von Verhaltenskodizes kaum erfolgversprechend, da die Frage ihrer tatsächlichen Befolgung häufig im unternehmensinternen Bereich angesiedelt ist und auch die Kontrollmechanismen höchst unterschiedlich ausgestaltet sind. Dem Instrument des Verhaltenskodex als privater Regel muss damit insoweit Rechnung getragen werden, als anhand formeller Kriterien des Kodex und dessen Entstehung indiziell auf die Elemente der Gepflogenheit geschlossen werden kann. Hier spricht insb. eine breite Zustimmung in der Branche für ihre Verbreitung, wobei eine Einstimmigkeit nicht zu fordern ist. Eine verbindliche und bestimmte Ausgestaltung des Kodex, verbunden mit einem Kontroll- und ggf. Sanktionsmechanismus, deutet die Befolgung der Regeln in der Praxis an. Verleiten

1008 *Buck-Heeb/Diekmann*, Selbstregulierung, S. 296.

diese Kriterien in einer Gesamtschau zu der Überzeugung, dass der Kodex innerhalb der Branche eine hohe Verbreitung und längerfristige Einhaltung gefunden hat, ist dieser als Gepflogenheit innerhalb der Branche zu betrachten. Normative Kriterien sind innerhalb dieses Elementes des § 2 I Nr. 7 UWG dagegen nicht zu berücksichtigen.

cc) Die Begrenzung durch das Merkmal der »anständigen« Marktgepflogenheiten

(1) Der Begriff der »Anständigkeit« in § 2 I Nr. 7 UWG

Wie zuvor gesehen, erfordert das Merkmal der »Gepflogenheiten« eine ausschließlich empirische Festlegung, inwieweit eine private Regel verbreitet ist und im Sinne einer andauernden Übung befolgt wird. Konsequenz des fehlenden normativen Elementes ist, dass auch missbräuchliche Verhaltensweisen oder ein »eingerissener Schlendrian«¹⁰⁰⁹ als Gepflogenheiten gelten können¹⁰¹⁰. Die Korrektur erfolgt über das Merkmal der »Anständigkeit«, welches in Art. 2 h) der UGP-RL wie auch im Rahmen des Art. 10^{bis} II der Pariser Verbandsübereinkunft (PVÜ) im Sinne einer normativen Überprüfung integriert ist. Als korrigierendes normatives Element können gerade nicht die weiteren Voraussetzungen in § 2 I Nr. 7 UWG der »Billigkeit« und »Treu und Glauben« angesehen werden, da diese eine andere Zielsetzung verfolgen¹⁰¹¹.

Vor diesem Hintergrund erschien es verwunderlich, dass der deutsche Gesetzgeber bei der Umsetzung der UGP-RL im UWG 2008 auf dieses Merkmal verzichtet hatte. Dieses Versäumnis wurde jedoch im Zuge der UWG-Reform 2015 korrigiert. Die einhellige Meinung ging jedoch auch zuvor schon davon aus, dass der Begriff dennoch in das Gesetz, sowohl im B2C- als auch im B2B-

1009 Loschelder/Erdmann/*Erdmann*, Wettbewerbsrecht, § 38 Rn. 12.

1010 *Henning-Bodewig* gibt hierzu das prägnante Beispiel, dass in einer Branche auch etwa die Korruption zu den Gepflogenheiten zählen kann: *Henning-Bodewig*, GRUR Int 2004, 183 (190).

1011 Hierauf wird genauer im Rahmen der jeweiligen Tatbestandsmerkmale der »Billigkeit« (5. Kapitel, I., 3., c), dd) und des Maßstabs von »Treu und Glauben« (5. Kapitel, I., 3., c), ee) eingegangen.

Verhältnis, hineingelesen werden muss¹⁰¹². Die Rechtsprechung berücksichtigte in der Vergangenheit auch stets ein wertendes Element und sprach – jedoch nicht einheitlich – von »anständigen«¹⁰¹³, »verkehrstypischen«¹⁰¹⁴ oder »als redlich angesehenen«¹⁰¹⁵ Gepflogenheiten.

Weniger Beachtung findet dagegen die Frage, aus welcher Sicht die »Anständigkeit« der Gepflogenheiten zu beurteilen ist. So könnte »anständig« im Sinne einer vollständigen, wertenden Ermittlungspflicht durch den streitentscheidenden Richter verstanden werden, inwieweit diese Gepflogenheit von Rechts wegen anzuerkennen ist¹⁰¹⁶. Alternativ käme aber auch in Betracht, aus Sichtweise der betroffenen Marktteilnehmer zu beurteilen, ob diese die Gepflogenheit als interessengerechte Lösung untereinander betrachten¹⁰¹⁷. Für die erste Ansicht spricht zunächst, dass sich aus dem Begriff »anständig« selbst keine Begrenzung hinsichtlich des Verkehrskreises ergibt. Den Begriff im Sinne einer Vollermittlungspflicht zu verstehen, erscheint dennoch abwegig, da dies praktisch auf eine vollständige Prüfung der Unlauterkeit (bzw. unternehmerischen Sorgfalt) hinausliefe und den übrigen Tatbestandsmerkmalen des § 2 I Nr. 7 UWG keine eigenständige Bedeutung mehr zukäme. Sofern der Ursprung der Begriffswahl »anständiger Gepflogenheiten« aus Art. 10^{bis} II der PVÜ zu sehen ist¹⁰¹⁸, spricht dies vielmehr für eine Abstellung auf die Sichtweise der beteiligten Unternehmen, da die PVÜ die Vermeidung unlauteren Wettbewerbs ausschließlich zum Schutz des gewerblichen Eigentums beabsichtigt¹⁰¹⁹. Die Einfügung des Zusatzes der »Markt«-Gepflogenheiten in Art. 2 lit. h UGP-RL würde diese Auslegung um die jeweilige Marktgegenseite der Branche ergänzen. Es erscheint auch interessengerecht, die »Anständigkeit«

1012 Köhler/Bornkamm/Köhler, UWG, § 3 Rn. 44; Harte/Henning/Keller, UWG, § 2 Rn. 178; Loschelder/Erdmann/Erdmann, Wettbewerbsrecht, § 38 Rn. 10; Dohrn, Die Generalklausel, S. 193 Rn. 655; Brandmair, Freiwillige Selbstkontrolle, S. 23; Köhler, WRP 2015, 1037 (1038); Helm, WRP 2013, 710 (713); Henning-Bodewig, WRP 2010, 1094 (1099); Henning-Bodewig, GRUR Int 2004, 183 (190); Veelken, WRP 2004, 1 (16).

1013 BGH GRUR 2006, 1042 (Tz. 29) – »Kontaktanzeigen«.

1014 BGH GRUR 2005, 604 (606) – »Fördermittelberatung«; BGH GRUR 2005, 353 (355) – »Testamentsvollstreckung durch Banken«.

1015 BGH GRUR 2006, 953 (Tz. 17) – »Warnhinweis II«.

1016 In diese Richtung: Henning-Bodewig, GRUR Int 2004, 183 (190).

1017 So etwa Dohrn, Die Generalklausel, S. 193 Rn. 656; Veelken, WRP 2004, 1 (16).

1018 In der Tat sind abweichende Anhaltspunkte nicht ersichtlich, vgl.: Henning-Bodewig, WRP 2011, 1014 (1016).

1019 So die Schutzzweckklausel in Art. I Abs. 2 PVÜ.

der Gepflogenheiten aus Sicht der Akteure zu beurteilen, die von einer derartigen Regel in der Praxis betroffen sind. In diese Richtung kann schließlich auch die Entscheidung des BGH im Verfahren »Warnhinweis II« gedeutet werden, in welcher der Bundesgerichtshof einem Verhaltenskodex die Fähigkeit zuspricht, einen Anhaltspunkt für die »als redlich angesehenen« Verkehrsgepflogenheiten zu bieten¹⁰²⁰.

Im Ergebnis ist folglich zu unterscheiden zwischen den tatsächlich geübten Gepflogenheiten in einer Branche und den von Seiten der Beteiligten als anständig angesehenen tatsächlich geübten Gepflogenheiten. Entscheidend ist daher die Feststellung, anhand welcher Kriterien Rückschlüsse erlaubt sind, ob ein zur Gepflogenheit gewordener Verhaltenskodex von den verschiedenen Parteien als anständige resp. interessengerechte und anerkennenswerte Regelung verstanden werden kann.

(2) Legitimitätskriterien, die für das Vorliegen einer »anständigen« Marktgepflogenheit sprechen

(a) Repräsentation und Partizipation

Ob ein Verhaltenskodex eine von allen beteiligten Parteien als anständig empfundene Regelung darstellt, hängt in hohem Maße davon ab, inwieweit den verschiedenen Interessengruppen im Vorfeld eine Mitgestaltungsmöglichkeit eingeräumt wurde. Weder in Art. 10 UGP-RL noch innerhalb von Art. 2 lit. f UGP-RL ist geregelt, welches Verfahren bei der Erstellung eines Verhaltenskodex einzuhalten ist. Dieser Verfahrensopenheit schließt sich das deutsche UWG an. Der entscheidende Grund hierfür dürfte in den vielfältigen Ausführungen von Verhaltenskodizes in der Praxis zu sehen sein¹⁰²¹.

Private Regeln können dann eine Legitimitätsvermutung für sich in Anspruch nehmen, wenn in den zuständigen Gremien sämtliche beteiligte Verkehrskreise in einem ausgewogenen Verhältnis zueinander vertreten sind¹⁰²². Diese Voraussetzung wird zum einen durch Repräsentation, zum anderen durch Partizipation gewährleistet. Das Repräsentationskriterium verlangt ein paritätisch besetztes Entscheidungsgremium, in dem alle betroffenen In-

1020 BGH GRUR 2006, 953 (Tz. 17) – »Warnhinweis II«.

1021 Vgl. hierzu 2. Kapitel, I., 2., d).

1022 *Buck-Heeb/Diekmann*, Selbstregulierung, S. 279; *Arndt*, Soft Law, S. 145.

teressengruppen in ausgewogener Weise zur Abstimmung befugt sind. Eine ausreichende Teilhabe (Partizipation) räumt den Mitgliedern des Entscheidungsgremiums Rede-, Auskunfts-, Anhörungs- und Informationsrechte ein¹⁰²³. Hintergrund beider Erfordernisse ist die Verringerung der Gefahr einer Durchsetzung von Partikularinteressen. Einflussreichen Kreisen soll es nicht gelingen, dass die Ausgestaltung einer branchenweiten Regelung vornehmlich nach ihren Interessen erfolgt. Neben der (naheliegenden) kartellrechtlichen Bedenklichkeit einer derartigen Regelung verliert diese allein hierdurch schon die Legitimität, als anständige Gepflogenheit im jeweiligen Verkehrskreis zu gelten.

Welche Kreise an der Ausgestaltung des Verhaltenskodex zu beteiligen sind hängt entscheidend davon ab, welche Interessengruppen von der Ausgestaltung des Verhaltenskodex betroffen sind. Im Lauterkeitsrecht betreffen viele Kodizes naturgemäß die Interessenlage der Verbraucher, sodass die Beteiligung von Verbraucherverbänden an der Ausgestaltung diesbezüglicher Normen ein wichtiges Kriterium für die Annahme einer für alle Parteien interessengerechten Ausgestaltung des Kodex darstellt¹⁰²⁴. Zu berücksichtigen ist hier jedoch auch, dass die UGP-RL ein zwingendes Mindestmaß an Verbraucherschutz bereitstellt, weswegen ein Kodex auch nur einen gleichwertigen oder höheren Verbraucherschutz enthalten darf.

Repräsentation, verbunden mit Partizipation, stellt also eines der maßgeblichen Kriterien zur Begründung der Legitimität eines Verhaltenskodex dar, deren Mindest-voraussetzungen nicht unterschritten werden dürfen. Diesen Kriterien kommt daher im Rahmen des beweglichen Systems eine besondere Beachtung zu. In Anbetracht der sehr unterschiedlichen Ausgestaltungen des Entstehensprozesses eines Verhaltenskodex in der Praxis ist ersichtlich, dass dem Erfordernis nur *Multi-Stakeholder-Initiativen* oder sektorale Zusammenschlüsse genügen können, in denen die Repräsentation und Partizipation der

1023 Bachmann, Private Ordnung, S. 192f. Im staatlichen Recht hat dieser Gedanke insb. im Umwelt- und Planungsrecht Einzug gefunden.

1024 Für eine stärkere Beteiligung von Verbraucherverbänden bei der Erstellung von Verhaltenskodizes plädieren daher auch etwa: MüKo/UWG/Micklitz, Band 1, EG D Rn. 6; Veelken, WRP 2004, 1 (18). Eine Entscheidung des BGH bzgl. DIN-Normen für Komposthäcksler zeigt jedoch, dass auch eine Beteiligung von Verbrauchervertretern nicht immer zwingend alle Interessen in ausreichender Weise zur Geltung kommen lässt: BGH GRUR 1987, 468 – »Warentest IV« sowie zu den Hintergründen der Entscheidung: Vieweg, NJW 1987, 2726 (2727).

betroffenen Interessengruppen bei der Ausgestaltung ausreichend wahrge- nommen werden.

(b) Organisatorische Unabhängigkeit des entscheidungsbefugten Gremiums

Private Regeln sind typischerweise am Egoismus ihrer Aufsteller orientiert und bieten eine Gewähr für eine interessengerechte Lösung durch die Zustimmung aller Beteiligten¹⁰²⁵. Sofern deren Wirkung jedoch durch die gesetzliche Rezeption auch auf Dritte erstreckt wird, ist erforderlich, dass alle Betroffenen auch tatsächlich von dem regelsetzenden Gremium vertreten werden. Ergänzend zu einer ausgewogenen Repräsentation der beteiligten Verkehrskreise kommt daher der Unabhängigkeit des Entscheidungsgremiums eine wichtige Bedeutung zu.

Entscheidender Faktor organisatorischer Unabhängigkeit ist die Frage, inwieweit durch finanzielle Zuwendungen Dritter eine Entscheidung beeinflusst werden kann¹⁰²⁶. Ein derartiger Einfluss kann stark verringert werden, indem sich das entscheidungsbefugte Gremium durch gleichwertige Mitgliedsbeiträge aller beteiligten Interessengruppen finanziert. Eine Finanzierung über Spenden aus der Wirtschaft ist dagegen kritisch zu bewerten¹⁰²⁷.

(c) Weitere ergänzende Kriterien

In Anlehnung an demokratische Verfahren wird auf weitere Erfordernisse, wie die Kompetenz der Regelsetzer, welche auf einen Regelursprung aus branchenkundiger Hand schließen lässt¹⁰²⁸, oder eine Transparenz in Form von Dokumentationspflichten, die es Außenstehenden erleichtert, die notwendige Legitimität des Entstehungsverfahrens festzustellen, verwiesen¹⁰²⁹. Im Rahmen des beweglichen Systems können auch diese Aspekte einen unterstützenden Einfluss auf die Begründung der Legitimität eines Verhaltenskodex entfalten.

1025 Bachmann, Private Ordnung, S. 191 (m. w. N.).

1026 Buck-Heeb/Diekmann, Selbstregulierung, S. 281.

1027 Buck-Heeb/Diekmann, Selbstregulierung, S. 282.

1028 In diese Richtung etwa: Loschelder/Erdmann/Erdmann, Wettbewerbsrecht, § 37 Rn. 8; Röthel, Normkonkretisierung, S. 438.

1029 Augsberg, Rechtsetzung, S. 200; Buck-Heeb/Diekmann, Selbstregulierung, S. 289.

(d) Kartellrechtskonformität

Bei der Auslegung des § 3 UWG sind ebenso die Wertungen des Kartellrechts zu berücksichtigen, denn das UWG und die kartellrechtlichen Normen verfolgen – wenn auch mit unterschiedlichen Mitteln – mit dem Schutz des funktionsfähigen Wettbewerbs eine einheitliche Zielsetzung¹⁰³⁰. Bei der Beurteilung von Verhaltenskodizes darf daher auch im Rahmen des UWG nicht übersehen werden, dass derartige Kodizes als Vorwand zur Kartellbildung dienen können und es durch die Vereinbarung von Standards zu Marktverschließungen oder Beeinträchtigungen des Preiswettbewerbs bzw. des Warenverkehrs in der Union kommen kann¹⁰³¹. Als Beispiel kann hier etwa das schon genannte »Waschpulver-Kartell« genannt werden, welches aus einem CSR-Zusammenschluss verschiedener Waschmittelhersteller hervorgegangen ist¹⁰³². Das Kartellrecht hat hier insb. den Schutz außenstehender Marktteilnehmer, einen Zutritt neuer Konkurrenten bzw. tatsächlich nicht freiwillig zustimmender Beteiliger im Blick¹⁰³³. Es kann davon ausgegangen werden, dass aufgrund der Anpassung an das europäische Recht die Auslegung des deutschen § 1 GWB dem Art. 101 AEUV entspricht¹⁰³⁴.

Zunächst ist eine Überprüfung rein nationaler Verhaltenskodizes deutscher Verbände dann entbehrlich, wenn die Kartellbehörde dem Verhaltenskodex die Anerkennung nach § 26 GWB erteilt und damit das Ausbleiben wettbewerbsbeschränkender Wirkungen festgestellt hat. Sofern dagegen keine Anerkennung vorliegt, ist für die kartellrechtliche Beurteilung zwischen dem harmonisierten B2C-Bereich und dem B2B-Bereich zu unterscheiden:

Im harmonisierten B2C-Bereich sind Selbstverpflichtungen grundsätzlich dann kartellrechtskonform, wenn sie unlauteres Wettbewerbsverhalten

1030 *Sack*, WRP 2001, 595 (600, m. w. N.).

1031 *Henning-Bodewig/Liebenau/Ackermann*, GRUR Int 2013, 753 (755); *Immenga/Mestmäcker/Emmerich*, Wettbewerbsrecht, Band 1, Art. 101 Rn. 132; ferner zu den unterschiedlichen Missbrauchsformen: *Immenga/Mestmäcker/Zimmer*, Wettbewerbsrecht, Band 2, § 1 Rn. 209ff.

1032 Vgl. *Henning-Bodewig/Liebenau/Ackermann*, GRUR Int 2013, 753 (755); hierzu auch: <http://www.faz.net/aktuell/wirtschaft/unternehmen/315-millionen-euro-hohe-strafe-fuer-waschmittel-kartell-1623140.html>, zuletzt abgerufen am 11.6.2016.

1033 *Schmidhuber*, Verhaltenskodizes, S. 236.

1034 Seit der 7. GWB-Novelle ist der einzige maßgebliche Unterschied nunmehr, dass im Rahmen des § 1 GWB das Merkmal der Beeinträchtigung zwischenstaatlichen Handels keine Berücksichtigung findet, vgl. *Immenga/Mestmäcker/Zimmer*, Wettbewerbsrecht, Band 2, § 1 Rn. 5.

verhindern wollen¹⁰³⁵. Denn das europäische Recht und das GWB schützen »allein den redlichen Wettbewerb«¹⁰³⁶. Damit bedingen sich die Einbeziehungen privater Regeln in den Tatbestand des § 3 UWG und die kartellrechtlichen Wertungen gegenseitig: Sofern eine private Regel als Konkretisierung der unternehmerischen Sorgfalt angesehen werden kann, bezweckt diese eine Verhinderung unlauteren Wettbewerbs und ist als kartellrechtlich unbedenklich einzustufen. Sofern der Maßstab des Verhaltenskodex über die Lauterkeitsrechtlichen Wertungen hinausgeht, kann dieser dagegen inhaltlich keine Konkretisierung der unternehmerischen Sorgfalt darstellen und ist nach den üblichen Kriterien des Kartellrechts zu beurteilen.

Im nicht harmonisierten B2B-Bereich ist eine kartellrechtliche Beurteilung beachtlich, wobei sich deren Anwendungsbereich in der vorliegenden Thematik in dem Maße verringert wie eine einheitliche Auslegung der unternehmerischen Sorgfalt auch im Unternehmensbereich anhand der UGP-RL beachtet wird. In diesem Fall gelten die im B2C-Bereich genannten Maßstäbe. Sollten die Wertungen der nationalen Auslegung des § 3 UWG nicht mit dem europäischen Maßstab übereinstimmen und daher eine Wettbewerbsbeschränkung möglich sein, stellt sich die Frage nach der Rechtfertigung des Kodex¹⁰³⁷. Innerhalb der Legalausnahme des Art. 101 III AEUV kommt eine Rechtfertigung anhand außerökonomischer Kriterien nur in Betracht, wenn sich diese Aspekte marktorientierten Voraussetzungen der Vorschrift zuordnen lassen, wobei die Europäische Kommission in ihrer Entscheidungspraxis außerökonomische Gemeinwohlziele wie soziale, kulturpolitische und ökologische Aspekte durchaus im Rahmen des Art. 101 III AEUV berücksichtigt¹⁰³⁸. Auch das deutsche Bundeskartellamt ist bisher nicht gegen Selbstverpflichtungen vorgegangen, deren eindeutige Ziele im umwelt-, sicherheits- oder ge-

1035 Immenga/Mestmäcker/Emmerich, Wettbewerbsrecht, Band 1, Art. 101 Rn. 128.

1036 So die Präambel des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV).

1037 Eine ausführliche Beurteilung dieser Frage findet sich in der Arbeit von Gösta Christian Makowski: Kartellrechtliche Grenzen der Selbstregulierung (2007).

1038 Makowski, Kartellrechtliche Grenzen, S. 198; vgl. etwa: soziale Aspekte in: Entscheidung 94/296/EG der Kommission, ABl. 1994 Nr. L 131/15 Tz. 27 – »Stichting Baksteen«; kulturpolitische Aspekte in: Entscheidung 89/44/EWG der Kommission, ABl. 1989 Nr. L 22/12 Tz. 75 – »Publisher's Association-Netto-Bücher-Vereinbarungen«; ökologische Aspekte in: Entscheidung 91/303/EWG der Kommission, ABl. EG Nr. L 152/54 Tz. 23 – »ANSAC« oder Entscheidung 88/541/EWG der Kommission, ABl. EG Nr. L 301/68 Tz. 23 – »BBC Brown Boveri«. Eine ausführlichere Darstellung weiterer Entscheidungen findet sich bei: Makowski, Kartellrechtliche Grenzen, S. 120ff.; sowie: Vedder, Competition law, S. 190ff.

sundheitsschützenden Bereich lagen, wobei die zugleich auftretenden Wettbewerbsbeeinträchtigungen damit quasi erwünscht waren¹⁰³⁹. Anzumerken ist schließlich noch, dass derartige Entscheidungen der Europäischen Kommission und der Kartellbehörde auf dogmatisch mitunter schwer tragfähiger Grundlage erlassen wurden, weshalb als alternatives Konzept auch vermehrt ein Schrankentransfer in Anlehnung an die vom europäischen Gerichtshof im Rahmen der europäischen Grundfreiheiten entwickelte »Cassis-Doktrin« vertreten wird¹⁰⁴⁰. Das Kartellverbot stünde danach unter der Schranke der Verfolgung außerökonomischer Unionsziele, die der prinzipiellen Gleichrangigkeit der Unionsziele Rechnung trägt¹⁰⁴¹ und vom EuGH sowie der Europäischen Kommission bereits de facto praktiziert wird¹⁰⁴².

(e) Zwischenergebnis

Da das Merkmal der »Gepflogenheiten« eine rein empirische Feststellung der Verbreitung und tatsächlichen Übung einer Verhaltensweise erfordert, bedarf es einer Ergänzung um ein normatives Element, damit missbräuchliche Verhaltensweisen aus dem Anwendungsbereich ausgeklammert werden. Diesem normativen Erfordernis entspricht das § 2 I Nr. 7 UWG 2015 eingefügte Kriterium der »Anständigkeit«, dessen Verständnis sich aus Sicht der beteiligten Verkehrskreise ergibt. Ob die Beteiligten einen Verhaltenskodex als interessengerechte Lösung ansehen, ergibt sich insb. aus der Frage, inwieweit bei der Entstehung eine ausreichende Repräsentation und Partizipation der unterschiedlichen Interessengruppen gegeben ist und eine Gewähr zur unabhängigen Entscheidungsfindung des berufenen Gremiums besteht.

Schließlich kann im Lauterkeitsrecht eine private Regel nur Anerkennung finden, wenn sie zugleich mit den Wertungen des Kartellrechts in Einklang steht. Im Rahmen des harmonisierten Lauterkeitsrechts im B2C-Bereich ergibt sich ein Gleichlauf der kartellrechtlichen Wertungen mit dem Maßstab der unternehmerischen Sorgfalt, da das Kartellrecht grundsätzlich keine Ver-

1039 Schendel, NVwZ 2001, 494 (499).

1040 So Makowski, Kartellrechtliche Grenzen, S. 167ff. Für eine stärkere Einbeziehung von Gemeinwohlaspekten in das Kartellrecht plädiert auch: Michael, Rechtsetzende Gewalt, S. 519ff.

1041 Makowski, Kartellrechtliche Grenzen, S. 167, 199.

1042 Makowski, Kartellrechtliche Grenzen, S. 177.

einbarungen verbietet, die den lauteren Wettbewerb sichern wollen. Darüber hinausgehende Maßnahmen fallen auch nicht unter den Begriff der unternehmerischen Sorgfalt. Im nicht harmonisierten Bereich des *B2B*-Verhältnisses ist zu beurteilen, ob eine private Regel durch die Verwirklichung außerökonomischer Gemeinwohlziele im Wege der Legalausnahme des Art. 101 III AEUV oder mittels eines Schrankentransfers anhand der »Cassis-Doktrin« mit den Wertungen des Kartellrechts vereinbar ist. Die Praxisrelevanz letztgenannter Fälle nimmt jedoch in dem Maße ab, in dem ein einheitlicher Maßstab der unternehmerischen Sorgfalt auch im *B2B*-Verhältnis angenommen wird.

dd) Das Billigkeitskriterium als Korrektiv zur Berücksichtigung des Einzelfallmaßstabes

Aufgrund der Häufung unbestimmter Rechtsbegriffe wird den zusätzlichen Kriterien der »Billigkeit« und »Treu und Glauben« zum Teil keine eigenständige Bedeutung zugeschrieben¹⁰⁴³. Eine unnötige Integrierung dieser Rechtsbegriffe kann jedoch nicht in der Absicht des Gesetzgebers liegen, weshalb diesen rechtlichen Maßstäben eine eigene Bedeutung innerhalb der Generalklausel zukommen muss. Gerade im vorliegenden Kontext zeigt der unterschiedliche Sinngehalt dieser Rechtsbegriffe, dass sie in ihrer Zusammenwirkung zu einem durchaus differenzierten Regelungsmodell verschmelzen können.

Dem Element der »Billigkeit« entspricht in der englischen und französischen Fassung der UGP-RL der Begriff »vernünftig« (»reasonable« bzw. »raisonnablement«)¹⁰⁴⁴. Der Maßstab richtet sich also auf einen Interessenausgleich bzw. eine Berücksichtigung des Verhältnismäßigkeitsprinzips¹⁰⁴⁵. Im Wege der Verhältnismäßigkeitsprüfung sind daher die beiderseitigen Interessen im Einzelfall zu berücksichtigen. Deshalb kann ein Verstoß eines Unternehmers gegen die in seiner Branche geltenden anständigen Gepflogenheiten im Einzelfall nicht als Verstoß gegen die unternehmerische Sorgfalt zu werten sein¹⁰⁴⁶. So sind mithilfe des Kriteriums der »Billigkeit« bspw. Fälle aus

1043 So etwa: Loschelder/Erdmann/Erdmann, Wettbewerbsrecht, § 38 Rn. 14.

1044 Köhler/Bornkamm/Köhler, UWG, § 3 Rn. 47; Dohrn, Die Generalklausel, S. 190 Rn. 645.

1045 Köhler/Bornkamm/Köhler, ebenda; Teplitzky/Pfeifer/Leistner/Fritzsche, Großkommentar UWG, Band 1, § 2 Rn. 709; Dohrn, Die Generalklausel, S. 192 Rn. 651.

1046 In diese Richtung auch: Teplitzky/Pfeifer/Leistner/Fritzsche, Großkommentar UWG, Band 1, § 2 Rn. 712; Dohrn, Die Generalklausel, S. 183 Rn. 615.

dem Maßstab der (fehlenden) unternehmerischen Sorgfalt auszuklammern, in denen der Unternehmer ausreichende Vorkehrungen zur Vermeidung von Verstößen in seinem Betrieb getroffen hat, es im Einzelfall aber dennoch zu einer weniger beträchtlichen Missachtung der anständigen Gepflogenheiten gekommen ist. Ein Einzelfallmaßstab entspricht auch dem Sorgfaltsbegriff, denn dieser sollte sich den spezifischen Bedürfnissen der Situation anpassen¹⁰⁴⁷ und damit den vom Unternehmer getätigten Aufwand zur Vermeidung einer Re gelverletzung berücksichtigen.

Im vorliegenden Kontext behandelt das »Billigkeitskriterium« also die Frage, ob die Verletzung des von den Beteiligten der Branche als anständig angesehenen Verhaltensmaßstabs resp. des legitimierten Verhaltenskodex auch im konkreten Fall dem Unternehmer vorgeworfen werden kann oder ob zu seinen Gunsten entlastende Kriterien aufgrund eines als ausreichend anzusehenden Vermeidungsaufwands sprechen.

ee) Der Maßstab von Treu und Glauben als Alternativreferenz oder bestätigende Kontrolle

Als letztes Element der Definition stellt § 2 I Nr. 7 UWG auf den Maßstab von »Treu und Glauben« ab. Eine Integration dieses Merkmals in das UWG mag auf den ersten Blick verwundern, da sich der Begriff im europäischen Rahmen¹⁰⁴⁸, aber auch gerade im deutschen Recht durch § 242 BGB, vornehmlich im Kontext vertragsrechtlicher Regelungen etabliert hat¹⁰⁴⁹. Als wesentliche Elemente gelten tendenziell lauterkeitsfremde Maßstäbe wie die »Vertragstreue« bzw. der Glauben im Sinne eines »Vertrauensverhältnisses« durch das rechtliche Sonderverhältnis des Vertrages¹⁰⁵⁰. Dennoch lässt sich das traditionelle Verständnis des Begriffes im Sinne einer »Maßfigur des redlich und anständig denkenden und handelnden Menschen«¹⁰⁵¹ in Übertragung auf den einzelnen Gewerbetreibenden ohne Weiteres in das Lauterkeitsrecht inte-

1047 Dohrn, Die Generalklausel, S. 189 Rn. 640.

1048 So enthält etwa Art. 3 I der Richtlinie 93/13/EWG über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen vom 5.4.1993 eine Abstellung auf den Maßstab von Treu und Glauben.

1049 Henning-Bodewig, WRP 2010, 1094 (1099).

1050 MüKo/BGB/Roth/Schubert, Band 2, § 242 Rn. 9; Auer, Menschenbild, S. 125f.

1051 Auer, Menschenbild, S. 123.

grieren. Denn letztlich bedeutet eine Ausrichtung des eigenen Handelns nach Treu und Glauben im Rahmen des UWG nichts anderes als lauteres Handeln im Geschäftsverkehr und wird auch in vielen europäischen Mitgliedstaaten im Sinne einer »Catch-all«-Formel für lauteres Marktverhalten verwendet¹⁰⁵². Ein Grund für die Integration des Rechtsbegriffes dürfte daher in der europäischen Rechtsvereinheitlichung zu sehen sein. Zu berücksichtigen sind hier-nach hauptsächlich die Wertungen des geltenden Rechts, insb. die weiteren Tatbestände des UWG und die Zielsetzungen des Unionsrechts, kombiniert mit dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit¹⁰⁵³.

Sofern der Begriff also keinen über den Maßstab der Lauterkeit bzw. unternehmerischen Sorgfalt hinausgehenden Inhalt besitzt, liegt die Vermutung tatsächlich nahe, dass der Begriff keine eigenständige Bedeutung hat¹⁰⁵⁴. Verstärkt wird dieser Eindruck durch die Formulierung in § 2 I Nr. 7 UWG, welche alle enthaltenen unbestimmten Rechtsbegriffe (»Standard an Fachkenntnissen und Sorgfalt«, »Billigkeit«, »Treu und Glauben« und »Marktgepflogenheiten«) als nebeneinanderstehende und gleichwertige Elemente nennt. Der losgelöste Bedeutungsgehalt erschließt sich erst mittels eines Rückgriffs auf den Wortlaut des Art. 2 lit. h UGP-RL (»... gemäß den anständigen Gepflogenheiten *und/oder* dem allgemeinen Grundsatz von Treu und Glauben ...«). Die Verbindung »oder« drückt einen Alternativmaßstab zu den anständigen Gepflogenheiten aus, welcher dann Anwendung findet, wenn in einer Branche keine als interessengerecht zu wertenden Gepflogenheiten existieren. Der Maßstab von Treu und Glauben findet daher gerade in neu entstandenen Branchen Anwendung oder im Fall von neu entwickelten Markt- und Verhandlungsstrategien, wie etwa im Rahmen des Internets¹⁰⁵⁵. Sofern keine anständigen Marktgepflogenheiten existieren, bedeutet die Abstellung auf den Alternativmaßstab »Treu und Glauben«, dass die Lauterkeit der Geschäftspraxis nach herkömmlichen Grundsätzen zu beurteilen ist.

Der Wortlaut des Art. 2 lit. h UGP-RL (»und/oder«) zeigt jedoch, dass dem Maßstab von Treu und Glauben neben der gezeigten Alternativreferenz (»oder«) noch die wichtige Bedeutung im Sinne einer bestätigenden Kontrolle (»und«) zukommt. Diese Bedeutung erschließt sich erst im Zusammenhang

1052 *Henning-Bodewig*, WRP 2010, 1094 (1099); *Dohrn*, Die Generalklausel, S. 196 Rn. 667.

1053 *Köhler/Bornkamm/Köhler*, UWG, § 3 Rn. 43.

1054 So etwa: *Loschelder/Erdmann/Erdmann*, Wettbewerbsrecht, § 38 Rn. 14.

1055 *Köhler/Bornkamm/Köhler*, UWG, § 3 Rn. 43; *Teplitzky/Pfeifer/Leistner/Fritzsche*, Großkommentar UWG, Band 1, § 2 Rn. 705.

mit den vorherigen Untersuchungen zum Merkmal der »anständigen Marktgepflogenheiten«. Sofern eine Marktverhaltensregel genannten Legitimitätskriterien genügt, sie mithin eine anständige Gepflogenheit in der Branche darstellt und auch im Einzelfall billigerweise Anwendung finden kann, repräsentiert sie den einzuhaltenden Maßstab an die unternehmerische Sorgfalt. Dieser Maßstab kann jedoch für das erkennende Gericht nicht verpflichtend sein, da ansonsten der privaten Regel durch die Rezeption innerhalb der Generalklausel praktisch ein verbindlicher Auslegungsmaßstab für das formelle Recht zukäme. Diesbezüglich ist die Abstellung auf Treu und Glauben neben der Alternativreferenz auch als eine bestätigende Kontrolle zu verstehen. Sofern Anzeichen für einen Verstoß gegen Treu und Glauben anhand der üblichen Kriterien ersichtlich sind, wird ein Verstoß gegen die anständige Gepflogenheit hierdurch bestätigt und stellt den verbindlichen Sorgfaltmaßstab dar. Zugleich verweist der Wortlaut »und« in Art. 2 lit. h UGP-RL aber darauf, dass der Maßstab von Treu und Glauben zwingend parallel vorliegen muss, sofern ein Gepflogenheitsmaßstab existiert, so dass im Kollisionsfall die anständige Gepflogenheit hinter dem Maßstab von Treu und Glauben zurückbleibt¹⁰⁵⁶. Der Rechtsbegriff »Treu und Glauben« stellt damit bei Vorliegen anständiger Gepflogenheiten eine Ermächtigung des erkennenden Gerichts dar, eine Rechtsfindung anhand dieser Gepflogenheiten zu verwerfen und die Beurteilung ausschließlich anhand herkömmlicher rechtlicher Kriterien von Treu und Glauben, mithin des Maßstabs der Lauterkeit, zu praktizieren. Durch die einschränkende oder bestätigende Kontrolle anhand gesetzlicher Wertungen bietet die Abstellung auf Treu und Glauben letztlich erst die Möglichkeit, außerrechtliche Wertungen privater Regelsetzer im Rahmen der Norm des § 3 UWG zu berücksichtigen.

ff) Zwischenergebnis

Die Definition der »unternehmerischen Sorgfalt« in § 2 I Nr. 7 UWG als neuer und europäischer Maßstab der Lauterkeit stellt ein komplexes, bei genauerer Betrachtung der Formulierungen in Art. 2 lit. h der UGP-RL aber auch aus-

1056 Dieses Konzept entspricht letztlich auch der Regelung in § 242 BGB, wo die juristische Qualität der »Verkehrssitte« hinter dem Wertungsmaßstab von »Treu und Glauben« zurückbleibt, vgl. MüKo/BGB/Roth/Schubert, Band 2, § 242 Rn. 9; Taupitz, Standesordnungen, S. 1124.

differenziertes Konzept zur Integration außerrechtlicher Wertungen privater Regelsetzer dar:

Der »jeweilige Standard an Fachkenntnissen und Sorgfalt« umschreibt den Lauterkeitsmaßstab der unternehmerischen Sorgfalt und betont dabei eine notwendige Beachtung objektiver und normativer Elemente. Bei der Ermittlung dieses Sorgfaltststandards ist eine branchenbezogene Betrachtung angezeigt.

Die Abstellung auf »anständige Gepflogenheiten« im Verkehr stellt die Öffnung der Generalklausel für außerrechtliche Wertungen dar, mithin auch für Verhaltenskodizes. Durch die Integration einer privaten Regel in das formelle Recht verlässt diese den zivilrechtlichen Wirkungsbereich einer Geltung inter partes und erhält absolute Wirksamkeit auch ggü. Dritten. Da diese Wirkung nur Rechtsnormen vorbehalten ist, die in einem demokratischen Verfahren zustande gekommen sind, muss sich die Beurteilung einer derartigen Geltungserweiterung wiederum an demokratischen Maßstäben ausrichten. Diese Beurteilung der Legitimität einer privaten Regel auch ggü. Dritten erfolgt im Wege eines beweglichen Systems, indem nicht einzelne Kriterien das Ergebnis zeitigen, sondern eine Gesamtbetrachtung der einzelnen Aspekte zum Ergebnis führt.

In § 2 I Nr. 7 UWG muss sich die Beurteilung der Legitimität an dem Tatbestandsmerkmal der »Gepflogenheiten« ausrichten, welches das »Einfallstor« zur Berücksichtigung außerrechtlicher Wertungen darstellt. Der in § 2 I Nr. 7 UWG 2015 eingefügte Begriff der »Anständigkeit« ergänzt das empirische Element der »Gepflogenheiten« um einen normativen Maßstab aus Sicht der beteiligten Verkehrskreise. Eine »Gepflogenheit« definiert sich über die Bestandteile der Verbreitung und Übung im Sinne einer tatsächlich andauernden Anwendung. Zugunsten einer Verbreitung kann das Element der »Akzeptanz« des Kodex im Entstehungsverfahren sprechen, für eine tatsächliche Übung innerhalb der Verkehrskreise sprechen die verbindliche Ausgestaltung der Regeln, das Vorliegen von Kontroll- und Sanktionsinstrumenten sowie eine Ausrichtung am Erfordernis der Bestimmtheit. Das Kriterium der »Anständigkeit« korrigiert die empirische Betrachtung anhand der Frage, ob die beteiligten Verkehrskreise die Verpflichtung als interessengerechte Lösung ansehen. Legitimierende Wirkung erhält insb. der Umstand, dass alle Interessengruppen in den Regelaufstellungsprozess mit einbezogen wurden (Repräsentation) und ihnen in diesem Prozess auch Teilhaberechte gewährt wurden (Partizipation). Daneben kommt der organisatorischen Unabhängigkeit

keit des Entscheidungsgremiums, ferner der Kompetenz der Regelsetzer sowie der Transparenz des Verfahrens legitimierende Bedeutung zu. Schließlich ist eine Selbstverpflichtung zwingend nur als interessengerechte Ausgestaltung aller Beteiligten anzuerkennen, wenn sie nicht kartellrechtliche Missbrauchs möglichkeiten eröffnet. Da das Kartellrecht mit dem funktionsfähigen Wettbewerb eine dem UWG entsprechende Zielsetzung verfolgt, bedingen sich beide Rechtsbereiche gegenseitig, so dass im harmonisierten B2C-Bereich ein Verstoß gegen das Kartellrecht jedenfalls dann ausgeschlossen ist, wenn die private Regel im Ergebnis als Konkretisierung der Lauterkeit angesehen werden kann. Sofern der Verhaltenskodex einen höherwertigen Schutz als das Lauterkeitsrecht beansprucht, stellt dieser dagegen nicht mehr den Rahmen der unternehmerischen Sorgfalt dar. Im nicht harmonisierten B2B-Bereich ist zu beurteilen, ob die private Regel durch die Verwirklichung außerökonomischer Gemeinwohlziele im Wege der Legalaustrahme des Art. 101 III AEUV oder mittels eines Schrankentransfers anhand der »Cassis-Doktrin« mit den Wertungen des Kartellrechts vereinbar ist. Eine derartige Prüfung ist jedoch nur erforderlich, wenn kein einheitlicher Maßstab der unternehmerischen Sorgfalt anhand des Art. 2 lit. h UGP-RL angenommen wird¹⁰⁵⁷. Sofern eine Gesamtbeurteilung der Legitimitätskriterien dafür spricht, den Verhaltenskodex als »anständige Gepflogenheit« anzusehen, kann dieser unter Beachtung der nachfolgenden Tatbestandsmerkmale als legitime Ausgestaltung der unternehmerischen Sorgfalt angesehen werden.

Die weiteren Elemente des § 2 I Nr. 7 UWG liegen im Maßstab der »Billigkeit« und »Treu und Glauben«. Diese beinhalten eigenständige zwingende Kriterien der unternehmerischen Sorgfalt. So berücksichtigt der »Billigkeitsmaßstab« den Einzelfall und stellt die Anwendung der legitimierten privaten Regel unter den Vorbehalt, dass im konkreten Fall, trotz eines Verstoßes gegen den Kodex, entlastende Elemente zugunsten des Regelverletzers sprechen. Der Maßstab von »Treu und Glauben« stellt eine Alternativreferenz oder Kontrolle im Sinne einer Lauterkeitsprüfung anhand der gesetzlichen Kriterien dar und ermöglicht hierdurch erst die Integration von Verhaltenskodizes in § 3 UWG. Die Alternativreferenz (vgl. den Wortlaut des Art. 2 lit. h UGP-RL »oder«) kommt in Fällen zur Geltung, in denen keine anständige Gepflogenheit in der Branche existiert, und ermöglicht eine lauterkeitsrechtliche Wertung nach den üblichen Kriterien. Eine Kontrolle (vgl. den Wortlaut des Art. 2 h UGP-

1057 Hierzu: 5. Kapitel, I., 3., b), cc).

RL »und«) erfolgt in den Fällen, in denen ein Verhaltenskodex als anständige Gepflogenheit in der Branche zu werten ist und dessen Maßstab im Einzelfall auch angewendet werden kann. Der Kontrollmaßstab von »Treu und Glauben« stellt hier faktisch eine Ermächtigung des Gerichts dar, den Verhaltensmaßstab des Kodex dennoch nicht zu beachten und eine lauterkeitsrechtliche Überprüfung anhand der gesetzlichen Kriterien vorzuziehen. Auf diese Weise wird vermieden, dass ein Verhaltenskodex zu einem für das erkennende Gericht zwingenden rechtlichen Maßstab werden kann.

II. Die Reichweite des lauterkeitsrechtlichen Schutzzwecks

1. Die Schutzzweckentwicklung des Lauterkeitsrechts

a) Einleitung

Die Frage einer lauterkeitsrechtlichen Sanktionierung von Sorgfaltstestsverstößen erschöpft sich nicht in der Feststellung ausreichender Legitimitätskriterien des Verhaltenskodex und der weiteren Voraussetzungen¹⁰⁵⁸ der Generalklausel. Damit ein Verhaltenskodex dem von der EU-Kommission verfolgten Anspruch, die unternehmerische Sorgfalt in einer Branche zu konkretisieren¹⁰⁵⁹, genügen kann, ist erforderlich, dass eine Missachtung dieses Kodex überhaupt als unlautere Wettbewerbs-handlung des UWG eingestuft werden kann. Eine Sanktionierung des Kodexverstoßes über das Lauterkeitsrecht muss daher auch aus der Perspektive des gesetzeseigenen Schutzzwecks gewollt sein. Dieser Zweck ist in § 1 UWG rechtsverbindlich festgelegt und fungiert als »zentraler Schlüssel« für das Verständnis der gesetzlichen Systematik und der einzelnen Vorschriften¹⁰⁶⁰. Danach dient das UWG dem »Schutz der Mitbewerber, der Verbraucherinnen und Verbraucher sowie der sonstigen Marktteilnehmer vor unlauteren geschäftlichen Handlungen« und »schützt zugleich das Interesse der Allgemeinheit an einem unverfälschten Wettbewerb« (§ 1 UWG).

Das Lauterkeitsrecht wurde vor über 100 Jahren mit dem Ziel der Sicherung eines »anständigen« Marktverhaltens verabschiedet und war seitdem auf

1058 Hierzu Kapitel 5, I., 3.), c).

1059 Vgl. Erwägungsgrund 20 der UGP-RL (RL 2005/29/EG vom 11.5.2005).

1060 *Hetmark*, GRUR 2014, 437 (440).

das Leitbild des »ehrlichen Kaufmanns« zugeschnitten¹⁰⁶¹. Auf den ersten Blick mag es daher verwundern, wenn der Sanktionierung heutiger Verhaltenskodizes, die zumeist Ideale der *Corporate Social Responsibility* gewährleisten sollen, aufgrund des geltenden Schutzzwecks mitunter Grenzen gesetzt werden. Weitgehend besteht aber dahingehend Einigkeit, dass die Grenze des Schutzzwecks jedenfalls dort liegt, wo die Gefahr einer Instrumentalisierung des Lauterkeitsrechts zur Durchsetzung an sich wettbewerbsfremder Belange besteht¹⁰⁶² und hierdurch in nicht tragbarer Weise in fremde Rechtsgebiete eingegriffen wird.

Zur Einordnung der nachfolgend behandelten Problematik sind noch folgende Klarstellungen zuvor anzuführen: Vom Schutzzweck des Lauterkeitsrechts sind zunächst alle Sachverhalte eindeutig erfasst, in denen der Gesetzgeber positiv in speziellen Normen über die Unlauterkeit entschieden hat¹⁰⁶³. Dies betrifft alle Fälle, in denen Marktteilnehmer in ihrer Entscheidungsfreiheit, insb. durch irreführende Werbemaßnahmen, beeinträchtigt werden¹⁰⁶⁴. Der Wettbewerbsbezug liegt hier in der unzulässigen Beeinflussung der Marktentcheidung des Verbrauchers und ist unabhängig vom Inhalt des Verhaltenskodex. Daneben fallen aber auch im Rahmen der Generalklausel solche Verhaltenskodizes eindeutig unter den lauterkeitsrechtlichen Schutzzweck, deren Regelungsgehalt in der Gewährleistung von markt-bezogenen Verbraucherschutzbelangen liegt oder bestimmten Verpflichtungen zum »fairen« Wettbewerbsverhalten dient. Hierunter sind vornehmlich Verhaltenskodizes zu verstehen, in denen Grundsätze für das »lautere« Werbeverhalten von Unternehmen festgeschrieben werden¹⁰⁶⁵, solange sich ihr Regelungsgehalt nicht allein auf Fragen des Geschmacks beschränkt¹⁰⁶⁶. Bei Verhaltenskodizes, deren Inhalt etwa im Bereich von Arbeitnehmer- oder Umweltschutzbelangen liegt oder der Festlegung datenschutzrechtlicher Standards dient, ist in der geltenden Rechtslage dagegen fraglich, ob eine Sanktionierung von Verstößen durch die Generalklausel des UWG erfasst werden soll.

1061 *Henning-Bodewig*, WRP 2011, 1014 (1014); *Henning-Bodewig*, WRP 2010, 1094 (1095).

1062 Köhler/Bornkamm/Köhler, UWG, § 1 Rn. 41; Harte/Henning/Podszun, UWG, § 1 Rn. 14, 61; Scherer, WRP 2006, 401 (403).

1063 *Henning-Bodewig*, WRP 2010, 1094 (1103).

1064 Hierzu Kapitel 4 und Kapitel 3, III., 1., a) – c).

1065 So etwa die Werberichtlinien des Zentralverbandes der deutschen Werbewirtschaft (ZAW) oder der FSA-Kodex betreffend die Regelung des »lauteren« Pharma-Marketings.

1066 *Henning-Bodewig*, WRP 2011, 1014 (1018).

Diese Problematik lehnt sich an die Fallgruppe der Sanktionierung von Normen außerhalb des Lauterkeitsrechts an, welche in der Vergangenheit als »Vorsprung durch Rechtsbruch« im Bereich des § 1 UWG a. F. erfasst und in der seit dem 10.12.2015 geltenden Rechtslage in § 3a UWG (vormals in § 4 Nr. 11 UWG 2008) kodifiziert wurde. Die Behandlung der Fragestellung richtet sich im Folgenden hieran aus und stellt als Einstieg die historische Entwicklung des Schutzzweckverständnisses anhand der Sanktionierung nicht wettbewerbsrechtlicher Normen im UWG nach (1., b und c). Im Anschluss erfolgt eine Beurteilung des maßgeblichen Anknüpfungspunktes lauterkeitsrechtlich relevanten Verhaltens im Fall von Verstößen gegen die unternehmerische Sorgfalt, welche dem eigentlichen Marktverhalten »vorausgelagert« sind (2.). Nachfolgend werden die Grundsätze der heutigen Rechtspraxis und vertretene Alternativen im Rahmen des § 3a UWG beurteilt und in Bezug zu den Parallelen und Unterschieden der Generalklausel des UWG gesetzt (3.). Schließlich wird ein Konzept vertreten, welches einen Verstoß gegen nicht-wettbewerbsbezogene Sorgfaltstestsstandards in den Fällen als unlauteres Verhalten ansieht, in denen der Sorgfaltstestverstoß zugleich einen zu unterbindenden Einfluss auf das Wettbewerbssgeschehen, mithin eine Wettbewerbsverfälschung, bewirkt (4.). Für die rechtliche Beurteilung ergeben sich durch die UWG-Reform 2015 keine Abweichungen

b) Entwicklung am Beispiel der Fallgruppe des Vorsprungs durch Rechtsbruch

aa) Die Unterscheidung zwischen wertbezogenen und wertneutralen Normen in der Rechtsprechung zu § 1 UWG 1909

Das UWG von 1909 war die Reaktion des Gesetzgebers auf die Missstände, die im Zuge der 1869 eingeführten Gewerbefreiheit und der Industrialisierung entstanden sind, und sollte eine Rückbesinnung auf die Grundsätze eines »anständigen Kaufmanns« bewirken¹⁰⁶⁷. Ein Bestandteil eines gewünschten Wettbewerbs liegt naturgemäß darin, dass die einzelnen Marktteilnehmer sich den für sie geltenden Gesetzen unterwerfen und diese in der Praxis auch einhalten. Zugleich kann das Lauterkeitsrecht aber nicht dazu dienen, als Instrument privatrechtlicher Durchsetzung für jegliche Gesetzesverstöße zu fungieren. Es ist daher schon immer anerkannt gewesen, dass ein Gesetzesver-

¹⁰⁶⁷ Henning-Bodewig, GRUR 2013, 238 (239); Henning-Bodewig, WRP 2010, 1094 (1095).

stoß nicht automatisch mit einem Sittenverstoß nach altem Recht bzw. einem Lauterkeits-/Sorgfaltverstoß nach § 3 UWG gleichgesetzt werden kann. Das Verhältnis von Lauterkeits- zu Gesetzesverstoß ist jedoch bis heute nicht abschließend geklärt¹⁰⁶⁸.

Im Jahr 1927 hielt es das Reichsgericht erstmals für unlauter, dass ein Wettbewerber den mittels untertariflicher Bezahlung der Arbeitnehmer erlangten Vorteil der niedrigeren Herstellungspreise dazu verwendete, sich einen Vorsprung im Wettbewerb vor seinen Konkurrenten zu sichern¹⁰⁶⁹. Seitdem hatte sich bis zur Jahrtausendwende in der Rechtspraxis eine Abgrenzung von Verstößen gegen sog. »wertbezogene« und »wertneutrale« Normen durchgesetzt. Als »wertbezogen« wurden in ständiger Rechtsprechung solche Normen bezeichnet, die als Ausdruck sittlicher Grundanschauung oder zum Schutz besonders wichtiger Gemeinschaftsgüter erlassen wurden¹⁰⁷⁰. Ein Verstoß hiergegen rechtfertigte die Einordnung als unerlaubte Handlung i. S. d. UWG, wohingegen ein Verstoß gegen andere sog. »wertneutrale« Normen, welche aus Gründen »ordnender Zweckmäßigkeit«¹⁰⁷¹ erlassen wurden, erst bei Vorliegen weiterer Umstände als sittenwidrig i. S. d. § 1 UWG a. F. eingestuft wurde. Dies kam insb. dann in Betracht, wenn sich ein Wettbewerber planmäßig über diese Norm hinwegsetzte, um hierdurch einen Vorsprung im Wettbewerb zu erlangen¹⁰⁷².

Gerade der Bereich wertbezogener Normen wurde in der Judikatur weit gefasst, so dass durch das UWG verschiedene Allgemeininteressen, wie etwa

1068 Fezer/Götting, Lauterkeitsrecht, Band 1, § 4–11 Rn. 1.

1069 RGZ 117, 16 (22) – »Tarifvertragsverstoß«; Glöckner, GRUR 2013, 568 (569).

1070 So etwa: BGH GRUR 2000, 237 (238) – »Giftnotruf-Box«; BGH GRUR 1999, 1128 (1129) – »Hormonpräparate«; BGH WRP 1998, 181 (183) – »Warentest«; Fezer/Götting, Lauterkeitsrecht, Band 1, § 4–11 Rn. 2; Glöckner, GRUR 2008, 960 (962); Zeppenick, WRP 2000, 1069 (1069); Piper, WRP 2002, 1197 (1199).

1071 Köhler/Bornkamm/Köhler, UWG, § 4 Rn. 11.2; Ohly/Sosnitza/Ohly, UWG, § 4 Rn. 11/73.

1072 So zuletzt etwa: BGH GRUR 2001, 1166 (1168) – »Fernflugpreise«; BGH GRUR 1996, 786 (788) – »Blumenverkauf an Tankstellen«; BGH GRUR 1993, 980 (982) – »Tarifhöhnenunterschreitung«; BGH GRUR 1991, 769 (771) – »Honoraranfrage«; BGH GRUR 1988, 699 (700) – »qm-Preisangaben II«; Ullmann/Link, jurisPK-UWG, § 4 Nr. 11 Rn. 4; Fezer/Götting, Lauterkeitsrecht, Band 1, § 4–11 Rn. 2; Glöckner, GRUR 2013, 568 (569).

die Gesundheit der Bevölkerung¹⁰⁷³, das Pressewesen¹⁰⁷⁴ oder die Rechtspflege¹⁰⁷⁵ direkt geschützt wurden. Spätestens als das BVerfG im Jahr 1989 Gesetze zum Schutz der Umwelt als zur Sicherung »überragender Gemeinschaftsbelange« kategorisierte¹⁰⁷⁶, wurden diese Normen ebenfalls als wertbezogen eingestuft¹⁰⁷⁷. Dagegen sah der Bundesgerichtshof eine Verletzung von Tarifverträgen als wertneutral an, sodass ein Lauterkeitsverstoß aus der Verletzung nur dann resultierte, wenn dieser »systematisch zu dem Zweck erfolgte, sich damit einen Wettbewerbsvorteil ggü. vertragstreuen Wettbewerbern zu verschaffen«¹⁰⁷⁸. Auch das Ladenschlussgesetz¹⁰⁷⁹ oder die Preisangabeverordnung¹⁰⁸⁰ stufte die Rechtsprechung als wertneutrale Ordnungsvorschriften ein, deren Missachtung nur in Verbindung mit dem Vorsprungsgedanken als lauterkeitswidrig gewertet wurde.

bb) Die Begrenzung des lauterkeitsrechtlichen Schutzzwecks mit der Entscheidung »Abgasemissionen« des BGH vom 11.5.2000

Diese Rechtspraxis sah sich jedoch zunehmend der Kritik ausgesetzt. Zum einen wurden die mitunter erheblichen Abgrenzungsschwierigkeiten bei der Unterscheidung zwischen sittlich fundierten und wertneutralen Normen angemerkt¹⁰⁸¹, zum anderen führte die häufige Annahme einer sittlichen Fun-

1073 BGH GRUR 2002, 269 (269) – »Sportwetten-Genehmigung«; BGH GRUR 2000, 237 (238) – »Giftnotruf-Box«; BGH GRUR 1998, 407 (411) – »Tiapridal«; BGH NJW 1966, 393 (394) – »Novo-Petrin«.

1074 BGH GRUR 1971, 477 (478f.) – »Stuttgarter Wochenblatt II«; BGH GRUR 1969, 287 (289f.) – »Stuttgarter Wochenblatt«.

1075 BGH GRUR 1998, 956 (957) – »Titelschutzanzeigen für Dritte«; BGH GRUR 1089, 437 (439) – »Erbensucher«; BGH GRUR 1987, 710 (711) – »Schutzzrechtsüberwachung«.

1076 BVerfG NJW 1990, 1229 (1229).

1077 So etwa das OLG Köln in Bezug auf die Normen des Bundesimmissionsschutzgesetzes (OLG Köln BB 1993, 1387 (1387)) oder das LG Duisburg hinsichtlich Regelungen der Verpackungsverordnung (LG Duisburg BeckRS 2004, 17888 (Rn. 47)).

1078 BGH GRUR 1993, 980 (982) – »Tariflohnunterschreitung«.

1079 BGH GRUR 1982, 615 (Ls. 3 und 617) – »Flughafen-Verkaufsstellen«; BGH GRUR 1981, 424 (426) – »Tag der offenen Tür II«.

1080 BGH GRUR 1988, 699 (700) – »qm-Preisangaben II«.

1081 So zuerst wohl in den Monografien von Schricker, Gesetzesverletzung, S. 30ff. und der Abhandlung von Georg v. Schall-Riaocour, Wettbewerbsverstöße durch Verletzung außerbewerbsrechtlicher Normen (1968).

dierung der Norm zu Überschneidungen in anderen Rechtsbereichen, vornehmlich des Verwaltungsrechts. Der Vorwurf lautete, die Judikatur betreibe eine »systemwidrige Expansion des Wettbewerbsrechts« und »dilletiere in Zentralbereichen des allgemeinen Verwaltungsrechts«¹⁰⁸². In der Folge näherte sich die Rechtsprechung verstärkt der Ansicht Schrickers an¹⁰⁸³, die Norm des § 1 UWG a. F. in Anlehnung an die Schutznormtheorie des § 823 II BGB am »wettbewerbsbezogenen« Schutzzweck des Gesetzes auszurichten. Auch vor der Entscheidung »Abgasemissionen« hatte der Gerichtshof daher schon eine vorsichtige Abkehr von der bisherigen Dogmatik bewirkt und trotz der Annahme einer wertbezogenen Norm eine am »Schutzzweck des UWG vorzunehmende Gesamtbetrachtung« als maßgeblich erachtet¹⁰⁸⁴.

Die grundlegende Entscheidung »Abgasemissionen« des BGH vom 11.5.2000 bewirkte jedoch einen deutlichen Bruch mit der bisherigen langjährigen Praxis, obwohl der Gerichtshof hier (noch) nicht ausdrücklich das Merkmal der »Wertbezogenheit« aufgab¹⁰⁸⁵. Im Rechtsstreit konkurrierender Unternehmen der holzverarbeitenden Industrie war über die Lauterkeit eines Warenvertriebs von Holzprodukten zu entscheiden, deren Herstellung unter Überschreitung der zulässigen Grenzwerte der 13. BImSchV¹⁰⁸⁶ erfolgte¹⁰⁸⁷. Der Rechtsprechungstradition folgend hätte der Bundesgerichtshof mit dem Verstoß gegen die unstreitig als wertbezogene Norm deklarierten Grenzwerte der BImSchV zugleich einen Verstoß gegen § 1 UWG a. F. annehmen müssen. Die Besonderheiten lagen hier jedoch im konkreten Sachverhalt: So wurde zum einen der Beklagten (lediglich) vorgeworfen, die Grenzwerte jedenfalls nicht durchgehend einzuhalten. Zum anderen hatte sich die Beklagte bereits ggü. der Umweltbehörde dazu verpflichtet, Maßnahmen zur Verbesserung des Immissionsschutzes durchzuführen, weshalb mit der Behörde ein »Stillhalteabkommen« vereinbart wurde, demzufolge in einem bestimmten (zum

1082 *Tettinger*, NJW 1998, 3473 (3474). Besonders pointiert beschreibt *Stolterfoth* den Wettbewerbsrichter als Verwaltungsjuristen (*Stolterfoth*, FS *Rittner*, S. 695).

1083 *Schrieker*, Gesetzesverletzung, S. 250ff., 262, 276. Für eine wettbewerbsbezogene Auslegung des Schutzzwecks plädierte ausdrücklich auch schon *Hefermehl*, GRUR Int 1983, 507 (508).

1084 BGH GRUR 2000, 237 (238f.) – »Giftnotruf-Box«. In diese Richtung auch: BGH WRP 1999, 643 (647) – »Hormonpräparate«.

1085 BGH GRUR 2000, 1076 (1078) – »Abgasemissionen«.

1086 Dreizehnte Verordnung zur Durchführung des Bundes-Immissionsschutzgesetzes (Verordnung über Großfeuerungsanlagen – 13. BImSchV, vom 22.6.1983).

1087 *Piper*, WRP 2002, 1197 (1197).

Entscheidungszeitpunkt noch laufenden) Zeitraum von Zwangsmaßnahmen abgesehen wurde¹⁰⁸⁸. Um hier nicht in Ermessensentscheidungen der Umweltbehörde durch Mittel des Wettbewerbsrechts unzulässigerweise einzugreifen, war eine Abkehr von der bisherigen zwingenden Dogmatik praktisch unumgänglich.

Der BGH hat dies durch Einführung zweier neuer Gesichtspunkte gelöst. Zum einen führte er – in Anlehnung an einen Vorschlag von *Sack* im Rahmen der UWG-Reform 2004¹⁰⁸⁹ – das Kriterium der »sekundären wettbewerbsbezogenen Schutzfunktion« ein. Danach sollte ein Verstoß gegen eine Regelung nur noch dann lauterkeitswidrig sein, wenn dieser zumindest sekundär die Funktion zukommt, »die Gegebenheiten eines bestimmten Marktes festzulegen und so auch gleiche rechtliche Voraussetzungen für die auf diesem Markt tätigen Wettbewerber zu schaffen«¹⁰⁹⁰. Zum anderen grenzte der Gerichtshof das Kriterium der geschäftlichen Handlung für den Bereich des Rechtsbruches in zeitlicher Hinsicht ein: § 1 UWG a. F. sollte danach »nicht als Grundlage für Klagen herangezogen werden, mit denen – vergleichbar einer Popularklage – Verstöße gegen gesetzliche Bestimmungen im Vorfeld des Wettbewerbshandelns verfolgt werden, die zwar in irgendeiner Weise Auswirkungen auf die Wettbewerbschancen der Mitbewerber haben, die aber selbst nicht als Wettbewerbsverhalten zu qualifizieren sind und auch nicht geeignet sind, dem eigentlichen Wettbewerbsverhalten den Charakter eines gerade in wettbewerblicher Hinsicht unlauteren Handelns zu geben«¹⁰⁹¹. Da im vorliegenden Fall der Verstoß gegen die BImSchV im Vorfeld des eigentlichen Markthandelns erfolgte – im sog. produktionsinternen Bereich –, konnte dieser folglich nicht gleichzeitig einen Verstoß gegen § 1 UWG a. F. darstellen.

1088 BGH GRUR 2000, 1076 (1077) – »Abgasemissionen«.

1089 *Sack*, WRP 2004, 1307 (1309). Die Idee der Abstellung auf die (sekundär) wettbewerbsbezogene Schutzfunktion einer Regelung basiert letztlich auf einer Abhandlung *Schrikers*, welcher im Rahmen des UWG für eine Einführung der Schutznormtheorie in Fällen des Rechtsbruchs plädierte (*Schricker*, Gesetzesverletzung, S. 250ff., 262, 276).

1090 BGH GRUR 2000, 1076 (1079) – »Abgasemissionen«.

1091 BGH GRUR 2000, 1076 (1078) – »Abgasemissionen«.

c) Das wettbewerbsfunktionale Verständnis des Lauterkeitsrechts und hieraus folgende Fragestellungen der Untersuchung

Der Gedanke einer wettbewerbsfunktionalen Auslegung des § 1 UWG a. F. wurde jedenfalls vom Bundesgerichtshof in nachfolgenden Entscheidungen aufgegriffen und dahingehend zusammengefasst, dass ein Lauterkeitsrechtlicher Anspruch nur dann in Frage kommt, wenn »von dem Gesetzesverstoß zugleich eine unlautere Störung des Wettbewerbs auf dem Markt ausgeht« und daher »die verletzte Norm eine auf die Lauterkeit des Wettbewerbs bezogene Schutzfunktion« haben muss¹⁰⁹². Mit Einführung des § 4 Nr. 11 UWG im Jahr 2004 (§ 3a UWG 2015) griff der Gesetzgeber den Gedanken der Rechtsprechung ausdrücklich auf und bezweckte mit dem Tatbestand nur solche Normen zu erfassen, die »zumindest auch das Marktverhalten im Interesse der Marktbeteiligten regeln«¹⁰⁹³.

Die Einführung des Rechtsbruchtatbestandes und die Formulierung der Schutzzweckklausel in § 1 UWG vollzogen im Jahr 2004 den Wandel hin zu einem an wettbewerbsfunktionalen Kriterien auszurichtenden Schutzzweck des UWG, welcher heute der herrschenden Ansicht in der Literatur entspricht¹⁰⁹⁴. Das Lauterkeitsrecht schützt damit neben den Interessen der Marktteilnehmer immer zugleich den Maßstab eines unverfälschten Wettbewerbs, welcher insb. im Rahmen der Abwägung der verschiedenen Belange Gewichtung findet¹⁰⁹⁵. Damit sind sonstige Allgemeininteressen der Rechtspflege, des Arbeitnehmer-,

1092 BGH GRUR 2004, 346 (346) – »Rechtsanwaltsgesellschaft«; BGH GRUR 2003, 969 (970) – »Ausschreibung von Vermessungsleistungen«; BGH GRUR 2003, 164 (165) – »Altautoverwertung«; BGH NJW 2002, 2645 (2646) – »Elektroarbeiten«.

1093 So ausdrücklich: BT-Drucks. 15/1487, S. 19. Dagegen könnte die Formulierung auf S. 16, wonach »der Schutz sonstiger Allgemeininteressen weiterhin nicht Aufgabe des Wettbewerbsrechts sei«, angesichts der früheren Rechtsprechung durchaus als paradox angesehen werden. Sie soll tatsächlich aber wohl nur die genannte Rechtsprechungsentwicklung nachzeichnen (vgl. etwa: MüKo/UWG/Sosnitza, Band 1, § 1 Rn. 31).

1094 Zu den weiterhin vertretenen drei Sichtweisen: *wettbewerbsfunktionaler* Auslegung, *gemischt-wettbewerbsfunktional-ethischer* Auslegung oder *rein ethischer* Auslegung etwa: Martin Drews, Die Erheblichkeitsschwelle des § 3 UWG, S. 11ff.

1095 So die h. M.: BT-Drucks. 15/1487, S. 15; BGH GRUR 2013, 945 (Rn. 17) – »Standardisierte Mandatsbearbeitung«; BGH GRUR 2007, 800 (Rn. 21) – »Aufßendienstmitarbeiter«; Teplitzky/Pfeifer/Leistner/Peukert, Großkommentar UWG, Band 1, § 1 Rn. 76ff.; Köhler/Bornkamm/Köhler, UWG, § 1 Rn. 41; Ohly/Sosnitza/Sosnitza, UWG, § 1 Rn. 30; MüKo/UWG/Sosnitza, Band 1, § 1 Rn. 11; Gloy/Loschelder/Hasselblatt, Wettbewerbsrecht, § 58 Rn. 15; Wuttke, WRP 2007, 119 (124).

Umwelt- oder Tierschutzes nicht unmittelbar über das Lauterkeitsrecht durchsetzbar¹⁰⁹⁶.

Im Gegensatz zu den Vorschriften der Irreführung (§ 3 III UWG i. V. m. Nr. 1 und 3 des Anhangs sowie §§ 5a, 5 UWG) ist daher im Rahmen der Generalklausel des UWG zu klären, inwieweit bestimmte Verhaltenskodizes aufgrund der Schutzzweckbegrenzung vom Anwendungsbereich der unternehmerischen Sorgfalt ausgeschlossen sind. In Bezugnahme auf die Entscheidung des Gerichtshofs im Fall »Abgasemissionen« und die heutige gesetzliche Regelung in § 3a UWG bezieht sich die Untersuchung auf zwei Problembereiche: Zunächst stellt sich die Frage, ob Verstöße gegen branchenweit geltende Standards dann keine geschäftliche Handlung i. S. d. § 2 I Nr. 1 UWG darstellen, wenn diese im Vorfeld der eigentlichen Wettbewerbshandlung, mithin im produktionsinternen Bereich, stattfinden (nachfolgend unter 2.). Sofern diese in bestimmten Fällen dennoch als geschäftliche Handlung zu deklarieren sind, ist zu beurteilen, inwieweit ein Verstoß gegen vergleichbare Gesetze eine unlautere Handlung i. S. d. § 3a UWG darstellen würde und welche Konsequenzen sich hieraus für die Anwendung des § 3 UWG ergeben (3. und 4.).

2. Der maßgebliche Anknüpfungspunkt lautерkeitsrechtlicher Überprüfung im Rahmen des § 3 UWG

a) Die maßgeblichen Handlungen beim Verstoß gegen Sorgfaltssstandards und ihr Wettbewerbsbezug in eigenständiger Betrachtung

Der Gerichtshof hatte in der Entscheidung »Abgasemissionen« die Sittenwidrigkeit des Verstoßes gegen die BImSchV aus dem Grund abgelehnt, dass dieser dem eigentlichen wettbewerblichen Handeln vorausging¹⁰⁹⁷. Er berücksichtigt mit dieser Aussage die Stellung des UWG als Sonderdeliktsrecht, welches in Abgrenzung zum allgemeinen Deliktsrecht nur solches Verhalten sanktioniert, welches einen Bezug zum Marktgeschehen aufweist¹⁰⁹⁸. Ein solcher Markt-

¹⁰⁹⁶ Vgl. hierzu auch: 2. Kapitel, II., 1., d); Harte/Henning/Podszun, UWG, § 1 Rn. 61; Köhler/Bornkamm/Köhler, UWG, § 1 Rn. 41; Teplitzky/Pfeifer/Leistner/Peukert, Großkommentar UWG, Band 1, § 1 Rn. 97.

¹⁰⁹⁷ BGH GRUR 2000, 1076 (1078) – »Abgasemissionen«.

¹⁰⁹⁸ BT-Drucks. 15/1487, S. 16; Teplitzky/Pfeifer/Leistner/Peukert, Großkommentar UWG, Band 1, § 2 Rn. 48; Köhler/Bornkamm/Köhler, UWG, § 2 Rn. 35.

bezug liegt vor, wenn die Handlung ihrer Art nach auf die Marktteilnehmer einwirken und damit das Marktgeschehen beeinflussen kann¹⁰⁹⁹.

Rein betriebsinterne Vorgänge treten dagegen nicht in der Außenwelt in Erscheinung und können keine geschäftlichen Handlungen anderer Marktteilnehmer beeinflussen, weshalb die wirtschaftliche Handlungsfreiheit und die Privatsphäre der handelnden Personen gebieten, dass diese Vorgänge dem Anwendungsbereich des UWG entzogen sind¹¹⁰⁰. Dies gilt insb. für das Betreiben eines Werkes zur Herstellung von Waren, wie auch für rein private Handlungen¹¹⁰¹. Die losgelöste Abstellung auf einen Verstoß gegen einen Branchenstandard etwa im Bereich des Umwelt- und Arbeitnehmerschutzes oder der Menschenrechte, welcher im produktionsinternen Bereich entsteht, stellt daher keine geschäftliche Handlung i. S. d. § 2 I Nr. 1 UWG dar.

Erst der Vertrieb der hergestellten Produkte stellt eine geschäftliche Handlung dar, weil erst zu diesem Zeitpunkt mit dem Warenabsatz und dessen Förderung begonnen wird¹¹⁰². In dem reinen Vertrieb der Produkte liegt jedoch, nach der vom BGH im Urteil »Abgasemissionen« vorgenommenen losgelösten Betrachtung, kein unlauteres Verhalten. Der vorhergehende Gesetzesverstoß war für die Beurteilung des Vertriebs unerheblich, da er dem Marktbezug vorausging¹¹⁰³. Bei der vom Gerichtshof vorgenommenen gesonderten Beurteilung des Verhaltens liegt daher entweder schon keine geschäftliche Handlung vor oder diese Handlung stellt kein unlauteres Verhalten dar.

1099 LG Düsseldorf, WRP 2012, 1162 (Rn. 23); Köhler/Bornkamm/*Köhler*, UWG, § 2 Rn. 35; Harte/Henning/*Keller*, UWG, § 2 Rn. 24.

1100 Harte/Henning/*Keller*, UWG, § 2 Rn. 49; Teplitzky/Pfeifer/Leistner/*Peukert*, Großkommentar UWG, Band 1, § 2 Rn. 187; Ohly/Sosnitza/*Sosnitza*, UWG, § 2 Rn. 17; Loschelder/Erdmann/*Erdmann*, Wettbewerbsrecht, § 31 Rn. 23.

1101 BGH GRUR 2000, 1076 (1077) – »Abgasemissionen«; BGH GRUR 1971, 119 (119) – »Branchenverzeichnis«; Köhler/Bornkamm/*Köhler*, UWG, § 2 Rn. 36; Teplitzky/Pfeifer/Leistner/*Peukert*, Großkommentar UWG, Band 1, § 2 Rn. 187; Loschelder/Erdmann/*Erdmann*, Wettbewerbsrecht, § 31 Rn. 24.

1102 BGH GRUR 2000, 1076 (1077) – »Abgasemissionen«; BGH GRUR 1971, 119 (119) – »Branchenverzeichnis«; Köhler/Bornkamm/*Köhler*, UWG, § 2 Rn. 36; MüKo/UWG/Bähr, Band 1, § 2 Rn. 113; Loschelder/Erdmann/*Erdmann*, Wettbewerbsrecht, § 31 Rn. 24.

1103 BGH GRUR 2000, 1076 (1078) – »Abgasemissionen«; so heute auch: Ohly/*Liebenau*, Corporate Social Responsibility, S. 203f.

b) Produktionsinterne Sorgfaltstestsverstöße und Vertrieb als unselbstständige Akte eines lauterkeitsrechtlich relevanten Gesamtgeschehens

Die vom BGH vorgenommene zeitliche Trennung im Zuge der Beurteilung des Marktbezugs einer geschäftlichen Handlung beruht auf einem Vorschlag von *Sack*, welcher unter Berufung auf das Tatbestandsmerkmal »im geschäftlichen Verkehr« in § 1 UWG a. F. für eine dahingehend enge Auslegung der Norm plädierte¹¹⁰⁴. Eine derartige Auslegung wirft jedoch die Frage auf, ob ein vorausgehender oder nachfolgender Gesetzesverstoß überhaupt einer gesonderten Beurteilung zugängig sein kann¹¹⁰⁵. Zweifel an dieser Interpretation sind nach geltender Rechtslage weitaus stärker angebracht, da die 2004 eingefügte Definition der geschäftlichen Handlung in § 2 I Nr. 1 UWG ausdrücklich Verhalten »vor, bei oder nach einem Geschäftsabschluss« erfassen will, solange nur ein »objektiver« Zusammenhang mit dem Warenbezug gegeben ist¹¹⁰⁶. Weiterhin zeigt auch die Norm des § 8 II UWG mit der Haftungserstreckung des Betriebsinhabers für Mitarbeiter, dass betriebsinterne Vorgänge nicht automatisch aus der Betrachtung herausgenommen werden können.

Dennoch ist zu klären, welche Gründe gegen die vom Bundesgerichtshof vertretene Einzelbetrachtung des Verhaltens sprechen. Zunächst fällt auf, dass innerhalb der Entscheidung auch der BGH diese Linie nicht klar vertritt und im weiteren Verlauf unter Berufung auf vorherige Urteile festhält, dass ein Verhalten auch dann gegen § 1 UWG a. F. verstoßen kann, wenn es »zwar nicht selbst gegen ein Gesetz verstößt, sein Charakter als ein marktbezogenes Verhalten aber maßgeblich durch einen vorausgegangenen oder nachfolgenden Gesetzesverstoß bestimmt wird«¹¹⁰⁷. Zuvor hatten nämlich sowohl das Reichsgericht als auch der BGH in langjähriger Rechtsprechung eine Gesamtbetrachtung vorgenommen, welche entscheidend auf die Auswirkung auf das Wettbewerbsgeschehen gerichtet war¹¹⁰⁸. In aktuellen Urteilen scheint der Gerichtshof auch wieder zu einer derartigen Sichtweise zu finden¹¹⁰⁹.

1104 *Sack*, WRP 1998, 682 (687).

1105 *Piper*, WRP 2002, 1197 (1199).

1106 So auch schon die Interpretation *Pipers* vor Einführung des § 2 I Nr. 1 UWG, vgl. *Piper*, WRP 2002, 1197 (1200).

1107 BGH GRUR 2000, 1076 (1078) – »Abgasemissionen«; unter Berufung auf: BGHZ 28, 54 (76) – »Direktverkäufe«; BGHZ 120, 320 (324f.) – »Tariflohnunterschreitung«.

1108 Diverse Hinweise bei: *Piper*, WRP 2002, 1197 (1200, Fn. 36, 37).

1109 BGH GRUR 2010, 754 (Rn. 21) – »Golly-Telly«; BGH GRUR 2010, 654 (Rn. 18) – »Zweckbetrieb«.

Für eine Privilegierung von betriebsinternen Maßnahmen besteht dann kein Grund mehr, wenn diese mit dem darauffolgenden Vertrieb geeignet sind, Außenwirkung zu entfalten¹¹¹⁰. Auch ist aufgrund der Systematik des UWG zu beachten, dass eine wettbewerbsrechtliche Unterlassungsklage nach § 8 I S. 2 UWG schon dann möglich ist, wenn eine Erstbegehungsgefahr für anschließende geschäftliche Handlungen droht¹¹¹¹, mithin auch dem Marktbezug zeitlich vorausgehendes Handeln im Rahmen der Beurteilung relevant sein muss. Zugleich spricht eine aus der Lebenserfahrung gewonnene Vermutung dafür, dass im Rahmen ihres Geschäftsbereichs tätige Unternehmen zugleich auch im geschäftlichen Verkehr handeln¹¹¹².

Im Rahmen der Prüfung der Unlauterkeit ist daher stets eine Gesamtbetrachtung von Warenproduktion und Warenbetrieb geboten, da diese beiden Akte eine »sachliche, wirtschaftliche, planerische und kalkulatorische (Preisbildung) Einheit bilden« und daher auch ein Gesetzesverstoß in der Produktionsphase, dessen Werthaltigkeit sich erst im späteren Vertriebsgeschehen realisiert, Teil eines lauterkeitsrechtlichen Gesamtverhaltens ist, welches keiner isolierten Beurteilung zugänglich ist¹¹¹³. Entscheidend ist, ob sich zum Zeitpunkt der Beurteilung der fraglichen Wettbewerbshandlung die Normverletzung noch manifestiert¹¹¹⁴, denn Schutzzweck und Zielsetzung des UWG können sich immer nur an einem vollständigen Lebenssachverhalt entfal-

1110 Harte/Henning/Keller, UWG, § 2 Rn. 49.

1111 OLG Hamburg, WRP 1985, 651 (654) – »Versendung eines internen Rundschreibens«; Teplitzky/Pfeifer/Leistner/Peukert, Großkommentar UWG, Band 1, § 2 Rn. 190; Ullmann/Ernst, jurisPK-UWG, § 2 Rn. 11.

1112 BGH GRUR 1990, 552 (524) – »HBV-Familien- & Wohnungsrechtsschutz«; BGH GRUR 1962, 45 (47) – »Betonzusatzmittel«; Ohly/Sosnitza/Sosnitza, UWG, § 2 Rn. 20. Daneben wird auch bei einer objektiven Eignung zur Wettbewerbsförderung eine Vermutung für ein Handeln im geschäftlichen Verkehr aufgestellt: KG LMUR 2012, 272 (273 m. w. N.).

1113 Spätgens, FS Tilmann, S. 239 (253). Für eine Gesamtbetrachtung plädieren i. E. auch: Köhler/Bornkamm/Köhler, UWG, § 1 Rn. 7; Ohly/Sosnitza/Sosnitza, UWG, § 2 Rn. 15; Ullmann/Ernst, jurisPK-UWG, § 1 Rn. 15; Müko/UWG/Sosnitza, Band 1, § 1 Rn. 24; Müko/UWG/Schaffert, Band 2, § 4 Nr. 11 Rn. 56; Fezer/Götting, Lauterkeitsrecht, Band 1, § 4–11 Rn. 44; Gloy/Loschelder/Hasselblatt, Wettbewerbsrecht, § 50 Rn. 35; Glöckner, GRUR 2008, 960 (966); Piper, WRP 2002, 1197 (1202); Hefermehl, GRUR Int 1983, 507 (507).

1114 Gloy/Loschelder/Hasselblatt, Wettbewerbsrecht, § 50 Rn. 35.

ten¹¹¹⁵. Das Merkmal des »objektiven Zusammenhangs« in § 2 I Nr. 1 UWG ist funktional anhand der Auswirkungen auf den Wettbewerb zu verstehen¹¹¹⁶.

Da im Rahmen des § 3a UWG eine zeitlich isolierte Beurteilung der in Rede stehenden Handlungen nicht in Betracht kommt, kann für die Generalklausel des UWG nichts anderes gelten. Die Frage des Marktbezugs von Verstößen gegen zum Branchenstandard gewordene Verhaltenskodizes ist hiermit jedoch nicht beantwortet, sondern nur, dass dieser nicht in naturalistischer Hinsicht sondern »normativ mit Hinblick auf den Regelungszweck des Lauterkeitsrechts«¹¹¹⁷ zu interpretieren ist.

3. Die heutige Auslegung des Schutzzwecks in der Praxis und Konsequenzen für die Anwendung der Generalklausel des UWG

Da der Marktbezug nicht schon aus dem Grund verneint werden kann, dass der Verstoß gegen einen Branchenstandard zeitlich vor dem Vertrieb erfolgt, ist im Folgenden zu klären, inwieweit das Lauterkeitsrecht heute in der Praxis (auch) dem Schutz allgemeiner Interessen wie dem Arbeitnehmer-, Umwelt- oder Datenschutz dient.

a) Die Drittirkung der Grundrechte und der Einfluss des europäischen Rechts auf den Schutzzweck des UWG

Die von der herrschenden Ansicht¹¹¹⁸ vertretene »wettbewerbsfunktionale Auslegung« des Lauterkeitsrechts kann nicht vorbehaltlos zum alleinigen Regelungszweck des UWG erklärt werden¹¹¹⁹. Ausschlaggebend hierfür ist vor

1115 *Piper*, WRP 2002, 1197 (1202).

1116 BGH GRUR 2013, 945 (Rn. 17) – »Standardisierte Mandatsbearbeitung«; BGH GRUR 2010, 1117 (Rn. 18) – »Gewährleistungsausschluss im Internet«; OLG Karlsruhe GRUR-RR 2010, 47 (48) – »Vergleich«.

1117 *Glöckner*, GRUR 2008, 960 (966); *Piper*, WRP 2002, 1197 (1202).

1118 BT-Drucks. 15/1487, S. 15; BGH GRUR 2013, 945 (Rn. 17) – »Standardisierte Mandatsbearbeitung«; BGH GRUR 2007, 800 (Rn. 21) – »Außendienstmitarbeiter«; Ohly/Sosnitza/Sosnitza, UWG, § 1 Rn. 30; Teplitzky/Pfeifer/Leistner/Peukert, Großkommentar UWG, Band 1, § 1 Rn. 76ff.; Köhler/Bornkamm/Köhler, UWG, § 1 Rn. 41; MüKo/UWG/Sosnitza, Band 1, § 1 Rn. 11; Gloy/Loschelder/Hasselblatt, Wettbewerbsrecht, § 58 Rn. 15; Wuttke, WRP 2007, 119 (124).

1119 Teplitzky/Pfeifer/Leistner/Peukert, Großkommentar UWG, Band 1, § 1 Rn. 111.

allem der Einfluss des Verfassungs- und Europarechts. Wie in jedem anderen Rechtsgebiet stellen die Grundrechte nicht nur Abwehrrechte gegen den Staat dar, sondern normieren zugleich eine »objektive Wertordnung«, deren Einfluss im Sinne einer »Drittirkung« bei der Auslegung jeglicher gesetzlicher Normierungen und insb. der Generalklauseln zu beachten ist¹¹²⁰.

Dies zeigt sich schon daran, dass der Gesetzgeber bestimmte Tatbestände in das UWG integriert hat, die nicht oder nicht primär der Wahrung der Funktionsbedingungen des Wettbewerbs dienen: So bezwecken § 7 II Nr. 1 Alt. 1, Nr. 3, Nr. 4 UWG vornehmlich den Schutz des individuellen Interesses natürlicher Personen auf Achtung ihres Privatlebens und des Schutzes ihrer persönlichen Daten¹¹²¹. § 4 Nr. 1 UWG 2008 schützt die Menschenwürde mittels des Verbots menschenverachtender Werbung¹¹²², § 4 Nr. 2 UWG 2008 und ebenso § 3 III i. V. m. Nr. 28 des Anhangs dienen zumindest primär der Handlungsfreiheit, indem sie auf die geschäftliche Unerfahrenheit von Kindern und Jugendlichen Rücksicht nehmen. Der Regelungsgehalt der § 4 Nr. 1 und Nr. 2 UWG 2008 wird nach der Reform des Jahres 2015 von der Norm des § 4a UWG umfasst¹¹²³.

Daneben stellt das europäische Recht mit der Richtlinie über audiovisuelle Mediendienste in einem Kernbereich des Lauterkeitsrechts – bei der Werbung und des Marketings – direkt auf den Schutz verschiedener ethischer Belange wie der Menschenwürde, Gesundheit und Sicherheit oder den Umweltschutz ab¹¹²⁴. Schließlich wird teilweise in besonders gravierenden Fällen ein Verstoß gegen den »ethischen Minimalkonsens« auf dem Markt über § 3 I UWG subsumiert, wenn es sich bei dem Verhalten um eine »offensichtliche und unerträgliche Verletzung der allgemein anerkannten Geschäftsethik handelt«¹¹²⁵.

1120 Fezer/Fezer, Lauterkeitsrecht, Band 1, § 1 Rn. 79; Beater, WRP 2012, 6 (8).

1121 Teplitzky/Pfeifer/Leistner/Peukert, Großkommentar UWG, Band 1, § 1 Rn. 328; Fezer/Fezer, Lauterkeitsrecht, Band 1, § 1 Rn. 81. Die Einfügung der Tatbestände erfolgte in Umsetzung des Art. 13 der Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation (RL 2002/58/EG vom 12.7.2002).

1122 BT-Drucks. 15/2795, S. 21; Teplitzky/Pfeifer/Leistner/Peukert, Großkommentar UWG, Band 1, § 1 Rn. 169; Fezer/Fezer, Lauterkeitsrecht, Band 1, § 1 Rn. 81.

1123 Köhler/Bornkamm/Köhler, UWG, 34. Auflage, § 4a Rn. 1.6.

1124 Vergleiche bspw. Art. 9 I lit. c) der RL über audiovisuelle Mediendienste (RL 2010/13/EU vom 10.3.2010).

1125 So etwa: BGH GRUR 1997, 761 (764) – »Politikerschelte«; Teplitzky/Pfeifer/Leistner/Peukert, Großkommentar UWG, Band 1, § 1 Rn. 172f.; Henning-Bodewig, GRUR 1997, 180 (187); anders dagegen etwa: Beater, WRP 2012, 6 (17).

Es stellt sich die Frage, ob neben den gesetzlich geregelten Einfallstoren für soziale Allgemeininteressen in der Praxis weitere Grundwerte als schutzwürdig erachtet werden und wie eine Abgrenzung anhand eines wettbewerbsfunktionalen Schutzzwecks vorgenommen wird.

b) Die Veränderungen der wettbewerbsfunktionalen Auslegung am Beispiel des § 4 Nr. 11 UWG 2008

aa) Abgrenzungsschwierigkeiten in der Rechtspraxis

Entscheidendes Kriterium bei der Anwendung des Rechtsbruchtatbestandes auf außerwettbewerbsrechtliche Normen ist die Fragestellung, ob die Vorschrift »auch dazu bestimmt ist, im Interesse der Marktteilnehmer das Marktverhalten zu regeln« (§ 4 Nr. 11 UWG 2008). Die heutige Rechtsprechung versteht unter dieser »sekundär wettbewerbsbezogenen Schutzfunktion« eine Norm, welche im Interesse der Marktteilnehmer »die Freiheit ihrer wettbewerblichen Entfaltung schützt«¹¹²⁶. Ob dieses Kriterium des § 4 Nr. 11 UWG 2008 auch im Rahmen der vorliegenden Problematik zur Grenzziehung des Lauterkeitsrechtlichen Schutzzwecks bei Verstößen gegen Branchenstandards des § 3 UWG dienlich sein kann, wird nachfolgend anhand ausgewählter Beispiele untersucht.

In der Entscheidung »Abgasemissionen« wurde das Kriterium des Wettbewerbsbezugs erstmals eingeführt, und der Gerichtshof gab mit den Normen des Ladenschlussgesetzes zugleich ein Beispiel für derartige Regelungen¹¹²⁷. Dieser Einteilung ist die Rechtsprechung neben dem LadSchlG auch für Feiertagsgesetze der Länder gefolgt und hat den Wettbewerbsbezug dahingehend konkretisiert, dass die Gesetze auch gleiche Wettbewerbsbedingungen für unterschiedliche Unternehmen garantieren¹¹²⁸. Geschützt werden damit zugleich die Interessen kleinerer und weniger leistungsstarker Mitbewerber¹¹²⁹. Der

¹¹²⁶ BGH GRUR 2010, 654 (Rn. 18) – »Zweckbetrieb«; BGH GRUR 2010, 754 (Rn. 20) – »Golly-Telly«; OLG Stuttgart GRUR-RR 2015, 449 (Rn. 27) – »Zuzahlung für Diabetikerbedarf II«; OLG Düsseldorf NZS 2012, 424 (424).

¹¹²⁷ BGH GRUR 2000, 1076 (1079) – »Abgasemissionen«.

¹¹²⁸ OLG Stuttgart WRP 2008, 977 (982) – »Sonntagsverkauf in Apotheken«; OLG Dresden WRP 2006, 1539 (1540) – »Sonntagsöffnung einer Automatenvideothek«; ebenso: Harde/Henning/v. Jagow, UWG, § 4 Nr. 11 Rn. 89.

¹¹²⁹ Scherer, WRP 2006, 401 (406).

Wettbewerbsbezug des Gesetzes wird hier jedoch mit einem Kriterium begründet, welches nach geltender Rechtslage nicht mehr erheblich sein soll, denn die Grundannahme basiert auf der eigentlich überwundenen Argumentation der *par condicio concurrentium*¹¹³⁰, wonach derjenige sich einen unzulässigen Vorsprung verschafft, der gegen die Gleichheit der Wettbewerbsbedingungen verstößt. Eine derartige Begründung des Wettbewerbsbezugs könnte jedoch ebenso auf die Normen der BImSchV übertragen werden, welchen der BGH in seiner Leitentscheidung gleichwohl ausdrücklich den Wettbewerbsbezug abgesprochen hat¹¹³¹. Damit geht auch der Hinweis in aktuellen Entscheidungen fehl, dass schon unter früher geltender Rechtslage ein Verstoß gegen das Ladenschlussgesetz wettbewerbsrelevant war¹¹³², denn in diesen Urteilen wurden diese Normen als »wertneutral« eingestuft, deren Verstoß nur in Verbindung mit dem Vorsprungsgedanken als sittenwidrig beurteilt wurde¹¹³³. Ebenso wie die vom Gerichtshof ebenfalls als Beispiel genannten Vorschriften über das Nachtbackverbot¹¹³⁴ wurde den Normen des Ladenschlussgesetzes gerade kein Wettbewerbsbezug zugemessen¹¹³⁵. Die Gleichheit der Wettbewerbsbedingungen ist dementsprechend auch nicht sekundärer Zweck des LadSchlG, sondern nur die Folge des bezweckten Arbeitnehmerschutzes¹¹³⁶, weshalb das Gesetz

1130 Zu dem Vorsprungsgedanken und der Argumentation der *par condicio concurrentium* in eingehenderer Betrachtung: Kapitel 5, II., 4., b). Die *par condicio concurrentium* wird in Verbindung mit dem Vorsprungsgedanken von der h. M. heute nicht als geltendes Argument zur Begründung der Unlauterkeit angesehen. Vgl. hierzu etwa: BGH GRUR 2010, 654 (Rn. 25) – »Zweckbetrieb«; KG GRUR-RR 2012, 19 (21); Köhler/Bornkamm/Köhler, § 4 Rn. 11.36; Ohly/Sosnitza/Ohly, UWG, § 4 Rn. 11/8; MüKo/UWG/Schaffert, Band 2, § 4 Nr. 11 Rn. 33.

1131 BGH GRUR 2000, 1076 (1079) – »Abgasemissionen«; ebenso: *Piper*, WRP 2002, 1197 (1203); *Ziegler*, ZUR 2001, 34 (36f.). Da die vorliegenden Immissionsschutznormen auf Richtlinien der EU beruhen, die zu gleichen Wettbewerbsbedingungen unter den Mitgliedstaaten führen sollen, könnte sich ein wettbewerbsbezogener Schutzzweck auch aus diesem Aspekt ergeben, vgl. hierzu: *Zeppernick*, WRP 2000, 1069 (1072).

1132 OLG Stuttgart WRP 2008, 977 (982) – »Sonntagsverkauf in Apotheken«.

1133 BGH GRUR 1996, 786 (788) – »Blumenverkauf an Tankstellen«; BGH GRUR 1995, 601 (603) – »Bahnhofsvverkaufsstellen«; BGH NJW 1982, 2502 (2504) – »Flughafen-Verkaufsstellen«; BGH GRUR 1988, 382 (383) – »Schelmenmarkt«.

1134 BGH GRUR 1989, 116 (118) – »Nachtbackverbot«.

1135 Weitere Fundstellen bei: *Piper*, WRP 2002, 1197 (1203, Fn. 61).

1136 BVerwG NJW 1982, 2513 (2515); so auch: *Sack*, WRP 2005, 531 (540); vgl. hierzu auch ausdrücklich die Unterscheidung von *Köhler*: Köhler/Bornkamm/Köhler, UWG, § 4 Rn. 11.35c.

nicht im Interesse der Marktteilnehmer deren Entfaltungsfreiheit schützt und daher nicht als wettbewerbsbezogen eingestuft werden kann.

Auch bei den Jugendschutzgesetzen geht die Rechtsprechung ohne Weiteres davon aus, dass diese einen Wettbewerbsbezug enthalten¹¹³⁷. Sofern der BGH von der Einteilung des Jugendschutzgesetzes als Marktverhaltensregelung i. S. d. § 4 Nr. 11 UWG 2008 darauf schließt, dass diese Normen auch wettbewerbliche Interessen der Verbraucher schützen¹¹³⁸, stellt dies jedoch einen Zirkelschluss dar, auch wenn Entscheidungsgegenstand ein Verstoß gegen § 3 UWG war. Das Jugendschutzgesetz bezweckt aber nicht die Regelung der Bedingungen der Marktteilnehmer¹¹³⁹, denn geschützt werde auch nicht sekundär die Verbraucherentscheidung von Jugendlichen, sondern ihre noch unfertige, ungefestigte Persönlichkeit vor schädlichen Einflüssen¹¹⁴⁰. Bei funktionsorientierter Betrachtung der Normen dienen diese zwar dem Schutz einer schutzbedürftigen Gruppe der Bevölkerung, nicht jedoch in ihrer Funktion als Marktbeteiligte, weswegen sie keine Regelungen zu Zwecken ihrer marktbezogenen Interessen darstellen¹¹⁴¹.

Der Marktbezug von Normen des Datenschutzgesetzes wird auch von der Judikatur kontrovers beurteilt¹¹⁴². Ein Marktbezug soll nach Teilen der Rechtsprechung jedenfalls im Rahmen von Werbemaßnahmen vorliegen, da das Bundesdatenschutzgesetz durch die Setzung von Grenzen bei der Werbung dem Schutz der Betroffenen als Marktteilnehmer dient¹¹⁴³. Da die Beurteilung des Marktbezugs jedoch unter Heranziehung des Gesetzeszwecks zu erfolgen hat¹¹⁴⁴, ist anzumerken, dass das Datenschutzrecht ein Ausfluss des Persönlichkeitsrechts ist und eine Individualrechtsposition schützt, bei der es wiederum

1137 BGH GRUR 2007, 890 (Rn. 35) – »Jugendgefährdende Medien bei Ebay«.

1138 Ebenda.

1139 So auch Glöckner, GRUR 2013, 568 (570).

1140 Scherer, WRP 2006, 401 (406).

1141 Ebenda.

1142 Für eine Einteilung als marktbezogene Regelungen: OLG Köln NJW 2014, 1820 (1821); OLG Karlsruhe GRUR-RR 2012, 396 (398) – »Neuer Versorger«; OLG Köln NJW 2010, 90 (90); gegen eine Einteilung als marktbezogene Regelungen: OLG München GRUR-RR 2012, 395 – »Personenbezogene Daten«; OLG Frankfurt MMR 2005, 696 (697) – »Skoda-Autokids-Club«.

1143 OLG Köln NJW 2014, 1820 (1821).

1144 BGH GRUR 2007, 162 (Rn. 12) – »Mengenausgleich in Selbstentsorgergemeinschaft«; OLG München GRUR-RR 2012, 395 (396) – »Personenbezogene Daten«.

gerade nicht um einen Schutz in der Rolle als Marktteilnehmer geht¹¹⁴⁵. In Anbetracht des Gesetzeszwecks ändert sich an dieser Beurteilung nichts, wenn die Norm ausdrücklich die Zulässigkeit einer Nutzung personenbezogener Daten für Zwecke der Werbung regelt¹¹⁴⁶.

Auch bauordnungsrechtlichen Zulassungserfordernissen wird ein Marktbezug bescheinigt, da diese »dem Schutz der Marktteilnehmer (dienen), denen durch die Zulassung und durch den Übereinstimmungsnachweis Gewissheit darüber verschafft werden soll, dass das konkret gelieferte Bauprodukt unbedenklich seinem Zweck entsprechend verwendet werden kann«¹¹⁴⁷. Der BGH stellt in diesem Zusammenhang richtigerweise fest, dass einem derartigen Produkt ohne Zulassung die Verkehrsfähigkeit fehlt¹¹⁴⁸. Damit handelt es sich jedoch um eine Marktzutrittsregelung, die nicht vom Tatbestand des § 4 Nr. 11 UWG 2008 erfasst ist und im Gesetzgebungsverfahren bewusst ausgeklammert wurde¹¹⁴⁹.

bb) Schlussfolgerung: Unklarheiten im Rahmen der Feststellung einer »sekundär wettbewerbsbezogenen Schutzfunktion« und Schutzlücken der geltenden Rechtslage bei § 3a UWG

Die Differenzierung in § 1 UWG, wonach nur das Allgemeininteresse auf den unverfälschten Wettbewerb eingeschränkt wird, hat auch zur Folge, dass die Rechtsprechung im Rahmen des § 4 Nr. 11 UWG 2008 diese Interessen mittels »Summierung« von Einzelinteressen den jeweiligen Marktteilnehmern (insb. den Verbrauchern) zuspricht¹¹⁵⁰. So stellt das Inverkehrbringen von nicht zu-

1145 von Walter, Rechtsbruch, S. 235.

1146 Vergleichbar etwa: BGH GRUR 2006, 872 (Rn. 16ff.) – »Kraftfahrzeuganhänger mit Werbeschildern«; OLG München GRUR-RR 2012, 395 (396) – »Personenbezogene Daten«.

1147 BGH GRUR 2006, 82 (Rn. 22) – »Betonstahl«.

1148 Ebenda.

1149 Köhler/Bornkamm/Köhler, UWG, § 4 Rn. 11.48, 11.44; Ohly/Sosnitza/Ohly, UWG, § 4 Rn. 11/18. Zu den Einzelheiten des Gesetzgebungsverfahrens bzgl. der Ausklammerung von Marktverhaltensregelungen ausführlich: Fezer/Götting, Lauterkeitsrecht, Band 1, § 4–11 Rn. 21ff.

1150 Loschelder/Erdmann/Hasselblatt, Wettbewerbsrecht, § 58 Rn. 50; Beater, WRP 2012, 6 (14). Es besteht aktuell die Tendenz, das Kriterium »wertbezogen« lediglich durch »verbraucherschützend« zu ersetzen, vgl. Glöckner, GRUR 2013, 568 (571).

gelassenen Arzneimitteln heute, neben einem Verstoß gegen die Strafnorm des § 5 I AMG, auch einen Verstoß gegen § 4 Nr. 11 UWG 2008 dar, weil die Regelungen des Arzneimittelgesetzes dem Gesundheitsschutz der Verbraucher dienen¹¹⁵¹ und nicht mehr aufgrund eines Verstoßes gegen das »übergend wichtige Gemeinschaftsgut« der Volksgesundheit als sittenwidrig eingestuft werden¹¹⁵². Eine Überschreitung von Grenzwerten beim Quecksilbergehalt in Leuchtstoffröhren gem. § 5 II ElektroG¹¹⁵³ verstößt gegen § 4 Nr. 11 UWG 2008, da die Normen des ElektroG »nicht nur abfallwirtschaftliche Ziele haben«, sondern auch der Gesundheit der Verbraucher dienen¹¹⁵⁴. Augenscheinlich stellt sich bei diesen Beispielen die Frage der Grenzziehung: Besteht im Fall der »Abgasemissionsentscheidung« des BGH bei Produkten, die mittels Überschreitung von Immissionsschutzwerten hergestellt wurden, ein geringeres Gesundheitsinteresse der Verbraucher als bei Produkten, deren Enderzeugnis einen erhöhten Quecksilberanteil aufweist? Ist das Gesundheitsrisiko durch produktionsbedingte Luftverschmutzung für die Gesamtheit der Verbraucher deshalb geringer einzustufen, weil sich dieses nicht in der Substanz des späteren Produktes niederschlägt, wie es sich zum Beispiel bei einer Überschreitung des Grenzwertes beim Quecksilbergehalt zeigt?

Die Ausführungen haben jedenfalls gezeigt, dass zum einen das Kriterium der »sekundär wettbewerbsbezogenen Schutzfunktion« der Norm seine Abgrenzungsfunktion weitgehend verloren hat¹¹⁵⁵ und der Rechtsanwender den Entscheidungen nur schwer entnehmen kann, anhand welcher Kriterien außerwettbewerbliche Normen Einzug in den Anwendungsbereich des UWG erhalten. Zum anderen ergeben sich Schutzlücken bei einer ausschließlich am Normzweck ausgerichteten Beurteilung, denn eine Wettbewerbsverfälschung kann auch bei Rechtsnormen ohne wettbewerbsfunktionalen Schutzzweck vorliegen, wenn sich ein rechtsbrüchiger Wettbewerber hierdurch unrechtmäßige Wettbewerbsvorteile ggü. seinen rechtstreuen Mitbewerbern ver-

1151 BGH GRUR 2005, 778 (Ls. 2) – »Atemtest«.

1152 So noch: BGHZ 142, 192 (197, m. w. N.) – »Entfernung der Herstellungsnummer«; BGHZ 22, 167 (180f.) – »Arzneifertigwaren«.

1153 I. V. mit Anhang III der RL 2011/65/EU vom 8.6.2011 zur Beschränkung der Verwendung bestimmter gefährlicher Stoffe in Elektro- und Elektronikgeräten.

1154 OLG Karlsruhe NJW-RR 2015, 996 (996).

1155 Ohly/Sosnitza/Ohly, UWG, § 4 Rn. 11/5; Böhler, Alter und neuer Rechtsbruchtatbestand, S. 226; Glöckner, GRUR 2013, 568 (570); so auch schon: Ziegler, ZUR 2001, 34 (36f.); weiteres Beispiel etwa: BGH GRUR 2011, 843 (Rn. 16) – »Vorrichtung zur Schädlingsbekämpfung«.

schafft¹¹⁵⁶. Der Verstoß gegen Normen des Ladenschlussgesetzes bspw. ist bei wettbewerbsfunktionaler Beurteilung des Gesetzes selbst nicht unlauter. Eine Wettbewerbsverfälschung kann erst dann drohen, wenn der Rechtsverstoß tatsächlich Auswirkungen auf die Gleichheit der Wettbewerbsbedingungen zeitigt¹¹⁵⁷. Speziell diese Wettbewerbsverfälschung wird jedoch von der herrschenden Ansicht nicht mehr anerkannt und ein durch Rechtsbruch erzielter Wettbewerbsvorsprung als unerheblich erachtet¹¹⁵⁸.

cc) Die »verantwortete Marktwirtschaft«¹¹⁵⁹ als Alternativmodell?

Mit der Entwicklung des Lauterkeitsrechts hin zu einem ausschließlich an den Wettbewerbsfunktionen ausgerichteten Gesetz verstummt jedoch nicht die Stimmen, die weiterhin für eine Einbeziehung ethischer Kriterien plädieren. In sozialethischer Hinsicht äußerte sich etwa der Philosoph Jürgen Habermas im Zuge der Finanzkrise 2008 wie folgt: »Ich hoffe, dass die neoliberalen Agenda nicht mehr für bare Münze genommen, sondern zur Disposition gestellt wird. Das ganze Programm einer hemmungslosen Unterwerfung der Lebenswelt unter die Imperative des Marktes muss auf den Prüfstand.«¹¹⁶⁰ Konkret wird die Frage aufgeworfen, ob bestimmte ethische Mindeststandards (zu verstehen als Form einer »Ordnungsethik« in Abgrenzung zu Fragen lediglich »schlechten Geschmacks«¹¹⁶¹) auch im Wettbewerb einzuhalten sind¹¹⁶². Hierzu gehören etwa auch die Einhaltung umweltrechtlicher und arbeitsschutzrechtlicher

1156 Hierzu ausführlich: 5. Kapitel, II., 4., b); ebenso bspw.: Glöckner, GRUR 2013, 568 (572); Hetmark, GRUR 2014, 437 (441); Glöckner, GRUR 2008, 960 (967); Weber/Weber, GRUR Int 2008, 899 (903); Sack, WRP 2005, 531 (540); Schricker/Henning-Bodewig, WRP 2001, 1366 (1404); Ziegler, ZUR 2001, 34 (36). So auch schon Schricker, der nur mittels Kombination von Schutznormtheorie und Vorsprungsgedanke die Gewährleistung eines wettbewerbsbezogenen Schutzzwecks erfüllt sieht, vgl. Schricker, Gesetzesverletzung, S. 277.

1157 In diese Richtung auch: Sack, WRP 2005, 531 (540).

1158 Vgl. etwa: BGH GRUR 2010, 654 (Rn. 25) – »Zweckbetrieb«; KG GRUR-RR 2012, 19 (21); Köhler/Bornkamm/Köhler, § 4 Rn. 11.36; Ohly/Sosnitza/Ohly, UWG, § 4 Rn. 11/8; MüKo/UWG/Schaffert, Band 2, § 4 Nr. 11 Rn. 33.

1159 Der Begriff bezieht sich auf das von Fezer vertretene Wettbewerbsmodell: Fezer/Fezer, Lauterkeitsrecht, Band 1, E Rn. 277ff.

1160 Die Zeit vom 6.11.2008, S. 53; aus: Pfeifer, Acquis Communautaire, S. 125 (126).

1161 Henning-Bodewig, WRP 2011, 1014 (1018).

1162 Schulze, JuS 1999, 636 (637).

Standards in der Produktion¹¹⁶³. Die Konsequenz für die vorliegende Thematik läge gerade darin, dass auch die von Verhaltenskodizes vorgegebenen (ethischen) Standards des § 3 UWG gleichzeitig als Grundwerte der Gesellschaft vom Schutzzweck des Lauterkeitsrechts erfasst sind¹¹⁶⁴.

Entscheidend ist die Frage, wie ein derartiges Verständnis mit dem kodifizierten Schutzzweck des Lauterkeitsrechts zu vereinbaren ist. Die Einbeziehung von Aspekten der Ordnungsethik in das UWG allein mit dem Hinweis abzulehnen, dass § 1 S. 2 UWG gerade keine Interessen der Allgemeinheit schützt, sondern nur den unverfälschten Wettbewerb als Zweck kennt, wäre jedoch vorschnell. Es geht gerade nicht um die Einbeziehung »wettbewerbsfremder« Allgemeininteressen in den Bereich des UWG, sondern um die Frage des Verständnisses des Begriffes »Wettbewerb« schlechthin. Kein in den Wirtschaftswissenschaften vertretenes Wettbewerbsmodell¹¹⁶⁵ stellt ein normatives Leitbild des UWG dar, sondern es handelt sich ausschließlich um Beschreibungen der Realität, denen rechtspolitische Bedeutung zukommen kann, aber von Seiten des Gesetzgebers keine Bindungswirkung zugesprochen wurde¹¹⁶⁶.

Auch Schünemann stellt unter Berufung auf *Adam Smith* eine Systemimmanenz zwischen Ordnungsethik und Wettbewerbsfreiheit fest, denn »Selbstverantwortung, Respekt vor den Bedürfnissen Anderer in nachfragegesteuerter Angebotspolitik, Einhegung der Selbstsucht durch die Notwendigkeit vertraglichen Handelns bei Rechtsgleichheit aller Marktteilnehmer [...] sowie nachhaltiger und schonender, weil effizienter Ressourceneinsatz [...] sind allesamt in einer freiheitlich-wettbewerbsgesteuerten Marktwirtschaft bestens aufgehoben«¹¹⁶⁷. Hieraus können letztlich zwei gegenläufige Schlussfolgerungen gezogen werden: Entweder es wird davon ausgegangen, dass i. S. d. neoliberalen Modells die Gewährleistung größtmöglicher Freiheit des Einzelnen von allein zur Wahrung einer gesamtwirtschaftlichen Ordnungsethik führt¹¹⁶⁸. Oder Marktfreiheit und -verantwortung werden als »zu unterscheidende [...] Seiten ein und derselben Medaille« einer sozialmarktwirtschaftlichen Wett-

1163 Pfeifer, *Acquis Communautaire*, S. 125 (129).

1164 Fezer/Fezer, *Lauterkeitsrecht*, Band 1, E Rn. 295, 287.

1165 Einen Überblick über die bekanntesten Wettbewerbsschulen bietet: Harte/Henning/Pödszun, § 1 Rn. 66ff.

1166 Ohly/Sosnitza/Ohly, UWG, A Rn. 18; *Hetmark*, GRUR 2014, 437 (437).

1167 Teplitzky/Pfeifer/Leistner/Schünemann, *Großkommentar UWG*, Band 1, Einl. 133.

1168 So die Schlussfolgerungen Schünemanns: Teplitzky/Pfeifer/Leistner/Schünemann, *Großkommentar UWG*, Band 1, Einl. 135.

bewerbsordnung angesehen, welche nicht nur die Optimierung der Wettbewerbsintensität beinhaltet, sondern ebenso Strategien zur Wahrnehmung gesellschaftlicher Verantwortung entwickeln muss¹¹⁶⁹. Als veranschaulichendes Beispiel kann die Vereinbarung von Ökologie in das Wettbewerbssystem genannt werden: Im Gegensatz zum neoliberalen Modell, in dem der Markt grundsätzlich zu einer externen Verlagerung der Umweltkosten tendiert, dem Staat mithin die Rolle eines »Reparaturbetriebs in Sachen Umwelt« zukommt, folgt aus dem Prinzip der Verantwortung der Marktwirtschaft, dass sich die gesetzlichen Rahmenbedingungen dahingehend ändern müssen, dass sich »Produktion, Distribution, Verbrauch und Entsorgung an den Präferenzen für ein ökologisches Wachstum ausrichten« können¹¹⁷⁰.

Es kann bezweifelt werden, dass ein für nationale Märkte entworfenes Modell der Marktwirtschaft im transnationalen Kontext fortgeschrieben werden sollte und ob aufgrund der jeweils unterschiedlichen Sozial- und Umweltschutzniveaus der Produktionsländer¹¹⁷¹ die Marktverantwortung mit den neuen Möglichkeiten der Wettbewerbsintensivierung und Konzentration von Unternehmensmacht Schritt gehalten hat. Eine zu starre Schutzzweckbegrenzung kann auch einem dynamischen Prozess in der Rechtsordnung zuwiderlaufen.

De lege lata kann diesem Wettbewerbsverständnis jedoch nicht gefolgt werden. In praktischer Hinsicht ergäben sich weiterhin jene Abgrenzungsschwierigkeiten, die ursprünglich mit Einführung des wettbewerbsfunktionalen Modells im UWG vermieden werden sollten: So wäre bspw. ein Kriterium »ordnungsethischer Verantwortung« nicht minder unbestimmt als das frühere Merkmal der »Wertbezogenheit« und daher mit erhöhter Rechtsunsicherheit behaftet. Die Feststellung einer »herrschenden Sozialmoral« begegnete schon unter dem UWG 1909 erheblichen Schwierigkeiten¹¹⁷². So manifestierten sich die Schwierigkeiten einer an ethischen Kriterien ausgerichteten Beurteilung schon zu Zeiten der Unterscheidung zwischen »wertneutralen« und »sittlich fundierten Normen«, denn Ethik als ein Maßstab für »gutes, richtiges Handeln«¹¹⁷³ verlangt auch dort Gesetzestreue, wo es sich um als »wertneutral«

1169 Fezer/Fezer, Lauterkeitsrecht, Band 1, E Rn. 281.

1170 Fezer/Fezer, Lauterkeitsrecht, Band 1, E Rn. 282.

1171 Vgl. hierzu auch schon die Ausführungen in Kapitel 2., I., 1., b).

1172 Schricker, Gesetzesverletzung, S. 274; ebenso bspw. Sack, WRP 2004, 1307 (1313).

1173 Andersen, Einführung in die Ethik, S. 2.

eingestufte Ordnungsnormen handelt, und müsste daher jeden Gesetzesverstoß im Rahmen des § 4 Nr. 11 UWG 2008 als »unethisch« und damit unlauter betrachten¹¹⁷⁴. Die vom Gesetzgeber eingefügte Schutzzweckbestimmung sollte (tendenziell) zu einer Liberalisierung des Wettbewerbs führen¹¹⁷⁵. Ein Abwägungsprozess der verschiedenen Interessen sollte danach im Lauterkeitsrecht nicht wertoffen anhand ethischer Perspektiven ausgestaltet werden, sondern mittels Einführung der Schutzzweckbestimmung gerade anhand der Kriterien eines »unverfälschten Wettbewerbs«. Es kann daher nicht davon ausgegangen werden, dass die Subsumierung im alten Recht z. T. einbezogener und weitergehender Interessenbereiche unter das Wettbewerbsverständnis vom Gesetzgeber mit der beabsichtigten »Liberalisierung« des UWG im Jahr 2004 bezeichnet wurde. Dieser Maßstab ist für den Rechtsanwender als bindend zu erachten, weswegen auch die Integration noch so billigenswert erscheinender außerwettbewerblicher Ziele in das UWG als politisch motivierte Akzente angesehen werden müssen, welche dem Gesetzgeber vorbehalten sind¹¹⁷⁶. Diese Entscheidung hat der Gesetzgeber für einzelne Tatbestände des UWG getroffen, in denen sich besonders gewichtige grundrechtliche Wertungen »neben« dem wettbewerbsbezogenen Schutzzweck zeigen. Für den restlichen Bereich des UWG verbietet sich aber ein Rückschluss auf nicht wettbewerbsfunktionale Belange.

dd) Begrenzung des wettbewerbsfunktionalen Schutzzwecks auch auf die Marktteilnehmer?

In Abgrenzung zur sog. »gemischt-wettbewerbsfunktional-ethischen« Auslegung des § 1 UWG geht daher die rein an Wettbewerbsfunktionen ausgerichtete Ansicht davon aus, dass neben den marktbezogenen Interessen der Allgemeinheit vom UWG auch ausschließlich solche Interessen der einzelnen Marktteilnehmer geschützt werden¹¹⁷⁷. Gesichtspunkte wie der Gesundheitsschutz der Verbraucher fallen danach nur unter den Rechtsbruchtatbestand,

¹¹⁷⁴ Schricker, Gesetzesverletzung, S. 275.

¹¹⁷⁵ BT-Drucks. 15/1487, S. 1.

¹¹⁷⁶ BGH GRUR 1982, 53 (55) – »Bäckerfachzeitschrift«; Beater, WRP 2012, 6 (17).

¹¹⁷⁷ So etwa: Harte/Henning/Schünemann, UWG, 2. Auflage, § 1 Rn. 43ff.; Stutz, Wertbezogene Normen, S. 54; Ohly/Liebenau, Corporate Social Responsibility, S. 207f.; Wuttke, WRP 2007, 119 (122f.); Scherer, WRP 2006, 401 (406); Keffler, WRP 2005, 264 (264f.); Apostolopoulos, WRP 2005, 152 (153ff.); Keffler/Micklitz, WRP 2003, 919 (921).

wenn durch den Rechtsverstoß der Verbraucher zugleich in seinem Marktverhalten beeinflusst würde. Im Regelfall wären danach Verstöße gegen in der Praxis typische Normen des § 4 Nr. 11 UWG 2008 – wie bspw. des Jugendschutzrechts, Arzneimittelrechts, Produktsicherheitsrechts, Ladenschluss- oder Apothekengesetzes – in Bezug auf Verbraucherinteressen nur lauterkeitsrechtlich relevant, wenn sie Einfluss auf den Verbraucher als Marktteilnehmer zeitigen, mithin seine Nachfrageentscheidung manipulieren¹¹⁷⁸.

In der Begründung widerspricht diese Auslegung dem Wortlaut des § 1 S. 2 UWG, wonach die Beschränkung auf den unverfälschten Wettbewerb ausdrücklich nur die Allgemeinheit trifft. Im Ergebnis dürfte diese Ansicht aber dennoch der Intention des Gesetzgebers entsprechen. So erklärt § 1 S. 2 UWG, dass bei einer Beeinträchtigung von Mitbewerberinteressen »zugleich« immer der unverfälschte Wettbewerb geschützt werden soll. Die notwendige Kontrolle anhand des »unverfälschten Wettbewerbs« bestätigt sich in den Gesetzesunterlagen¹¹⁷⁹, in denen weiterhin klargestellt wird, dass die Verbraucher vorwiegend in ihrer Entscheidungsfreiheit sowie die Mitbewerber speziell in ihrer Angebotsfreiheit geschützt werden¹¹⁸⁰. Demzufolge sind die Individualinteressen der Marktteilnehmer erster Anknüpfungspunkt, zugleich aber nicht Selbst- und Endzweck der Bewertung, sondern die Beurteilung der Unlauterkeit muss zugleich immer anhand des Maßstabs des unverfälschten Wettbewerbs gerechtfertigt sein¹¹⁸¹. Die Begründung eines Wettbewerbsverstoßes bspw. mit einer Missachtung von die Gesundheit des Verbrauchers schützenden Vorschriften ist daher nicht ausreichend, solange hierdurch nicht gleichzeitig eine Verfälschung des Wettbewerbs hervorgerufen wird. Sie kann insb. in einem Einfluss auf die Entscheidungsfreiheit der Verbraucher gesehen werden oder in einer Verfälschung der Anbieterfreiheit der Mitbewerber. Nur wenn die Vorschrift auch (sekundär) eine Verfälschung des Wettbewerbs durch Beeinträchtigung dieser Interessen der Marktteilnehmer schützen soll, ist eine solche wettbewerbsbezogene Schutzfunktion gegeben.

In Anbetracht der zuvor gezeigten Abgrenzungsschwierigkeiten der Rechtsprechung im Bereich des Wettbewerbsbezugs und dem insoweit eindeutigen Willen des Gesetzgebers ist davon auszugehen, dass auch im Rahmen der

1178 Scherer, WRP 2006, 401 (404).

1179 BT-Drucks. 15/1487, S. 15.

1180 BT-Drucks. 15/1487, S. 13.

1181 Teplitzky/Pfeifer/Leistner/Peukert, Großkommentar UWG, Band 1, § 1 Rn. 78.

Interessen der Marktteilnehmer bei der lauterkeitsrechtlichen Beurteilung zugleich immer eine Betrachtung anhand der Kriterien einer Wettbewerbsverfälschung vorgenommen werden muss. Die Anerkennung diverser Allgemeininteressen als Gruppenbelange der Marktteilnehmer liefe ansonsten der bezeichneten Ausgliederung nichtwettbewerbsbezogener Allgemeininteressen aus dem UWG zuwider. Die jeweiligen sonstigen Gruppenbelange sind aus sich heraus nicht schutzwürdig und nur dann erheblich, wenn ihre Missachtung auch am Maßstab der »Wettbewerbsverfälschung« eine unlautere geschäftliche Handlung zeitigt. Ob diese strenge Abstellung auf einen wettbewerbsfunktionalen Schutzzweck innerhalb des geltenden Lauterkeitsrechts den heutigen Gegebenheiten eines globalen Marktes tatsächlich gerecht wird und seit der UWG-Reform 2004 das »Pendel eventuell zu stark in die eine Richtung geschwungen sein könnte«¹¹⁸², bedarf einer rechtspolitischen Betrachtung und ist an dieser Stelle nicht zu klären.

c) Das Verhältnis von § 3 I, II UWG zu § 3a UWG

Bei der Beurteilung einer Wettbewerbsverfälschung vernachlässigt die heute verstärkt auf Verbraucherbelange bezogene Betrachtung jedoch die Interessen der Mitbewerber. Damit wird aber die originäre Wettbewerbsverfälschung auf Anbieterseite ausgeklammert, welche gerade dadurch entsteht, dass sich ein rechtsbrüchiger Marktteilnehmer einen ungerechtfertigten Vorteil ggü. seinen rechtstreuen Mitbewerbern verschafft¹¹⁸³. Der Grund für die fehlende Einbeziehung dieses Gesichtspunktes liegt in der Ausgestaltung des § 4 Nr. 11 UWG 2008 (ebenso im Fall des § 3a UWG 2015): Der Vorsprung durch Rechtsbruch enthält ein eigenes Unlauterkeitsmerkmal, kann jedoch nicht den fehlenden (sekundären) Wettbewerbsbezug einer Norm herstellen¹¹⁸⁴. Dies ist jedoch gerade eine notwendige Tatbestandsvoraussetzung der Norm des Rechts-

¹¹⁸² *Henning-Bodewig, WRP 2010, 1094 (1095).*

¹¹⁸³ Vgl. hierzu auch ausführlich: 5. Kapitel, II., 4., b). Glöckner stellt bspw. fest, dass an der rechtspolitischen Berechtigung solcher Wettbewerbsverfälschungen kein Zweifel bestehen kann, vgl. Glöckner, GRUR 2008, 960 (967).

¹¹⁸⁴ Scherer, WRP 2006, 401 (404).,

bruchs¹¹⁸⁵, weshalb eine Anwendung der *par condicio concurrentium* und des Vorsprungsgedankens als unlauterkeitsbegründendes Merkmal im Rahmen des Rechtsbruchtatbestandes keine Bedeutung haben kann und höchstens als Element in die Abwägung fließt, wenn ohnehin ein Marktbezug der Norm schon vorliegt. Es stellt sich daher die Frage, ob für den hier untersuchten Fall eines Verstoßes gegen Sorgfaltsstandards im Rahmen des § 3 UWG diese Wertungen zu übertragen sind, mithin der Wettbewerbsbezug des Sorgfaltsstandards entscheidendes Kriterium ist, oder auf die Auswirkungen auf den Wettbewerb abgestellt werden sollte.

Zum Teil wird seit Einführung des § 4 Nr. 11 UWG 2008 vertreten, dass im Fall von Rechtsnormen ohne Wettbewerbsbezug ein Verstoß über § 3 UWG zu sanktionieren ist, wenn sich der Wettbewerber durch eine (gezielte) Verletzung dieser Vorschrift einen Wettbewerbsvorsprung vor seinen gesetzestreuen Mitbewerbern verschafft¹¹⁸⁶. Überwiegend wird jedoch eine Subsumierung derartiger Fälle unter § 3 UWG unter Hinweis auf die insoweit abschließende Fallgruppe in § 4 Nr. 11 UWG 2008 abgelehnt¹¹⁸⁷.

Zunächst ist festzuhalten, dass die frühere Norm des § 4 UWG nach eindeutigem Willen des Gesetzgebers keine abschließenden Regelungen formuliert¹¹⁸⁸. Ob dagegen jedoch der einzelne Tatbestand des § 4 Nr. 11 UWG 2008 und nunmehr § 3a UWG 2015 eine eigene abgeschlossene Fallgruppe bildet, bedarf

1185 Neben dem insoweit eindeutigen Wortlaut des § 4 Nr. 11 UWG 2008 auch die Gesetzesbegründung: »es wird dementsprechend nur ein Verstoß gegen solche Normen erfasst, die zumindest auch das Marktverhalten im Interesse der Marktbeteiligten regeln. Dies entspricht der neueren Rechtsprechung zu § 1 UWG a. F. (BGH GRUR 2002, 825 – »Elektroarbeiten«).«, vgl. BT-Drucks. 15/1487, S. 19.

1186 OLG Saarbrücken GewArch 2005, 194 (195); Fezer/Götting, Lauterkeitsrecht, Band 1, § 4–11 Rn. 48 (mit der Einschränkung auf nicht-gesetzliche Normen); Gloy/Loschelder/Hasselblatt, Wettbewerbsrecht, § 50 Rn. 37; Piper/Ohly/Piper, UWG, 4. Auflage, § 4 Rn. 11/6; Glöckner GRUR 2013, 568 (576); ders., GRUR 2008, 960 (967); Sack, WRP 2005, 531 (540); ders., WRP 2004, 1307 (1316); in diese Richtung etwa speziell in Bezug auf die Entscheidung »Abgasemissionen«: Piper, WRP 2002, 1197 (1199); Ziegler, ZUR 2001, 34 (36).

1187 Vgl. etwa: BGH GRUR 2010, 645 (Rn. 25) – »Zweckbetrieb«; OLG München GRUR-RR 2006, 343 (344) – »Gelenkschutzkapseln«; OLG Köln MD 2006, 909 (911) – »Verrechnungsstelle für Anwaltshonorare«; Köhler/Bornkamm/Köhler, UWG, § 3 Rn. 65c; MüKo/UWG/Schaffert, Band 2, § 4 Nr. 11 Rn. 34; Ullmann/Link, jurisPK-UWG, § 4 Nr. 11 Rn. 12; von Walter, Rechtsbruch, S. 153ff.; Böhler, Alter und neuer Rechtsbruchtatbestand, S. 212; Frenzel, Berufsrechtsverstöße, S. 69f.; Scherer, WRP 2006, 401 (404); Ernst, WRP 2004, 1133 (1137).

1188 BT-Drucks. 15/1487, S. 17.

dagegen näherer Betrachtung. So soll die Norm des § 4 Nr. 11 UWG 2008 nicht alle Verstöße gegen Gesetze generell sanktionieren, sondern nur dann, wenn diesen ein Wettbewerbsbezug zukommt¹¹⁸⁹. Köhler begründet unter Berufung auf die Gesetzesbegründung eine diesbezüglich abschließende Wirkung des § 4 Nr. 11 UWG 2008 dergestalt, dass es »nicht Aufgabe des Lauterkeitsrechts sein kann, alle mit geschäftlichen Handlungen in Verbindung stehenden Gesetzesverstöße (auch) lauterkeitsrechtlich zu sanktionieren, mögen sie auch zu einem Wettbewerbsvorsprung führen«¹¹⁹⁰. Den letzten Halbsatz enthält die Gesetzesbegründung jedoch gerade nicht¹¹⁹¹. Der Gesetzgeber erklärt nur zwei Grundbedingungen: Zum einen ist es (selbstverständlich) nicht Aufgabe des Lauterkeitsrechts, Gesetzesverstöße *generell* zu sanktionieren¹¹⁹². Zum anderen sollen von § 4 Nr. 11 UWG 2008 nur Verstöße gegen wettbewerbsbezogene Normen direkt sanktioniert werden¹¹⁹³. Dies schließt aber einen Rückgriff auf § 3 UWG in Fällen der Erzielung eines Wettbewerbsvorsprungs nicht aus. So werden unter Zuhilfenahme des Vorsprungsgedankens nicht alle Gesetzesverstöße lauterkeitsrechtlich sanktioniert, sondern gerade nur solche, deren Verstöße zu negativen Auswüchsen eines regelwidrigen Wettbewerbsverhaltens führen können und damit den Grundfunktionen eines unverfälschten Wettbewerbs (effiziente Ressourcenallokation, Innovation, Verteilung der Rendite nach Leistung¹¹⁹⁴) in manipulativer Weise zuwiderlaufen. Auch der Gesetzgeber der Reform des Jahres 2004 hat erklärt, dass die Wirkung wettbewerbswidrigen Verhaltens auf das Marktgeschehen ein elementarer Gesichtspunkt des Kriteriums der »Wettbewerbsverfälschung« sei¹¹⁹⁵. Zugleich werden hierdurch auch nicht die Wertungen des Rechtsbruchtatbestandes unterlaufen. Denn in

1189 BT-Drucks. 15/1487, S. 19.

1190 Köhler/Bornkamm/*Köhler*, UWG, § 3 Rn. 65c.

1191 BT-Drucks. 15/1487, S. 19.

1192 Ebenda.

1193 Ebenda. Weitere Voraussetzungen ergeben sich auch nicht aus dem Hinweis auf das Urteil des Gerichtshofes im Fall »Elektroarbeiten«. Zum einen betrifft dieses Urteil speziell die Problematik des Marktzutritts (vgl. zu dem diesbezüglichen Gesetzgebungsverfahren etwa: Fezer/Götting, Lauterkeitsrecht, Band 1, § 4–11 Rn. 24), zum anderen stellt der Bundesgerichtshof bei der Beurteilung des Wettbewerbsbezugs gerade auch auf die Auswirkungen der Handlung ab und schließt somit den Vorsprungsgedanken nicht aus (BGH GRUR 2002, 825 (827) – »Elektroarbeiten«).

1194 Teplitzky/Pfeifer/Leistner/Peukert, Großkommentar UWG, Band 1, § 2 Rn. 53; zum diesbezüglichen Leistungsbegriff vgl. auch 5. Kapitel, II., 4.), b), aa).

1195 BT-Drucks. 15/1487, S. 17.

Abweichung von § 3 UWG sanktioniert § 3a UWG den Gesetzesverstoß im Fall von wettbewerbsbezogenen Normen direkt¹¹⁹⁶. Mit dieser Zweiteilung würde vielmehr das von *Schricker* entwickelte wettbewerbsfunktionale Konzept von Schutznormtheorie (nunmehr in § 3a UWG kodifiziert) *und* Vorsprungsgedanke (demzufolge nach geltender Rechtslage in § 3 I, II UWG) erst verwirklicht¹¹⁹⁷. Konflikte der Wettbewerbsgerichte mit Verwaltungsbehörden, wie sie insb. im Fall »Abgasemissionen« ein maßgeblicher Aspekt der Bewertung waren¹¹⁹⁸, können durch bestimmte Anwendungsleitlinien des Vorsprungsgedankens weitgehend vermieden werden. Diese Schwierigkeiten stellen sich zwar nur im Fall von Verstößen gegen Normen der Verwaltung, die hieraus resultierenden zusätzlichen Voraussetzungen sollten aber im Sinne einheitlicher Rechtsanwendung auch im Rahmen von Verstößen gegen nichtgesetzliche Standards beachtet werden (vgl. hierzu: 5. Kapitel, II., 4., b), cc)).

§ 3a UWG steht damit einem Rückgriff auf § 3 UWG in Verbindung mit dem Vorsprungsgedanken nicht entgegen. Dies gilt erst recht für hier betrachtete außerrechtliche Standards, welche i. d. R. schon keine Rechtsnormen i. S. d. § 3a UWG darstellen. Gerade in diesem Bereich vervollständigen die umgesetzten Regelungen der UGP-RL das Bild, indem Verhaltenskodizes ausdrücklich dem Anwendungsbereich der »unternehmerischen Sorgfalt« zugeschrieben werden¹¹⁹⁹.

d) Zwischenergebnis

Der wettbewerbsfunktionale Schutzzweck kann nicht als alleiniger Schutzzweck des UWG angesehen werden. Der Gesetzgeber hat aufgrund europäischer und grundrechtlicher Vorgaben auch außerwettbewerbliche Belange in das UWG integriert. In Anbetracht der ausdrücklichen Schutzzweckformulierung und Ausklammerung nichtlauterkeitsbezogener Allgemeininteressen in § 1 S. 2 UWG müssen diese Fälle aber als vom Gesetzgeber speziell vom Schutzzweck ausgenommene Einzeltatbestände angesehen werden. Insoweit

¹¹⁹⁶ Einschränkend durch das nach h. M. auch im Rahmen des § 4 Nr. 11 UWG 2008 geltende Spürbarkeitskriterium (vgl. Köhler/Bornkamm/Köhler, UWG, § 4 Rn. 11.58a ff.), welches in § 3a UWG 2015 inzwischen ausdrücklich normiert wurde.

¹¹⁹⁷ Vgl. *Schricker*, Gesetzesverletzung, S. 261ff., S. 276.

¹¹⁹⁸ BGH GRUR 2000, 1076 (1077) – »Abgasemissionen«; hierzu auch: *Zeppernick*, WRP 2000, 1069 (1070).

¹¹⁹⁹ Vgl. insoweit etwa Erwägungsgrund 20 der UGP-RL (RL 2005/29/EG vom 11.5.2005).

würde es die Kompetenzen der Wettbewerbsgerichte überschreiten, wenn sie sonstige Allgemeininteressen wie arbeits-, umwelt-, gesundheits- oder jugendschutzrechtliche Standards in die Wertungen des UWG einfließen ließen und hierdurch politisch motivierte Akzente setzten, mögen die betreffenden Ziele noch so billigenswert erscheinen¹²⁰⁰. Hier geht die Rechtsprechung in einigen Fällen zu weit, indem sie außerwettbewerbliche Allgemeininteressen mittels »Summierung« von verbraucherbezogenen Einzelinteressen unter den Rechtsbruchtatbestand des § 4 Nr. 11 UWG 2008 fasst oder keine klare Abgrenzung des Marktbezugs der Norm anhand des (sekundären) Normzwecks vornimmt. De lege lata müssen auch die Interessen der Marktteilnehmer in einer Gesamtbetrachtung (»zugleich«) anhand des Maßstabs eines unverfälschten Wettbewerbs als unlauter einzustufen sein.

Bei der Frage nach dem wettbewerbsfunktionalen Schutzzweck verschiedener Verbraucherbelange gerät jedoch ein im Lauterkeitsrecht originäres Anbieterinteresse der Mitbewerber aus dem Blickfeld: Das Interesse, durch gesetzesbrüchige Mitbewerber keine Nachteile auf dem Markt zu erleiden. Diese seit den 1920er Jahren in der Rechtsprechung durchweg vertretene und die Fallgruppe des »Vorsprungs durch Rechtsbruch« erst begründende Argumentation¹²⁰¹ ist im Rahmen des § 3a UWG nicht mehr relevant. Grund ist die Abstellung auf den Wettbewerbsbezug der verletzten Norm in § 3a UWG und nicht auf die Auswirkungen des Gesetzesverstoßes auf den Wettbewerb. Der sog. Vorsprungsgedanke kann insoweit den Wettbewerbsbezug der Norm nicht herstellen, sondern normiert ein eigenes wettbewerbsfunktionales Merkmal. Die Ausklammerung dieses Elementes aus § 3a UWG ist in Anbetracht der Rechtshistorie nicht nachvollziehbar, da sich die Kritik an der früheren Rechtsprechung vornehmlich auf die unklare Abgrenzung zwischen »wertbezogenen« und »wertneutralen« Vorschriften bezog und zugleich die pauschale Lauterkeitswidrigkeit »sittlich fundierter« Normen ohne Einzelfallbetrachtung als unbillig angesehen wurde. Die von Schricker als »Schutznormtheorie« entscheidend entwickelte und heute in § 3a UWG kodifizierte wettbewerbsfunktionale Auslegung des Rechtsbruchstatbestandes wurde aber nur in Verbindung mit dem Vorsprungsgedanken als Konzept angesehen, um

1200 Beater, WRP 2012, 6 (16).

1201 Als Ursprung der Fallgruppe des »Vorsprungs durch Rechtsbruch« gilt eine Entscheidung des Reichsgerichts, in der ein Tarifverstoß aufgrund einer Vorsprungserlangung im Wettbewerb als sittenwidrig gewertet wurde, vgl.: RGZ 117, 16 (22) – »Tarifvertragsverstoß«.

mittels wettbewerbsbezogener Auslegung des UWG einen ausreichenden Rechtsschutz zu bieten¹²⁰².

De lege lata ist der Wortlaut des § 3a UWG insoweit aber eindeutig und eine Subsumierung nicht wettbewerbsbezogener Normen unter den Tatbestand nicht möglich. Weder eine in sich abgeschlossene Fallgruppe innerhalb des § 3a UWG noch die Intention des Gesetzgebers steht einer Subsumierung dieser Fälle unter § 3 UWG entgegen¹²⁰³. Vielmehr wird durch eine zweigeteilte Anwendung der §§ 3a und 3 UWG der wettbewerbsfunktionale Charakter dieser Fallgruppe erst ausreichend verwirklicht. Bzgl. der hier betrachteten Konstellation von Verstößen gegen außerrechtliche Branchenstandards kann schließlich erst recht keine andere Wertung gelten, da diese Standards mangels Vorliegen einer »gesetzlichen Vorschrift« ohnehin nicht vom Tatbestand des Rechtsbruchs in § 3a UWG erfasst sind.

Nachfolgend wird daher die Integration des Vorsprungsgedankens in § 3 UWG unter Berücksichtigung seiner theoretischen Grundlagen und Notwendigkeit für einen wettbewerbsfunktionalen Schutzzweck betrachtet und auf Kritikpunkte des Merkmals eingegangen.

4. Der Verstoß gegen Sorgfaltssstandards des § 3 I, II UWG in wettbewerbsfunktionaler Beurteilung

a) Der Verstoß Sorgfaltssstandards des § 3 I, II UWG mit »wettbewerbsbezogener Schutzfunktion«

Sofern ein Verhaltenskodex die Legitimitätskriterien erfüllt, um als Auslegungskorrektiv der »unternehmerischen Sorgfalt« des § 3 I, II UWG herangezogen zu werden¹²⁰⁴, stellt sich also die Frage des Wettbewerbsbezugs anhand seines Schutzzwecks. Enthält der Verhaltenskodex einen wettbewerbsfunktionalen Schutzzweck und hat also die Verhinderung von Wettbewerbsverfälschungen zum Ziel, ist ein Verstoß als unlauterer Wettbewerb i. S. d. § 3 I UWG bei mitbewerberbezogenen – alternativ gem. § 3 II UWG bei verbraucherbezogenen – Interessen zu deklarieren. Zugleich gilt hier aber das einschränkende Merkmal der Bagatellklausel des § 3 I, II UWG, so dass eine nur unerhebliche

1202 Schricker, Gesetzesverstoß, S. 277.

1203 Vgl. insoweit die Ausführungen unter: 5. Kapitel, II., 3., c).

1204 Vgl. insoweit: 5. Kapitel, I., 3., c).

Interessenbeeinträchtigung der Marktteilnehmer lauterkeitsrechtlich nicht zu sanktionieren ist.

In Fällen, in denen der Verhaltenskodex dagegen keinen wettbewerbsbezogenen Schutzzweck aufweist, werden Verstöße gegen einen hierdurch definierten Sorgfaltssstandard für sich betrachtet nicht vom Schutzbereich des UWG erfasst. Das Lauterkeitsrecht hat derartige Verstöße aber dann zu sanktionieren, wenn dieser Branchenstandard eine gleiche rechtliche Ausgangslage für alle Unternehmen eines Geschäftszweigs festlegt und sich Einzelne durch Missachtung des Standards einen ungerechtfertigten Vorteil im Wettbewerb verschaffen. Der Integration des Vorsprungsgedankens in die behandelte Thematik widmet sich der nächste Abschnitt.

b) Der Verstoß gegen einen Sorgfaltssstandard des § 3 I, II UWG ohne »wettbewerbsbezogene Schutzfunktion«

aa) Die Notwendigkeit des Vorsprungsgedankens nach heutigem Verständnis eines wettbewerbsfunktionalen Schutzzwecks des UWG

Ausgangspunkt einer Integration des Vorsprungsgedankens ist die Prämisse, dass mit dem Wandel des lauterkeitsrechtlichen Schutzzwecks auch eine dahingehend angepasste Betrachtung des Merkmals geboten ist. Nach früherem Verständnis galt eine Missachtung von Verhaltensgrundsätzen, die ein »ehrbarer Kaufmann«¹²⁰⁵ für sich als maßgeblich erachten würde, als sittenwidriger Lauterkeitsverstoß. Als Missachtung dieser Verhaltensgrundsätze wurden alle Verstöße gegen »sittlich fundierte« Gesetze oder gegen sonstige Normen, aus denen der Unternehmer Vorteile im Wettbewerb zog, als Lauterkeitsverstoß gewertet¹²⁰⁶. Mit der heutigen Abstellung auf den Wettbewerbsbezug der Norm, einer von Sittlichkeitserwägungen losgelösten Betrachtung der Unlauterkeit und der damit einhergehenden Bedeutungslosigkeit einer Unterscheidung zwischen sittlich fundierten Gesetzen und sonstigen Ordnungsnormen, entfiel aus diesem Blickwinkel heraus auch die Unlauterkeit des Ausnutzens von Normverstößen. Die heutige wettbewerbsfunktionale Auslegung des UWG führt dazu, dass der Blickwinkel auf den Vorsprungsgedanken ebenfalls losgelöst von Sittlichkeitserwägungen anhand der Wettbewerbsfunktionen des

1205 Henning-Bodewig, WRP 2010, 1094 (1095).

1206 Glöckner, GRUR 2008, 960 (964).

UWG ausgerichtet werden muss. Diese Sichtweise knüpft von den wettbewerblichen Auswirkungen heraus an den Schutzzweck an, denn auch der Gesetzgeber versteht unter einer »Wettbewerbsverfälschung« gerade die »Wirkungen wettbewerbswidrigen Verhaltens auf das Marktgeschehen«¹²⁰⁷.

Die Grundlage des Verständnisses liegt darin, dass funktionsfähiger Wettbewerb nur stattfinden kann, wenn für alle Mitbewerber die gleichen rechtlichen Ausgangsbedingungen gelten¹²⁰⁸. Das Lauterkeitsrecht knüpft dementsprechend nicht ausschließlich an den Typus der jeweiligen Rechtsnorm an, sondern konstituiert eine eigene direkt wettbewerbsfunktionale Verhaltensnorm, die verbietet, vom System einer durch geltende Regeln für alle Mitbewerber gebildeten gleichen rechtlichen Ausgangslage (*par condicio concurrentium*) durch einen Normverstoß abzuweichen, um sich hierdurch einen unrechtmäßigen Vorteil im Wettbewerb zu verschaffen¹²⁰⁹. Aufgrund des eigenen Unlauterkeitsmoments dieses Verhaltens ist der Schutzzweck der verletzten Norm unerheblich. Eine gleiche rechtliche Ausgangslage wird insoweit auch nicht allein durch die Rechtsordnung in Form von Gesetzen vorgegeben, sondern kann auch etwa durch Gewohnheitsrecht oder eben solche Verhaltenskodizes, die einen Branchenstandard repräsentieren, definiert sein. Voraussetzung ist allein, dass eine allgemeine Überzeugung von der Richtigkeit der Norm besteht und festgestellt werden kann¹²¹⁰. Bei Verhaltenskodizes ist dies infolge ihres häufig einseitig von Unternehmerseite bestimmten Ursprungs generell nur dann der Fall, wenn dieser unter genannten Voraussetzungen als Auslegungskorrektiv der »unternehmerischen Sorgfalt« des § 3 I, II UWG Geltungsanspruch begründen kann¹²¹¹.

Das konkrete Unlauterkeitsmoment liegt in der Beziehung des Normverstoßes zu den Auswirkungen des Handelns und erklärt sich aus den Grundfunktionen des Systems Wettbewerb. So stellt eine Preisunterbietung bis hin zur Verdrängung von Mitbewerbern selbst kein unlauterkeitsbegründendes Moment dar, sondern ist in einer Marktwirtschaft gerade ein wettbewerbsgerechtes Mittel, ohne das es keinen funktionierenden Wettbewerb geben

1207 BT-Drucks. 15/1487, S. 17.

1208 Teplitzky/Pfeifer/Leistner/Peukert, Großkommentar UWG, Band 1, § 1 Rn. Rn. 312; so auch schon Schricker und Henning-Bodewig in ihrem Gutachten zur UWG-Reform 2004: Schricker/Henning-Bodewig, WRP 2001, 1366 (1404).

1209 Glöckner, GRUR 2008, 960 (964).

1210 Mees, WRP 1985, 373 (375).

1211 Vgl. hierzu: 5. Kapitel, I., 3., c).

kann¹²¹². Verdrängung und Vernichtung des Mitbewerbers kann die wettbewerbseigene Folge eines Leistungsvergleichs der Marktteilnehmer sein¹²¹³, wobei der Leistungsbegriff nicht in Form vorgefertigter Kriterien zu verstehen ist, sondern gerade durch das System von Angebot und Nachfrage in einem dem Markt eigenen Prozess selber festgelegt wird¹²¹⁴. Die Preisunterbietung ist damit so lange ein leistungsimmanentes Merkmal, wie diese vom System des Wettbewerbs als schutzwürdig angesehen wird. Die Grenze liegt dort, wo die Berufsfreiheit des Art. 12 I GG die Betätigung des Unternehmers nicht mehr umfasst. Geschützt ist daher nur die erlaubte wirtschaftliche und berufliche Betätigung¹²¹⁵, weshalb Wettbewerbsvorteilen, die aufgrund von Normverstößen zustande gekommen sind, keine Schutzwirkung im Sinne eines ordnungsgemäßigen Leistungsvergleichs der Marktteilnehmer zukommen kann.

Dieses Ergebnis bestätigt sich bei einer Betrachtung weiterer Zielerreichungskonstanten des Systems Wettbewerb. So ist das dem Wettbewerb immanente individuelle Vorteilstreben nicht aus sich heraus schutzbedürftig, sondern damit es sich zum Vorteil aller auswirkt. Der gesamtwirtschaftliche Vorteil wird aber nur dann erreicht, wenn ein Mindestmaß an Leistungsmotivation dahingehend besteht, dass ökonomische Vorteile nur durch eine Verbesserung des Angebotes in jeder erdenklichen Hinsicht und nicht durch die Missachtung geltender Regeln erreicht werden können (»Fortschritts- und Auslesefunktion des Wettbewerbs«¹²¹⁶). Diesen gesamtwirtschaftlichen Vorteil konterkariert der Wettbewerber, der sich bspw. mittels Täuschung von Abnehmern, Behinderung von Konkurrenten oder Vorteilserlangung durch Missachtung geltender Regeln im Ausleseprozess des Wettbewerbs durchsetzt. Zum einzelnen Normverstoß kommt erschwerend hinzu, dass jeder unzulässig erzielte Wettbewerbsvorteil sich unmittelbar erneut auf den Markt auswirken kann, indem von unzulässigen, aber vorteilsverschaffenden Wettbewerbsmethoden eine »Sogwirkung« ausgeht, die andere Mitbewerber ebenso zu einem derartigen Verhalten verleiten¹²¹⁷ und damit in verstärkter Weise der bezweckten Fortschrittfunktion des Marktes zuwiderlaufen. Eine Vorteilserlangung

1212 Köhler/Bornkamm/Köhler, UWG, § 1 Rn. 11; *Hefermehl*, GRUR Int 1983, 507 (511).

1213 Ohly/Sosnitza/Sosnitza, UWG, § 1 Rn. 17; *Hefermehl*, ebenda.

1214 MüKo/UWG/Sosnitza, Band 1, Grundl. Rn. 20; *Hetmark*, GRUR 2014, 437 (439); vgl. hierzu auch 4. Kapitel, I, 4, b).

1215 So etwa: BVerfG GRUR 1972, 358 (359f.) – »Grabsteinwerbung«.

1216 *Hetmark*, GRUR 2014, 437 (438, 442).

1217 *Hetmark*, GRUR 2014, 437 (438).

durch Spekulation auf die Normtreue der Konkurrenten stellt also kein wettbewerbsimmanentes Verhalten dar. Eine derartige »Dilemmasituation« des gesetzestreuen Wettbewerbers, entweder sein Verhalten ebenso entgegen der Normordnung auszurichten oder wirtschaftliche Nachteile durch normbrüchige Konkurrenten zu erleiden, ist dem einzelnen Marktteilnehmer daher gerade aus wettbewerbsfunktionaler Perspektive nicht zumutbar¹²¹⁸. Schließlich stellt die »Anpassungs- und Steuerungsfunktion« des Wettbewerbs im Gegensatz zur ermöglichen »Fortschritts- und Auslesefunktion« direkt darauf ab, dass es zu den schützenden Funktionen des Wettbewerbs zählt, die Einzelpläne der Marktteilnehmer an die zur Verfügung stehenden Güter anzupassen und hierdurch zu einer effizienten Ressourcenallokation beizutragen¹²¹⁹. Der Verbraucher trägt diesbezüglich als sog. »Schiedsrichter« des Marktes dazu bei, dass sich Produkte hinsichtlich Qualität, Art oder Preis seinen Bedürfnissen anpassen. Sofern sich jedoch Preisvorteile und damit Wettbewerbsvorteile aus der Missachtung geltender Regeln ergeben, welche den Wettbewerbsvorteil »leistungsstärkerer« Mitbewerber verringern oder aufheben, läuft dies gesamtwirtschaftlich einer effizienten Ressourcenallokation zuwider. Ein funktionsfähiger Wettbewerb kann folglich nur stattfinden, wenn die rechtsgleichen Marktchancen nicht durch einzelne Wettbewerber verzerrt werden¹²²⁰.

Dieses Grundverständnis einer Wettbewerbsverfälschung wird auch im europarechtlichen Kontext als Maßstab genommen, wenn unterschiedliche rechtliche Ausgestaltungen in den Mitgliedstaaten oder selektive Ausnahmen bessere Wettbewerbsbedingungen für einzelne Unternehmen bewirken. So werden vom EuGH selektive Steuervergünstigungen für Unternehmen als Verfälschung des Wettbewerbs angesehen, sobald diese dazu geeignet sind, die Stellung des Unternehmens ggü. anderen Mitbewerbern zu verbessern¹²²¹. Unterschiedliche Vorschriften über die Bekämpfung von Luftverunreinigung können danach »zu ungleichen Wettbewerbsbedingungen führen und damit eine unmittelbare Auswirkung auf das Funktionieren des gemeinsamen

1218 Piper/Ohly/Piper, UWG, 4. Auflage, § 4 Rn. 11/324; Sack, WRP 2005, 531 (539); ders., WRP 2004, 1307 (1315).

1219 Teplitzky/Pfeifer/Leistner/Peukert, Großkommentar UWG, Band 1, § 1 Rn. 93, 311.

1220 Teplitzky/Pfeifer/Leistner/Peukert, Großkommentar UWG, Band 1, § 1 Rn. 196; Loschelder/Erdmann/v. Ungern-Sternberg, Wettbewerbsrecht, § 23 Rn. 27.

1221 Zu der Thematik etwa: Dausse/Gröpl, EU-Wirtschaftsrecht, J. Steuerrecht, Rn. 195.

Marktes haben«¹²²². Eine Integration des Vorsprungsgedankens in das UWG ist daher auch zur Gewährleistung eines einheitlichen Verständnisses von Wettbewerbsverfälschungen zwischen Mitgliedstaaten untereinander oder einzelnen Unternehmen notwendig.

Schließlich haben die obigen Ausführungen betreffend der Bestimmung von Vorschriften mit »sekundärem wettbewerbsbezogenem Schutzzweck« in der Praxis¹²²³ gezeigt, dass eine vernünftige Abgrenzung ohne die Argumentation des Vorsprungsgedankens nicht möglich ist, um einen umfassenden Rechtsschutz in allen Fällen zu gewähren, in denen ein Gesetzesverstoß zu einer Wettbewerbsverfälschung führen kann. Dies zeigt sich auch daran, dass in Interpretationen diesbezüglicher Urteile der Rechtsprechung indirekt die Begründungen des Vorsprungsgedankens herangezogen werden, um das Ergebnis zu legitimieren. So wird etwa die verbraucherschützende Zielrichtung des Stoffverbotes in § 5 ElektroG a. F. (heute § 3 ElektroStoffV), in dem aus Gründen der Abfallvermeidung (§ 1 I ElektroG) Höchstgrenzen für bestimmte Stoffe festgelegt werden, damit gerechtfertigt, dass die Einhaltung der Pflichten dieser Norm de facto zu den wesentlichen Wettbewerbsfaktoren unter Elektronikgeräten zähle¹²²⁴. Eine Ersetzung der verbotenen Stoffe sei mitunter sehr teuer oder erfolge auf Kosten der technologischen Eigenschaften (z. B. Haltbarkeit), weshalb eine Missachtung der Vorschrift erhebliche Kosten einspare und damit Wettbewerbsvorteile schaffe¹²²⁵. Diese Gesichtspunkte stellen jedoch eine eigene Begründung des Wettbewerbsbezugs anhand des Vorsprungsgedankens dar, der Norm des § 5 ElektroG a. F. an sich kommt auch kein sekundärer Wettbewerbsbezug zu. Denn eine von der Vorschrift indirekt geschaffene gleiche Voraussetzung für alle Mitbewerber ist auch nicht der sekundäre Zweck der Vorschrift, sondern allein die Folge des abfallwirtschaftlichen Stoffverbotes¹²²⁶. Auch eine Begründung anhand eines ggf. mittelbar verwirklichten Schutzes der Gesundheit von Verbrauchern durch Reduktion

1222 So etwa in den Erwägungsgründen der RL 84/360/EWG des Rates vom 28. Juni 1984 zur Bekämpfung der Luftverunreinigung durch Industrieanlagen.

1223 Vgl. hierzu: 5. Kapitel, II., 3., b).

1224 So *Grotelüschen/Karenfort*, BB 2006, 955 (959).

1225 Ebenda. Als Beispiel kann etwa das Urteil des OLG Karlsruhe herangezogen werden, worin von einer verbraucherschützenden Funktion der Quecksilbergrenzwerte in § 5 II ElektroG a. F. (heute: § 3 I Nr. 1 ElektroStoffV) ausgegangen wird: OLG Karlsruhe NJW-RR 2015, 996 (Ls.).

1226 So in allgemeiner Betrachtung: Köhler/Bornkamm/Köhler, UWG, § 4 Rn. 11.35c.

oder Vermeidung bestimmter Stoffe schlägt fehl, denn der Gesundheitsschutz der Verbraucher enthält aus sich heraus keinen Wettbewerbsbezug und ist nur dann wettbewerblich relevant, wenn hierdurch der Verbraucher gerade in seiner Funktion als Marktteilnehmer beeinträchtigt ist. In Anbetracht dessen, dass der Gesetzgeber in der neuen Fassung des ElektroG vom 20.10.2015 innerhalb der Schutzzweckbestimmung des Gesetzes (§ 1 ElektroG) den Passus aufgenommen hat, dass das Gesetz, »um diese abfallwirtschaftlichen Ziele zu erreichen, [...] das Marktverhalten der Verpflichteten regeln [soll]«, spricht dies weniger dafür, dass dem Stoffverbot nunmehr tatsächlich ein wettbewerbsbezogener Charakter zukommt. Vielmehr scheint der Gesetzgeber den Normen aus rechtspolitischen Gründen eine lauterkeitsrechtliche Kontrolle zukommen lassen zu wollen, welche durch eine Berücksichtigung des Vorsprungsgedankens in § 3 I, II UWG in bestimmten, aus wettbewerbsrechtlicher Perspektive missbräuchlichen, Fällen ohnehin gegeben wäre.

bb) Kritik am Vorsprungsgedanken und Stellungnahme

Trotz des eindeutig wettbewerbsfunktionalen Gehalts des Vorsprungsgedankens wird häufig Kritik an diesem Merkmal geäußert und deshalb die Einbeziehung dieses Aspektes in die lauterkeitsrechtliche Bewertung abgelehnt. Diese Kritikpunkte werden nachfolgend zusammengetragen und auf ihre Geltung hin beurteilt:

Die Anwendung des Vorsprungsgedankens wird mitunter aus dem Grund abgelehnt, dass es nicht zentrale Aufgabe des Wettbewerbsrechts sei, für alle Marktteilnehmer eine vollständig gleiche Ausgangslage zu schaffen¹²²⁷. Dem kann ohne Weiteres zugestimmt werden. Die Argumentation geht jedoch fehl, denn der Vorsprungsgedanke bezweckt gerade nicht die Schaffung einer gleichen Ausgangslage, sondern sanktioniert einen Missbrauch einer sonst gleichen Lage. In dem Verstoß gegen das Gesetz liegt noch nicht das lauterkeitswidrige Moment, sondern erst in der tatsächlichen Benutzung einer durch den Normverstoß begünstigten Leistung im Wettbewerb¹²²⁸. Diese Verwendung im Marktgeschehen kann sich auf vielfältigste Art und Weise als Vorsprung darstellen: Neben dem wichtigsten Moment der Preisunterbietung kann dieses bspw. in einer vorteilhafteren Gestaltung des Vertriebssystems, in der Ver-

1227 So etwa: Loschelder/Erdmann/v. Ungern-Sternberg, Wettbewerbsrecht, § 29 Rn. 10.

1228 Ziegler, ZUR 2001, 34 (36).

größerung der Warenvorräte¹²²⁹ oder etwa in einer erhöhten Dividendenaus- schüttung an Aktionäre liegen, welche wiederum der Unternehmensstellung zugutekommt.

Zugleich wird die Anwendung des Vorsprungsgedankens aus dem Argument abgelehnt, dass der Idealzustand einer gleichen Ausgangslage reine Fiktion und in der Wirklichkeit ohnehin nicht zu verwirklichen sei. Hier ist zu unterscheiden: Auf eine faktische Gleichheit bezieht sich das Denkmodell der *par condicio concurrentium* nicht¹²³⁰. Es ist daher im Rahmen des Vorsprungsgedankens unerheblich, ob der Unternehmer einen Vorteil durch einen bestimmten Standort oder erhöhte Eigenmittel (bspw. durch Erbschaft) im Wettbewerb geltend macht oder ein etabliertes Markenunternehmen strukturelle Vorteile aufgrund der Bekanntheit der Marke ggü. einem Newcomer hat¹²³¹. Die *par condicio concurrentium* nimmt als Ausgangspunkt nur eine normative Gleichheit an. Aber auch hier greift das Argument nicht, dass in Folge der Globalisierung, einhergehend mit unterschiedlichsten rechtlichen Anforderungen der Produktionsländer, ohnehin keine rechtlich vergleichbare Ausgangslage bestehe¹²³². Denn die Gleichheit der Bedingungen richtet sich nur auf das jeweils anwendbare Recht¹²³³, mithin deutsches oder europäisches Recht bzw. in der vorliegenden Thematik die als »unternehmerische Sorgfalt« zu definierenden Branchenstandards im geltenden Lauterkeitsrecht.

Kritisiert wird weiterhin, dass der Vorsprungsgedanke weder in Fällen der »Massenumgehung« – also bei von allen Marktteilnehmern begangenen Norm-verstößen – mangels Vorliegen eines tatsächlichen Vorteils Anwendung findet, noch bei monopolistischer Marktstruktur, da es in einem solchen Fall mangels Mitbewerbern keinen Vorsprung geben kann¹²³⁴. In den hier behandelten Fällen eines Branchenstandards greift die Argumentation jedenfalls nicht, da weder bei einer »Massenumgehung« noch bei monopolistischer Marktstruktur ein unter die unternehmerische Sorgfalt zu subsumierender Branchenstandard vorliegen wird. Im ersten Fall fehlt es an der tatsächlichen Übung der Anwendung des Standards in der Branche, im zweiten Fall an der

1229 Schricker, Gesetzesverletzung, S. 276.

1230 Schricker, Gesetzesverletzung, S. 264.

1231 Sack, WRP 2004, 1307 (1320).

1232 So insb. die Argumentation des BGH im Fall »Abgasemissionen«: BGH GRUR 2000, 1076 (1079) – »Abgasemissionen«.

1233 Glöckner, GRUR 2008, 960 (965).

1234 Scherer, WRP 2006, 401 (405f.).

Repräsentanz der unterschiedlichen Interessen-gruppen bei der Ausarbeitung desselben¹²³⁵. Aber auch im Fall gesetzlicher Vorschriften kann diese Kritik dem Vorsprungsgedanken nicht die Geltung absprechen. Eine »Massenumgehung« spricht zunächst nur für erhebliche Vollzugsdefizite in anderen Rechtsbereichen bzw. der Verwaltung. Gleichzeitig besteht die »Dilemmasituation« der einzelnen Wettbewerber weiterhin, entweder bei rechtstreuem Verhalten Wettbewerbsnachteile zu erleiden oder selbst das Gesetz zu missachten¹²³⁶. Einzig bei reinen Monopolen, in denen tatsächlich nur ein Anbieter auf dem Markt tätig ist, versagt eine Sanktionierung mittels des Vorsprungsgedankens. Hier ist ein wettbewerbsrechtliches Verfahren jedoch ohnehin unwahrscheinlicher, da eine Klageeinreichung mangels Konkurrenz i. d. R. nicht von Mitbewerbern erfolgen wird, sondern nur einzelne Verbände als Kläger aktiv legitimiert wären. Zugleich sollten die zuständigen Behörden gerade bei reinen Monopolstellungen zur besonderen Aufmerksamkeit bei der Ahndung von Gesetzesverstößen aufgerufen sein.

Die weitaus am häufigsten geäußerten Bedenken ggü. dem Merkmal des Vorsprungsgedankens richten sich darauf, dass mittels der Vorsprungsgesetzgebung eine Einmischung des Wettbewerbsrechts in fremde Rechtsbereiche erfolgen kann¹²³⁷. Faktisch ist dies möglich. Übersehen wird jedoch, dass durch Anwendung des Vorsprungsgedankens nicht »die gesamte Rechtsordnung potentiell in den Sanktionsbereich des UWG rückt«¹²³⁸ und gerade nicht das von der jeweiligen Norm ins Auge gefasste Unrecht sanktioniert werden soll, sondern ein eigenständiger, die Unlauterkeit begründender Unrechtsgehalt, der sich greifbar in erheblichen Vermögensschäden der Mitbewerber äußern kann¹²³⁹. Sofern etwaige Vollzugsdefizite der Verwaltungsbehörden mittels Anwendung des Vorsprungsgedankens ausgeglichen werden, spricht dies jedenfalls nicht gegen die Anwendung der Fallgruppe, sondern allein für das Vorliegen von Defiziten in anderen Rechtsbereichen¹²⁴⁰. Dennoch besteht

1235 Vgl. insoweit die Legitimitätskriterien, die einen Sorgfaltssstandard erst zu begründen vermögen: 5. Kapitel, I., 3., c).

1236 Piper/Ohly/Piper, UWG, 4. Auflage, § 4 Rn. 11/328; Sack, WRP 1998, 683 (684); Schricker, Gesetzesverletzung, S. 271.

1237 So etwa: von Walter, Rechtsbruch, S. 153; Drews, Die Erheblichkeitsschwelle des § 3 UWG, S. 12; Ohly/Liebenau, Corporate Social Responsibility, S. 207.

1238 von Walter, ebenda.

1239 Schricker, Gesetzesverletzung, S. 266.

1240 Ebenso: OGH GRUR Int 2009, 342 (346) – »Stadtrundfahrten«.

die Gefahr einer ausufernden Anwendung des Merkmals. Insbesondere die Entscheidung »Abgasemissionen« hat gezeigt, dass in einzelnen Fällen die Anwendung des Vorsprungsgedankens zu Eingriffen in die Ermessensfreiheit der Verwaltungsbehörden führen kann¹²⁴¹. Diese Gefahren müssen bei der Anwendung des Vorsprungsgedankens weitestmöglich vermieden werden. Hierfür ist jedoch keine vollständige Negierung des Merkmals vonnöten. Eine Eingrenzung kann auch durch bestimmte Voraussetzungen bei der Anwendung erfolgen, welche sich hauptsächlich in Anlehnung an die Rechtslage in Österreich ergeben (hierzu folgender Abschnitt).

cc) Die konkrete Anwendung des Vorsprungsgedankens

Die konkrete Anwendung des Vorsprungsgedankens hat zunächst am präventiven Charakter des Lauterkeitsrechts anzusetzen. Das UWG hat nicht nur den Zweck, bereits entstandene Schäden auszugleichen und Störungen zu beseitigen, es soll die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs gerade dadurch erhalten, dass es etwaigen Störungen vorbeugt (vgl. § 1 S. 2 UWG)¹²⁴². Dies zeigt sich insbesondere an der Abstellung auf die »Eignung« einer geschäftlichen Handlung zur Interessenbeeinträchtigung in diversen Tatbeständen des UWG¹²⁴³. Dieses Verständnis ist auf die Anwendung des Vorsprungsgedankens zu übertragen. Eine unlautere Vorteilserlangung liegt damit nicht erst dann vor, wenn ein Vorsprung bereits erzielt wurde, sondern sobald das Wettbewerbsverhalten geeignet ist, zur Verbesserung der eigenen Wettbewerbsposition beizutragen¹²⁴⁴. Hiermit einher geht die Frage nach der Art des befürchteten Vorteils. In einer drohenden Preisunterbietung¹²⁴⁵ liegt zwar das häufigste Moment der Vorsprungserlangung, die Verbesserung der Wettbewerbsposition kann sich

1241 BGH GRUR 2000, 1076 (1077) – »Abgasemissionen«.

1242 BGH GRUR 1995, 270 (272) – »Dubioses Geschäftsgebaren«; Ohly/Sosnitza/Sosnitza, UWG, § 2 Rn. 28; Schricker, Gesetzesverletzung, S. 267.

1243 Vgl. etwa: §§ 3 I, II; 4 I, II, VIII, 5 I; 5a I UWG.

1244 BGH GRUR 1993, 980 (982) – »Tariflohnunterschreitung«; BGH GRUR 1983, 665 (666) – »qm-Preisangaben I«; BGH GRUR 1982, 615 (617) – »Flughafen-Verkaufsstellen«; BGH GRUR 1973, 655 (657) – »Möbelauszeichnung«; BGH GRUR 1960, 193 (195) – »Frachtenrückvergütung«; OLG Stuttgart NJW-RR 1988, 103 (104); OLG Frankfurt GRUR 1988, 844 (844); Schricker, Gesetzesverletzung, S. 267; Glöckner, GRUR 2008, 960 (966).

1245 BGH GRUR 1993, 980 (982) – »Tariflohnunterschreitung«; BGH GRUR 1957, 558 (559) – »Bayern-Express«.

aber auch durch eine günstigere Gestaltung des Vertriebssystems¹²⁴⁶, im Anschein eines ausgereifteren Warenangebotes durch bessere Werbemethoden¹²⁴⁷, in der Vergrößerung der Warenvorräte¹²⁴⁸, sonstigen Kosteneinsparungen und Umsatzsteigerungen äußern¹²⁴⁹. Erforderlich ist jedoch in jedem Fall, dass der Normverstoß einen tatsächlichen Vorsprung im Wettbewerb zeitigen und nicht nur betriebswirtschaftliche Auswirkungen hervorrufen kann¹²⁵⁰.

Der Bundesgerichtshof hat im UWG 1909 einen bewussten und planmäßigen Verstoß gegen die Norm für erforderlich erachtet, wobei die Kenntnis der Tatumstände als ausreichend erachtet wurde¹²⁵¹. Diese Einschätzung entsprang der früheren Beurteilung der Sittenwidrigkeit des Gesetzverstoßes. Vor dem Hintergrund des heutigen Schutzzwecks sind subjektive Merkmale jedoch nicht mehr zwangsläufig erforderlich, da für die Funktionserhaltung eines geordneten Wettbewerbs schon die Gefahr einer tatsächlichen Vorsprungserlangung ausreicht. Das Lauterkeitsrechtliche Unwerturteil ergibt sich gerade aus dem Interesse der Mitbewerber und der Allgemeinheit an der Durchsetzung gleicher rechtlicher Rahmenbedingungen für das Handeln im Wettbewerb¹²⁵². Dennoch kann ein planmäßiges und systematisches Verhalten des Normverletzers ein maßgebliches Indiz dafür sein, dass es auch einen wirtschaftlichen Grund für dieses Verhalten gab¹²⁵³. Diesbezüglich ist die Abstellung auf subjektive Merkmale im Rahmen des Lauterkeitsrechts zwar tendenziell abnehmend, aber nicht ungewöhnlich, so dass die Rechtsprechung mitunter auch subjektive Tendenzen und Absichten im Rahmen der Abwägung der Gesamtumstände einbezieht¹²⁵⁴.

Innerhalb der Prüfung des § 3 I, II UWG ist zudem in jedem Einzelfall zu prüfen, inwieweit eine Regelverletzung lediglich nur unbedeutliche Auswir-

1246 BGH GRUR 1963, 578 (584) – »Sammelbesteller«.

1247 BGH GRUR 1973, 655 (657) – »Möbelauszeichnung«.

1248 BGH GRUR 1962, 426 (427) – »Selbstbedienungsgroßhändler«.

1249 BGH GRUR 1960, 193 (193) – »Frachtenrückvergütung«; RGZ 117, 16 (22); *Glöckner, GRUR 2008, 960 (966); Schricker, Gesetzesverletzung, S. 276.*

1250 BGH GRUR 1993, 980 (982) – »Tariflohnunterschreitung«.

1251 BGH GRUR 1996, 786 (788) – »Blumenverkauf an Tankstellen«; BGH GRUR 1991, 769 (771) – »Honoraranfrage«; BGH GRUR 1974, 281 (282) – »Clipper«; BGH GRUR 1957, 355 (357) – »Spalttabletten«.

1252 OGH GRUR Int 2009, 342 (346) – »Stadtrundfahrten«.

1253 *Glöckner, GRUR 2008, 960 (967).*

1254 *Schricker, Gesetzesverletzung, S. 270.*

kungen gezeigt hat. Dies erfolgt mittels der zu beachtenden Bagatellschwelle. Diese ist in Form des Spürbarkeitskriteriums im Rahmen des § 3 II UWG ausdrücklich normiert und in § 2 I Nr. 8 UWG legaldefiniert. Im Rahmen des neu gefassten § 3 I UWG ist die Bagatellschwelle nicht mehr ausdrücklich enthalten. Nach der Gesetzesbegründung soll es der Rechtsprechung aber dennoch überlassen bleiben, in Konkretisierung des Tatbestandsmerkmals der Unlauterkeit für die vom Auffangtatbestand erfassten Fälle ggf. angemessene Spürbarkeitserfordernisse aufzustellen¹²⁵⁵. Die geschäftliche Relevanz ist nach der neuen gesetzlichen Regelung kein von der Unlauterkeit zu unterscheidendes und zusätzliches Erfordernis, sondern ein die Unlauterkeit mitbegründendes Merkmal¹²⁵⁶. Gerade in Kombination mit dem Vorsprungsgedanken bei Regelverstößen bedarf die Anwendung des § 3 UWG sowohl im verbraucher- als auch im ausschließlich unternehmerbezogenen Geschäftsbereich einer konsequenten Berücksichtigung des Spürbarkeitskriteriums, um einer ausufernden Anwendung des § 3 I, II UWG entgegenzuwirken. Diese Spürbarkeit ergibt sich anhand des Verhältnisses des geldwerten Vorteils aus dem Normverstoß zum anteiligen Gewinn¹²⁵⁷. Insoweit sollte nur eine eindeutige Vorsprungsgefahr im Wettbewerb tatsächlich zur lauterkeitsrechtlich notwendigen Korrektur aufgrund einer Wettbewerbsverfälschung führen. Da es sich bei der Spürbarkeit um ein anspruchsgrundendes Merkmal handelt, hat der Kläger im Wettbewerbsprozess auch zum sich aus dem Regelverstoß ergebenden Wettbewerbsvorsprung vorzutragen, um seiner Darlegungslast zu genügen¹²⁵⁸.

Schließlich wird hier in Anlehnung an die österreichische Rechtslage die Einfügung eines weiteren Auslegungskorrektivs des Vorsprungsgedankens vertreten, welches im Bereich von Gesetzesverstößen zur Vermeidung von Konflikten der Wettbewerbsgerichte mit ggf. zuständigen Behörden beitragen soll. Anknüpfungspunkt ist das Billigkeitskriterium der unternehmerischen

1255 BT-Drucks. 18/6571, S. 14; hierzu auch: 5. Kapitel, I., 3., b), dd).

1256 Alexander, WRP 2016, 411 (412).

1257 Ebenso: Fezer/Götting, Lauterkeitsrecht, Band 1, § 4 Nr. 11 Rn. 29; Glöckner, GRUR 2013, 568 (576); ders. GRUR 2008, 960 (966); Doeppner, GRUR 2003, 825 (832); Schricker/Henning-Bodewig, WRP 2001, 1367 (1407).

1258 Glöckner, GRUR 2008, 960 (966). Da es sich bei der Gewinnkalkulation des vermeintlichen Verletzers um betriebsinterne Vorgänge handelt, kann der Anspruchsteller seiner Darlegungslast insoweit genügen, dass er seinen Vortrag zum Wettbewerbsvorsprung auf ihm zugängliche (plausible) Informationen zu den Kostenstrukturen in der Branche stützt, wodurch den Anspruchsgegner eine sekundäre Substanzierungslast trifft (vgl. Glöckner, GRUR 2008, 960 (966)).

Sorgfalt in § 2 I Nr. 7 UWG. Einen Hinweis auf die Frage, welches Verhalten hinsichtlich der Einhaltung von Gesetzen von einem Unternehmer billigerweise zu erwarten ist, hat der Bundesgerichtshof im Jahr 2001 im Fall »Sportwetten-Genehmigung« gegeben. Danach ist »von einem Gewerbetreibenden zwar zu verlangen, dass er sich Kenntnis von den für seinen Tätigkeitsbereich einschlägigen Vorschriften verschafft und in Zweifelsfällen mit zumutbaren Anstrengungen besonders sachkundigen Rat einholt«, er handelt jedoch nicht grundsätzlich unlauter, wenn »er sich nicht vorsichtshalber nach der strengsten Gesetzesauslegung und Einzelfallbetrachtung richtet, [...] wenn die zuständigen Behörden und Gerichte sein Verhalten ausdrücklich als rechtlich zulässig bewerten«¹²⁵⁹. Die Lauterkeit des Wettbewerbs verlangt zwar, »dass ein Wettbewerber nicht ohne Weiteres auf Kosten seiner Mitbewerber das Risiko rechtswidrigen Handelns eingeht« – eine Überspannung dieser Anforderungen würde jedoch den für die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs notwendigen Spielraum unnötig einschränken¹²⁶⁰. Eine vergleichbare Argumentation überträgt der österreichische Oberste Gerichtshof in einem Urteil aus dem Jahr 2008 auf den Vorsprungsgedanken und grenzt dessen Anwendungsbereich dahingehend ein, dass bei der Beurteilung der Lauterkeitswidrigkeit eines Normverstoßes die für den Gewerbetreibenden günstigste Auslegung des Tatbestandes der missachteten Norm maßgeblich sein soll¹²⁶¹. Der Funktion des Lauterkeitsrechts entspräche es daher viel eher, »nicht unmittelbar am – ex post – ermittelten »richtigen« Inhalt der verletzten Norm anzuknüpfen, sondern das spezifisch lauterkeitsrechtliche Unwerturteil nicht nur auf die Eignung zur Wettbewerbsverzerrung, sondern auch auf die Unvertretbarkeit der jeweiligen Gesetzesauslegung zu gründen«¹²⁶². Mit der für den Wettbewerber günstigsten Auslegung der verletzten Norm können auch mögliche Konflikte mit entgegenstehenden Behördenentscheidungen weitgehend vermieden werden, denn eine der lauterkeitsrechtlichen Wertung entgegenstehende Ermessensentscheidung der Behörde ist bei eindeutigen Normverstößen unwahrscheinlich. Auch wenn dieses Konfliktpotential im Rahmen der vorliegenden Thematik nicht existiert, sollte diese Auslegung bei der Beurteilung einer Missachtung von Sorgfaltstests ebenfalls als maßgeblich erachtet werden, da

1259 BGH GRUR 2002, 268 (Ls. 2, 270) – »Sportwetten-Genehmigung«; BGH GRUR 1988, 382 (283) – »Schelmenmarkt«.

1260 BGH GRUR 2002, 268 (270) – »Sportwetten-Genehmigung«.

1261 OGH GRUR Int 2009, 342 (347) – »Stadtrundfahrten«.

1262 OGH GRUR Int 2009, 342 (346) – »Stadtrundfahrten«.

dies im Sinne einheitlicher Anwendung des Vorsprungsgedankens und zur Vermeidung eines ausufernden Gebrauchs des Merkmals erforderlich ist.

III. Ergebnisse des 5. Kapitels

Generalklauseln und ihre unbestimmten Rechtsbegriffe stellen im formellen Recht Einbruchsstellen für die Wertungen privater Regeln dar. Im Lauterkeitsrecht wird die Verbindung durch den Maßstab der »unternehmerischen Sorgfalt« in § 3 II i. V. m. der Legaldefinition in § 2 I Nr. 7 UWG hergestellt, dessen Wertungen auch auf den von § 3 I UWG erfassten reinen *B2B*-Bereich zu übertragen sind¹²⁶³. Eine Konkretisierung der unternehmerischen Sorgfalt durch die Gerichte anhand des Inhalts privater Regeln hätte allgemeine Geltung, so dass auch Dritte dem in einer Branche herrschenden Sorgfaltmaßstab verbindlich unterliegen würden. Die Europäische Kommission sieht hierin ein wirksames Mittel, um auf das Problem der »Trittbrettfahrer« zu reagieren, die sich eine Bindung der Branche an Verhaltensanforderungen zunutze machen, um sich durch ihre eigene Nichtunterwerfung Wettbewerbsvorteile zu verschaffen¹²⁶⁴.

Die Problematik einer Einbeziehung von Selbstverpflichtungen in das staatliche Recht entsteht aus dem Dilemma, dass die Gerichte einerseits häufig bei der Gesetzesanwendung eines »anleitenden« Auslegungsmaßstabs der generell gehaltenen Formulierungen in Generalklauseln beraubt sind und mit einem Bezug auf private Regeln zugleich deren heutige faktische Relevanz berücksichtigen. Andererseits besteht die Gefahr einer Vermischung der gesellschaftlichen Sphäre mit dem Bereich demokratisch legitimierter Hoheitsregeln, wodurch private Regelsetzer insoweit Rechtsmacht erlangen können, wenn sie die Freiheitssphäre Einzelner durch die »Hintertür« der Delegationslücken des Gesetzgebers beeinträchtigen. Aufgrund der weitreichenden Wirkungen kann sich diese Verbindung in der Gerichtspraxis nicht auf eine lapidare Feststellung einer »Indizwirkung«, »Auslegungsofferte« oder »Orientierungshilfe« beschränken. Da eine derartige generelle Wirkung nur Rechtsnormen vorbehalten ist, die in einem demokratisch legitimierten Verfahren festgelegt wurden, muss sich die Beurteilung eines Rückgriffs auf private Regeln wiederum

1263 Vgl. hierzu: 5. Kapitel, I., 3, b), cc).

1264 KOM(2001), 531 endg. S. 17.

an diesen Maßstäben ausrichten. Unter Bezug auf die Tatbestandsvoraussetzungen der Generalklausel kann eine Einbeziehung von Verhaltenskodizes in das formelle Recht nur dann erfolgen, wenn aus einer Gesamtschau einzelner Legitimitätskriterien die Überzeugung erwächst, dass dieser Kodex einen Gelungsanspruch für seinen Regelungsbereich beanspruchen kann und damit einen Branchenstandard darstellt. Die einzelnen Voraussetzungen der unternehmerischen Sorgfalt in § 2 I Nr. 7 UWG erfordern folgendes Konzept:

Das Merkmal der »Gepflogenheiten« stellt eine Öffnung der Generalklausel für außerrechtliche Wertungen dar, indem es Regeln in den Rechtskanon integriert, die in den jeweiligen Branchen verbreitet sind und über einen längeren Zeitraum befolgt werden. Die Feststellung der Verbreitung und Befolgung kann unter Zuhilfenahme formeller Legitimitätskriterien des Verhaltenskodex erfolgen. So legt eine breite Zustimmung der Branche im Entstehungsverfahren die Verbreitung des Sorgfaltstyps nahe. Zugunsten einer tatsächlichen Befolgung des Kodex sprechen eine verbindliche Ausgestaltung des Regelkanons, das Vorliegen von Kontroll- und Sanktionsmechanismen und eine Ausrichtung der enthaltenen Handlungsanweisungen am Bestimmtheitserfordernis.

Das Merkmal der »Anständigkeit« korrigiert die rein empirische Betrachtung anhand der Frage, ob die beteiligten Verkehrskreise aus ihrer Sicht den Verhaltenskodex als interessengerechte Lösung ansehen. Legitimierende Wirkung erhält insoweit insb. der Umstand, dass alle betroffenen Interessengruppen in den Regelaufstellungsprozess mit einbezogen wurden (Repräsentation) und ihnen hierbei auch Teilhaberechte gewährt wurden (Partizipation). Neben weiteren sekundären Kriterien kommt vor allem der Unabhängigkeit des Entscheidungsgremiums eine besondere Legitimationsfunktion zu. Schließlich kann ein Verhaltenskodex nur als interessengerechte Lösung angesehen werden, wenn sich hierdurch keine kartellrechtlichen Missbrauchsmöglichkeiten eröffnen.

Die meisten genannten Kriterien sind im Sinne eines »beweglichen Systems« zu verstehen, so dass nicht zwangsläufig alle Aspekte erfüllt sein müssen, sich jedoch aus einer Gesamtschau die Überzeugung bilden muss, dass diese Regel als »anständige Gepflogenheit« in der Branche angesehen werden kann. Die weiteren Merkmale der unternehmerischen Sorgfalt des § 2 I Nr. 7 UWG beinhalten eigenständige Voraussetzungen: Der »Billigkeitsmaßstab« ermöglicht dem erkennenden Gericht eine Bewertung des Einzelfalls, wenn trotz Verstoß gegen eine »anständige Gepflogenheit« besondere entlastende

Elemente zugunsten des Regelverletzers sprechen. Der Maßstab von »Treu und Glauben« stellt schließlich je nach Sachverhalt eine Alternativreferenz bzw. Kontrolle anhand der gesetzlichen Kriterien dar. Als Alternativreferenz kommt der Maßstab dann zum Tragen, wenn in einer Branche keine anständige Gepflogenheit festgestellt werden kann. Dies ermöglicht so eine Wertung ausschließlich nach den gesetzlichen Kriterien. Der Kontrollmaßstab stellt in Fällen des Vorliegens einer »anständigen Gepflogenheit« eine Ermächtigung des Gerichtes dar, entgegen den Regelungen des Verhaltenskodex eine abweichende Beurteilung ausschließlich anhand normativer Kriterien des Lauterkeitsrechts vorzunehmen, und vermeidet auf diese Weise, dass die private Regel zu einem verbindlichen Maßstab für das erkennende Gericht wird. Sofern die Vorschriften eines Verhaltenskodex dieser Prüfung standhalten, erhält dieser Geltungsanspruch über die zustimmenden Beteiligten in seiner Branche hinaus und stellt den diesbezüglich zu beachtenden Maßstab der »unternehmerischen Sorgfalt« im Sinne eines Branchenstandards dar. Der Unlauterkeitsvorwurf knüpft insoweit nicht an den Verhaltenskodex selbst, sondern an einen von den Beteiligten vertretenen Sorgfaltstestsstandard in der Branche an.

Ein solcher Branchenstandard genießt dann lauterkeitsrechtlichen Schutz, wenn ein Verstoß geeignet ist, eine Wettbewerbsverfälschung hervorzurufen (§ 1 S. 2 UWG). Diesbezüglich ist eine gleiche Bewertung von Verstößen gegen Branchenstandards über § 3 I, II UWG und Gesetzesverstößen gem. § 3a UWG anzustreben.

Sofern ein Branchenstandard einen wettbewerbsbezogenen Inhalt hat, ist ein Verstoß hiergegen aus sich heraus bei wettbewerbsrechtlicher Spürbarkeit unlauter, da dieser schon mit seinem Normzweck die Anforderungen an lauteres Marktverhalten direkt festlegt. Derartige Sorgfaltstestsstandards können vor allem durch solche Verhaltenskodizes repräsentiert werden, deren Inhalt in einer Konkretisierung der durch das UWG festgesetzten Anforderungen an lauteres Marktverhalten, hauptsächlich in der Werbung, liegt. Allgemeininteressen wie etwa der Gesundheits-, Jugend-, Umwelt- oder Datenschutz besitzen aus sich heraus dagegen keinen Wettbewerbsbezug und können diesen auch nicht im Sinne eines »Gruppeninteresses« der Verbraucher erhalten. Dieser Wettbewerbsbezug liegt nur vor, wenn eine gesetzliche Vorschrift oder ein Sorgfaltstestsstandard direkt die Interessen der Marktbeteiligten in ihrer Rolle als Marktteilnehmer betrifft. Daher ist auch eine Rechtsprechung im Rahmen des § 4 Nr. 11 UWG 2008 abzulehnen, die den (sekundären) Normzweck des

fraglichen Gesetzes nicht eng genug anhand des Wettbewerbsbezugs abgrenzt, um hierdurch gewünschte Ergebnisse zu erreichen.

Besitzt ein Branchenstandard keinen wettbewerbsbezogenen Inhalt, fällt ein Verstoß aus sich heraus nicht unter den Anwendungsbereich des Lauterkeitsrechts. Der Wettbewerbsschutz erfordert jedoch eine Ahndung von Verstößen gegen sonstige Branchenstandards, wenn sich hieraus die Eignung einer Marktverfälschung ergibt. Ein fairer Wettbewerb ist nämlich nur möglich, solange sich alle Marktteilnehmer an dieselben normativen Rahmenbedingungen halten, sodass ein Verstoß gegen die Gleichheit dieser Rahmenbedingungen (*par condicio concurrentium*) dann eine Wettbewerbsverfälschung bewirkt, wenn sich allein hieraus eindeutige Vorteile ggü. rechtstreuen Konkurrenten ergeben. Das Abstellen auf den Schutzzweck der verletzten Vorschrift bewirkt nur mit einer sekundären Berücksichtigung des Vorsprungsgedankens einen vollständigen Rechtsschutz im Rahmen eines wettbewerbsbezogenen Verständnisses des Lauterkeitsrechts. Dieser stellt ein eigenes Unlauterkeitsmerkmal dar und gilt losgelöst vom Schutzzweck der verletzten Norm. Bei Gesetzesverletzungen ist ein Rückgriff auf § 3 I, II UWG möglich, wenn ein Gewerbetreibender durch den Verstoß gegen Gesetze, die mangels Wettbewerbsbezugs nicht dem Anwendungsbereich des § 3a UWG unterfallen, einen Wettbewerbsvorsprung erlangen kann. Dem Rückgriff auf § 3 I, II UWG steht weder die Norm des § 3a UWG noch der Wille des Gesetzgebers entgegen, vielmehr wird hierdurch erst ein vollständig wettbewerbsbezogenes Konzept verwirklicht, welches sowohl auf die Schutznorm des verletzten Gesetzes als auch auf die Auswirkungen auf den Wettbewerb abstellt. Eine gleiche Wertung ist bei der Verletzung von Branchenstandards vorzunehmen.

Die konkrete Anwendung des Vorsprungsgedankens hat insb. unter zwei eingrenzenden Merkmalen zu erfolgen: Zum einen gilt auch hier das in § 3 II UWG ausdrücklich normierte und im Rahmen des § 3 I UWG tatbestandsimmanente Relevanzerfordernis, weswegen ein Lauterkeitsverstoß nur dann vorliegt, wenn sich aus dem Verhältnis des geldwerten Vorteils aus dem Normverstoß zum anteiligen Gewinn eine eindeutige Vorsprungsgefahr ergibt. Zum anderen würden die Erfordernisse des Systems Wettbewerb überspannt, wenn jedweder Gesetzes- oder Sorgfaltsverstoß für einen Gewerbetreibenden ein Unlauterkeitsurteil bei erheblicher Vorsprungserlangung nach sich ziehen könnte. Von einem Gewerbetreibenden kann daher zwar die Einhaltung für ihn geltender Normen erwartet werden, lauterkeitsrechtliche Sanktionen können sich hieran jedoch nur anschließen, wenn sich die Beurteilung eines Ver-

stößes auch anhand der für den Gewerbetreibenden günstigsten Auslegung der Norm ergibt.

Kapitel 6 Rechtsfolgen

Das Lauterkeitsrecht stellt ein Sonderdeliktsrecht dar. Es vertraut jedoch mit der Gewährung zivilrechtlicher Ansprüche auf das privatrechtliche Prinzip der Selbstverantwortung und bewusst nicht auf die Durchsetzung mittels einer Behörde (ausgenommen sind die strafrechtlichen Sanktionsnormen der §§ 16–20 UWG)¹²⁶⁵. Die Anspruchsnormen gliedern sich in einen Unterlassungs- und Beseitigungsanspruch (§ 8 I S. 1 UWG), einen Schadensersatz- (§ 9 S. 1 UWG) und einen Gewinnabschöpfungsanspruch (§ 10 I UWG). Die Haftung nach diesen Anspruchsnormen wird nachfolgend nur überblicksartig dargestellt, weil sich für die vorliegende Thematik keine Besonderheiten von den üblichen Grundsätzen ergeben. Da sich die Zurechnung von Lauterkeitsverstößen nach der handelnden Person unterscheidet, wird das besondere Augenmerk auf typische Zurechnungsfälle bei Lauterkeitsverstößen aufgrund von Irreführung (Kapitel 4) und Lauterkeitsverstößen durch Missachtung der unternehmerischen Sorgfalt (Kapitel 5) gelegt.

I. Anspruch auf Beseitigung und Unterlassung gem. § 8 I UWG

1. Einleitung

In Berücksichtigung der Verfahrenshäufigkeit liegt das Schwergewicht lautерkeitsrechtlicher Abwehrmöglichkeiten auf dem Unterlassungsanspruch, den das UWG vergleichbar dem § 1004 BGB als Verletzungsanspruch bei Wiederholungsgefahr (§ 8 I S. 1 Alt. 2 UWG) und als vorbeugenden Unterlassungsanspruch bei Erstbegehungsgefahr (§ 8 I S. 2 UWG) gewährt¹²⁶⁶. Damit ist das Verbot entweder auf die Abwehr einer erst bevorstehenden Beeinträchtigung

1265 BT-Drucks. 15/1487, S. 22; Köhler/Bornkamm/Köhler, UWG, § 8 Rn. 3.1; Loschelder/Erdmann/v. Ungern-Sternberg, Wettbewerbsrecht, § 23 Rn. 8.

1266 Ohly/Sosnitza/Ohly, UWG, § 8 Rn. 3; Harte/Henning/Bergmann/Goldmann, § 8 Rn. 1.

gerichtet oder bezweckt die Unterbindung einer Fortwirkung des bereits geschaffenen rechtswidrigen Störungs-zustandes bzw. die Vermeidung weiterer Verletzungen, wenn der Wettbewerbsverstoß eine Wiederholungsvermutung begründet¹²⁶⁷.

Aktiv legitimiert sind insb. die Mitbewerber (§ 8 III Nr. 1 UWG), daneben aber auch Verbände zur Förderung gewerblicher und beruflicher Interessen (§ 8 III Nr. 2 UWG), Verbraucherverbände (§ 8 III Nr. 3 UWG) sowie Industrie-, Handels- oder Handwerkskammern (§ 8 III Nr. 4 UWG). Sofern nur die Belange eines bestimmten Mitbewerbers betroffen sind, kann die Anspruchsberechtigung anderer Marktteilnehmer ausgeschlossen sein¹²⁶⁸.

Der Unterlassungsanspruch des § 8 I S. 1 UWG setzt keine schuldhafte, sondern nur eine objektiv widerrechtliche Zuwiderhandlung voraus¹²⁶⁹.

2. Ansprüche aufgrund Erweckung begründeter Erwartungshaltung in kommerziellen Mitteilungen

Täter des § 8 I S. 1 UWG ist, wer durch sein Verhalten den objektiven Tatbestand des § 3 UWG (hier insb. mittels Verstoß gegen § 5 I S. 1 UWG bzw. § 5a II UWG) oder des § 7 UWG kausal und zurechenbar verwirklicht hat (vgl. § 25 I Alt. 1 StGB) oder zu verwirklichen droht (§ 8 I S. 2 UWG)¹²⁷⁰. Erforderlich ist, dass die hier maßgebliche Handlung in Gestalt einer irreführenden Werbung mit einem Verhaltenskodex dem Unternehmen selbst zugerechnet werden kann. Aufgrund der arbeitsteiligen Organisation in einem Unternehmen – gerade bei weitreichenden Konzernnetzwerken – ist die Zurechnungsfrage das entscheidende Merkmal für die Erfüllung des Anspruchs aus § 8 I S. 1 UWG. Für die Thematik irreführender Werbemaßnahmen kommen primär folgende Zurechnungskonstellationen in Betracht:

1267 Ohly/Sosnitza/*Ohly*, UWG, § 8 Rn. 3.

1268 BGH GRUR 2007, 978 (Rn. 26) – »Rechtsberatung durch Haftpflichtversicherer«; BGH GRUR 2005, 519 (520) – »Vitamin-Zell-Komplex«; Ohly/Sosnitza/*Ohly*, UWG, § 8 Rn. 93.

1269 Köhler/Bornkamm/*Köhler*, UWG, § 8 Rn. 2.3a.

1270 BGH GRUR 2011, 340 (Rn. 27) – »Irische Butter«; BGH GRUR 2008, 530 (Rn. 21ff.) – »Nachlass bei der Selbstbeteiligung«; Köhler/Bornkamm/*Köhler*, UWG, § 8 Rn. 2.4; Ohly/Sosnitza/*Ohly*, UWG, § 8 Rn. 115.

a) Organ- und Repräsentantenhaftung gem. §§ 31, 89 BGB

Innerhalb des UWG gelten zunächst die normalen Grundsätze der Organ- und Repräsentantenhaftung¹²⁷¹. Juristische Personen und Personengesellschaften können als solche keine Zu widerhandlungen begehen, weshalb ihnen das Handeln ihrer Organe und sonstigen verfassungsmäßig berufenen Vertreter über die allgemeinen Grundsätze der §§ 31, 89 BGB zuzurechnen ist¹²⁷². Gehaftet wird für das Handeln aller Personen, denen durch die allgemeine Betriebsregelung und Handhabung bedeutsame, wesensmäßige Funktionen der juristischen Person zur eigenverantwortlichen Erfüllung zugewiesen sind, unabhängig davon, ob ihre Stellung satzungsmäßig geregelt ist oder ihnen hierfür Vertretungsmacht erteilt wurde¹²⁷³. Für eine juristisch selbstständige, nicht weisungsgebundene Schwestergesellschaft besteht dagegen keine Einstandspflicht¹²⁷⁴.

Die Handlung des Repräsentanten muss in Ausführung der zustehenden Verrichtung begangen worden sein, ergo in einem objektiven Zusammenhang mit dem Aufgabenkreis des Organs stehen, was auch bei einer vorsätzlichen Kompetenzüberschreitung möglich ist¹²⁷⁵. Eine Exkulpation entsprechend § 831 BGB ist nicht möglich¹²⁷⁶.

Zusätzlich besteht auch eine persönliche Haftung des Repräsentanten, wenn dieser einen Tatbestand des UWG verwirklicht oder die Rechtsverletzung eines anderen erkannt und pflichtwidrig nicht verhindert hat¹²⁷⁷.

1271 Ohly/Sosnitza/*Ohly*, UWG, § 8 Rn. 140.

1272 BGH GRUR 1995, 349 (351) – »Objektive Schadensberechnung«; BGH GRUR 1983, 179 (181) – »Stapel-Automat«; Ohly/Sosnitza/*Ohly*, UWG, § 8 Rn. 140; Loschelder/Erdmann/*Fritzsche*, Wettbewerbsrecht, § 79 Rn. 115.

1273 BGH NJW 2007, 2490 (Rn. 16); BGH NJW 1998, 1854 (1856); Köhler/Bornkamm/*Köhler*, UWG, § 8 Rn. 2.19; Ohly/Sosnitza/*Ohly*, UWG, § 8 Rn. 140.

1274 OLG München, WRP 1985, 238 (238); Köhler/Bornkamm/*Köhler*, UWG, § 8 Rn. 2.19.

1275 BGH NJW 1986, 2941 (2942); BGH NJW 1980, 115 (116); Köhler/Bornkamm/*Köhler*, UWG, § 8 Rn. 2.19; Loschelder/Erdmann/*Fritzsche*, Wettbewerbsrecht, § 79 Rn. 115.

1276 Loschelder/Erdmann/*Fritzsche*, Wettbewerbsrecht, § 79 Rn. 115.

1277 BGH GRUR 2012, 184 (Rn. 32) – »Branchenbuch Berg«; BGH GRUR 2010, 616 (Rn. 34) – »marions-kochbuch.de«; BGH GRUR 1986, 248 (251) – »Sporthosen«; Ohly/Sosnitza/*Ohly*, UWG, § 8 Rn. 140 f. Umstritten ist dagegen die Haftung des Organs für Wettbewerbsverstöße der Gesellschaft, vgl. hierzu: Ullmann/*Seichter*, jurisPK-UWG, § 8 Rn. 149ff.

b) Täterschaftliche Haftung aufgrund von Organisationsmängeln

Als Grundlage einer Haftung infolge eigenen Verschuldens des Unternehmers sind in der Rechtsprechung weiterhin Organisationsmängel anerkannt¹²⁷⁸. Das nicht rechtzeitige Beseitigen wettbewerbswidrigen Werbematerials durch einen Mitarbeiter¹²⁷⁹, die nicht hinreichende Prüfung des Materials vor Veröffentlichung¹²⁸⁰ oder der Einsatz von Mitarbeitern ohne hinreichende Ausbildung¹²⁸¹ stellen Fälle eigenen Verschuldens des Unternehmensinhabers dar.

Die Haftung aufgrund von Organisationsmängeln erweitert auch die Organ- und Repräsentantenhaftung. Insbesondere kann sich der Unternehmensinhaber der Haftung nicht dadurch entziehen, dass er für besonders prekäre Bereiche keinen eigenen Mitarbeiter mit Organstellung, sondern eine externe Person einsetzt, denn in diesen Fällen haftet die Gesellschaft durch eigenes Organisationsverschulden¹²⁸². Ebenso fallen hierunter Sachverhalte, in denen zwar ein Organ bestellt wurde, die jeweilige Person jedoch wegen Überlastung oder dgl. faktisch nicht imstande ist, mögliche Wettbewerbsverstöße zu erkennen und zu vermeiden¹²⁸³. Auch muss sich der Unternehmensinhaber das Wissen der Personen zurechnen lassen, die er mit der Erledigung bestimmter Aufgaben in Eigenverantwortung betraut hat und die zur Kenntnisnahme und Weitergabe dieser Informationen verpflichtet sind¹²⁸⁴.

c) Haftung für Mitarbeiter und Beauftragte, § 8 II UWG

In § 8 II UWG ist schließlich eine Erfolgshaftung des Betriebsinhabers für wettbewerbswidriges Verhalten seiner Mitarbeiter und Beauftragten geregelt,

1278 BGH GRUR 1988, 629 (630) – »Konfitüre«; BGH GRUR 1984, 593 (594f.) – »adidas-Sportartikel«; BGH GRUR 1980, 1099 (1104) – »Medizinsyndicat II«; BGH GRUR 1965, 495 (496) – »Wie uns die anderen sehen«; OLG Hamburg GRUR-RR 2006, 94 (99) – »Gipürespitze«; Loschelder/Erdmann/*Fritzsche*, Wettbewerbsrecht, § 79 Rn. 108.

1279 OLG Hamm WRP 1983, 452 (Os.).

1280 Ohly/Sosnitza/*Ohly*, UWG, § 8 Rn. 118.

1281 Ebenda.

1282 BGH GRUR 1980, 1099 (1104) – »Medizinsyndikat II«; Ohly/Sosnitza/*Ohly*, UWG, § 8 Rn. 140; Teplitzky/Pfeifer/Leistner/*Paal*, Großkommentar UWG, Band 3, § 8 Rn. 139.

1283 Köhler/Bornkamm/*Köhler*, UWG, § 8 Rn. 2.22; Teplitzky/Pfeifer/Leistner/*Paal*, Großkommentar UWG, Band 3, § 8 Rn. 139.

1284 BGH NJW 1999, 284 (286 m.w.N.) – »Interne Weiterleitungsobliegenheit«; Köhler/Bornkamm/*Köhler*, UWG, ebenda.

die keine Entlastungsmöglichkeit zugunsten des Betriebsinhabers enthält¹²⁸⁵. Denn ein Unternehmensinhaber, dem Wettbewerbshandlungen seiner Angestellten oder Beauftragten zugutekommen, soll sich bei seiner lauterkeitsrechtlichen Haftung nicht hinter den von ihm abhängigen Dritten verstecken können¹²⁸⁶. Die ratio legis gebietet daher eine weite Auslegung der einzelnen Tatbestandsmerkmale¹²⁸⁷. Der Unternehmensinhaber wird so gestellt, als hätte er die Zu widerhandlung selbst begangen¹²⁸⁸. Als Betriebsinhaber ist in diesem Zusammenhang diejenige natürliche oder juristische Person zu verstehen, in deren Namen und Verantwortung der Betrieb geführt wird, wobei im Rahmen von Personenverbänden, die ihren Willen durch ihre Organe bilden und verwirklichen, der Verband als solcher als Betriebsinhaber anzusehen ist (vgl. etwa §§ 76, 78, 119 AktG bei der AG, §§ 35, 45, 46 GmbHG für die GmbH sowie §§ 114, 119 HGB für die OHG)¹²⁸⁹.

Voraussetzung der Norm ist, dass ein Mitarbeiter oder Beauftragter gegen § 3 UWG oder § 7 UWG verstoßen hat und diese Zu widerhandlung einen inneren (funktionalen) Zusammenhang zum Unternehmen aufweist¹²⁹⁰. Im Gegensatz zu Mitarbeitern, die sich durch ihre Weisungsgebundenheit ggü. dem Betriebsherrn auszeichnen, können als Beauftragte unselbstständige Dritte

1285 BGH NJOZ 2013, 863 (Rn. 9); BGH GRUR 2000, 907 (909) – »Filialleiterfehler«; BGH GRUR 1995, 605 (607) – »Franchise-Nehmer«; BGH GRUR 1980, 116 (117) – »Textdrucke«; Köhler/Bornkamm/Köhler, UWG, § 8 Rn. 2.33; Harte/Henning/Bergmann/Goldmann, UWG, § 8 Rn. 297; Ohly/Sosnitza/Ohly, UWG, § 8 Rn. 142. Ob hierin in dogmatischer Hinsicht ein Zurechnungs- oder Haftungsgrund liegt oder eine selbstständige Anspruchsgrundlage für einen unmittelbaren eigenen Anspruch gegen den Inhaber begründet wird, ist im Ergebnis ohne Bedeutung, da § 8 II UWG besagt, dass »der« gegen den Mitarbeiter begründete Anspruch »auch« gegen den Inhaber begründet ist (Harte/Henning/Bergmann/Goldmann, UWG, § 8 Rn. 302).

1286 BGH GRUR 2012, 1279 (Rn. 62) – »Das grosse Rätselheft«; BGH GRUR 2008, 186 (Rn. 22) – »Telefonaktion«; BGH GRUR 2003, 453 (454) – »Verwertung von Kundenlisten«; Köhler/Bornkamm/Köhler, UWG, § 8 Rn. 2.33; Ohly/Sosnitza/Ohly, UWG, § 8 Rn. 143; Ullmann/Seichter, jurisPK-UWG, § 8 Rn. 143; Harte/Henning/Bergmann/Goldmann, UWG, § 8 Rn. 298.

1287 BGH GRUR 2009, 1167 (Rn. 21) – »Partnerprogramm«; BGH GRUR 1995, 605 (607) – »Franchise-Nehmer«; BGH GRUR 1959, 38 (44) – »Buchgemeinschaft II«; Köhler/Bornkamm/Köhler, UWG, § 8 Rn. 2.34; Harte/Henning/Bergmann/Goldmann, UWG, § 8 Rn. 299.

1288 BGH GRUR 2003, 453 (454) – »Verwertung von Kundenlisten«; BGH GRUR 2000, 907 (909) – »Filialleiter«; Ohly/Sosnitza/Ohly, UWG, § 8 Rn. 143.

1289 Harte/Henning/Bergmann/Goldmann, UWG, § 8 Rn. 305.

1290 BGH GRUR 2008, 186 (Rn. 23) – »Telefonaktion«; Köhler/Bornkamm/Köhler, UWG, § 8 Rn. 2.47; Ohly/Sosnitza/Ohly, UWG, § 8 Rn. 147.

oder auch selbstständige Unternehmer in Betracht kommen¹²⁹¹. Voraussetzung ist, dass der Erfolg der Handlung zumindest auch dem Unternehmensinhaber zugutekommt und ihm ein bestimmender durchsetzbarer Einfluss auf die beanstandete Tätigkeit (unabhängig von dessen tatsächlicher Geltendmachung) eingeräumt wird¹²⁹². Unbeachtliche Kriterien sind dagegen die Veranlassung der Werbung¹²⁹³, die Kenntnis des Betriebsinhabers von der Werbung¹²⁹⁴, der Wille des Betriebsinhabers¹²⁹⁵ oder die Erfolgsaussichten eines Vorgehens gegen den Verletzer¹²⁹⁶. Als Beauftragte können daher solche selbstständigen Unternehmer oder Subunternehmer gelten, die einzelne Unternehmensfunktionen für einen Marktteilnehmer wahrnehmen, wie etwa Einkauf, Vertrieb oder Werbung¹²⁹⁷. Zu nennen wären hier insb. selbstständige Werbeagenturen¹²⁹⁸, die im Auftrag eine Marketingmaßnahme unter Berufung auf den Verhaltenskodex des Unternehmers schalten oder diesen Kodex veröffentlichen. Eine Haftung kann daneben bspw. für Internet-Werbepartner¹²⁹⁹, selbstständige Handelsvertreter¹³⁰⁰, Franchisenehmer¹³⁰¹, eine Werbegemeinschaft von Händ-

1291 Ullmann/*Seichter*, jurisPK-UWG, § 8 Rn. 143.

1292 BGH WRP 2011, 881 (Rn. 54) – »Sedo«; BGH GRUR 2011, 543 (Rn. 11, 13) – »Änderung der Voreinstellung III«; BGH GRUR 2005, 864 (865) – »Meißner Dekor II«; OLG Frankfurt NJOZ 2005, 3632 (3634) – »Media-Saturn-Holding«; Köhler/Bornkamm/Köhler, UWG, § 8 Rn. 2.41; Harte/Henning/Bergmann/Goldmann, UWG, § 8 Rn. 313. Anders das OLG Hamburg, welches eine tatsächliche Ausübung des Einflusses der Konzernmutter verlangt: OLG Hamburg BeckRS 2001, 30229231 (Ls. 2).

1293 OLG Frankfurt NJOZ 2005, 3632 (3634) – »Media-Saturn-Holding«.

1294 Köhler/Bornkamm/Köhler, UWG, § 8 Rn. 2.33, 2.47.

1295 BGH WRP 1995, 696 (698) – »Franchise-Nehmer«; OLG Frankfurt NJOZ 2005, 3632 (3634) – »Media-Saturn-Holding«.

1296 BGH WRP 1995, 696 (698) – »Franchise-Nehmer«.

1297 Loschelder/Erdmann/*Fritzsche*, Wettbewerbsrecht, § 79 Rn. 121.

1298 BGH GRUR 2008, 186 (Rn. 23) – »Telefonaktion«; BGH GRUR 1994, 219 (220) – »Warnhinweis«; BGH GRUR 1991, 772 (774) – »Anzeigenrubrik I«; BGH GRUR 1973, 208 (209) – »Neues aus der Medizin«; OLG Köln MMR 2008, 477 (478); OLG Frankfurt GRUR 2007, 612 (612f.) – »Finanzierungsklinker«.

1299 BGH GRUR 2009, 1167 (Rn. 21ff.) – »Partnerprogramm«.

1300 BGH GRUR 1971, 119 (120) – »Branchenverzeichnis«.

1301 BGH GRUR 1995, 605 (607) – »Franchise-Nehmer«.

lern¹³⁰², für bestimmte Aufgaben eingebundene Tochtergesellschaften¹³⁰³ oder abhängige Unternehmen beim Beherrschungsvertrag (§ 291 AktG) und beim faktischen Konzern (§§ 308ff. AktG)¹³⁰⁴ begründet werden. Eine Haftung der Muttergesellschaft für eine Konzerntochter ist aber jedenfalls dann fraglich, wenn die Muttergesellschaft die Funktion einer reinen Holding-Gesellschaft wahrnimmt¹³⁰⁵. Eigenständige Händler ohne besondere Absatzmittlungsfunktion sind dagegen grundsätzlich keine »Beauftragten« i. S. d. § 8 II UWG¹³⁰⁶.

d) Darlegungs- und Beweislast

Die Darlegungs- und Beweislast für die anspruchsgrundlegenden Voraussetzungen (auch für die Merkmale des § 8 II UWG) trägt grundsätzlich der Anspruchsteller¹³⁰⁷. Es genügt jedoch die Glaubhaftmachung, dass Angestellte oder Beauftragte des Unternehmers gehandelt haben, um dem Beklagten eine sekundäre Darlegungslast hinsichtlich solcher Umstände, die den Anschein entkräften, aufzuerlegen¹³⁰⁸.

Beim Verletzungsunterlassungsanspruch (§ 8 I S. 1 UWG) wird die Wiederholungsgefahr aufgrund einer bereits erfolgten Verletzungshandlung vermutet¹³⁰⁹. Diese Wiederholungsvermutung ist jedoch durch den Verletzer widerleglich¹³¹⁰ und wird in der Praxis zumeist mittels Abgabe einer strafbewehrten Unterlassungserklärung ausgeräumt, die i. d. R. als Reaktion auf

1302 LG Erfurt WRP 1999, 877 (878f.) – »Apothekenhauslieferung«; hierzu auch: *Stute*, WRP 1999, 875.

1303 BGH GRUR 2005, 864 (865) – »Meißner Dekor II«; ebenso der umgekehrte Fall, in dem eine Muttergesellschaft für die Konzerntochter eine Internethomepage erstellt (OLG München WRP 2012, 579 (Rn. 40)).

1304 Köhler/Bornkamm/*Köhler*, UWG, § 8 Rn. 2.45.

1305 Ullmann/*Seichter*, jurisPK-UWG, § 8 Rn. 147.

1306 BGH GRUR 2011, 534 (Rn. 14) – »Änderung der Voreinstellung III«; OLG Frankfurt GRUR 1987, 549 (550) – »Bratpfannen-Systeme«.

1307 BGH GRUR 2007, 994 (Rn. 19) – »Gefälligkeit«; Ohly/Sosnitza/*Ohly*, UWG, § 8 Rn. 145.

1308 OLG Hamm WRP 1998, 327 (328f.); LG Bonn BeckRS 2008, 13289; Loschelder/Erdmann/*Fritzsche*, Wettbewerbsrecht, § 79 Rn. 129.

1309 BGH GRUR 2003, 446 (447) – »Preisempfehlung für Sondermodelle«; BGH GRUR 2000, 337 (338) – »Preisknaller«; BGH GRUR 1992, 858 (859f.) – »Clementinen«.

1310 Ohly/Sosnitza/*Ohly*, UWG, § 8 Rn. 10; Ullmann/*Seichter*, jurisPK-UWG, § 8 Rn. 32.

eine Abmahnung des Gläubigers erfolgt¹³¹¹. Eine anderweitige Widerlegung der Vermutung ist dagegen nur in Ausnahmefällen möglich¹³¹².

3. Ansprüche aufgrund von Verstößen gegen Sorgfaltssstandards

a) Einleitung

Anknüpfungspunkt der lauterkeitsrechtlichen Bewertung ist der Vertrieb des Produktes, welches unter Verstoß gegen Branchenstandards auf dem Markt angeboten wird¹³¹³. Die lauterkeitsrechtliche Täterbestimmung ist daher je nach Art des missachteten Branchenstandards unterschiedlich vorzunehmen. Sofern ein Händler Produkte anbietet, die unter Missachtung einer ihn selbst treffenden Sorgfaltspflicht vertrieben werden, kann dies eine eigene täterschaftliche Haftung begründen. Vertreibt dagegen ein Hersteller Produkte an Großhändler, Einzelhändler oder direkt an Verbraucher, die unter Verstoß der Sorgfaltspflicht hergestellt wurden, und ergibt sich hieraus ein beachtlicher Wettbewerbsvorsprung vor anderen Marktteilnehmern, stellt dieser Vertrieb die Haftungsanknüpfung für eigenes Täterhandeln dar.

Zugleich ist damit eine Haftung für Mitarbeiter und Beauftragte im Regelfall ausgeschlossen, da der Vertrieb der Produkte dem Unternehmensinhaber selbst zuzurechnen ist und der einzelne Mitarbeiter keine für das Lauterkeitsrecht maßgebliche geschäftliche Handlung i. S. d. § 2 I Nr. 1 UWG vorgenommen hat.

b) Täterschaftliche Haftung des Betriebsinhabers

Ebenso wie die Verletzung gesetzlicher Normen im Rahmen des § 3a UWG¹³¹⁴ knüpfen Sorgfaltssstandards des § 3 UWG nur an einen speziellen Täterkreis an. Täter i. S. d. § 8 I UWG kann damit nur sein, wer alle Tatbestandsvoraus-

¹³¹¹ Vgl. etwa: BGH GRUR 2008, 815 (Rn. 14) – »Buchführungsbüro«; BGH GRUR 1997, 379 (380) – »Wegfall der Wiederholungsgefahr II«; BGH GRUR 1996, 290 (291) – »Wegfall der Wiederholungsgefahr I«; Ullmann/Seichter, jurisPK-UWG, § 8 Rn. 40.

¹³¹² Hierzu: Ullmann/Seichter, jurisPK-UWG, § 8 Rn. 34ff.

¹³¹³ Vgl. hierzu: 5. Kapitel, II., 2.

¹³¹⁴ BGH GRUR 2008, 810 (Rn. 14) – »Kommunalversicherer«; Teplitzky/Pfeifer/Leistner/Paal, Großkommentar UWG, Band 3, § 8 Rn. 95; Köhler/Bornkamm/Köhler, UWG, § 8 Rn. 2.5; Harte/Henning/Bergmann/Goldmann, UWG, § 8 Rn. 67.

setzungen des § 3 I, II UWG erfüllt und tatsächlich diesem Branchenstandard unterworfen ist.

Der Betriebsinhaber haftet damit grundsätzlich nach § 8 I UWG, wenn er Produkte anbietet, die unter Verstoß gegen einen ihn treffenden Sorgfaltssstandard hergestellt oder unter einem solchen Verstoß vertrieben werden, sofern die Missachtung des Standards (ausnahmsweise) zu einer wesentlichen Beeinflussung der Verbraucherentscheidung führen kann, aufgrund eines Verstoßes gegen einen wettbewerbs-bezogenen Sorgfaltssstandard erfolgt, der zu einer spürbaren Beeinträchtigung von Interessen anderer Marktteilnehmer führt, oder eine Verletzung nicht marktbezogener Sorgfaltssstandards geeignet ist, einen erheblichen Wettbewerbsvorsprung vor anderen Marktteilnehmern zu zeitigen. Zusätzlich anspruchs begründende Voraus-setzungen des § 8 I UWG stellen im Rahmen des Unterlassungsanspruchs das Vorliegen einer Wiederholungsgefahr (§ 8 I S. 1 Alt. 2 UWG) sowie im Rahmen des Beseitigungsanspruchs das Vorliegen eines fortdauernden rechtswidrigen Störungszustandes (§ 8 I S. 1 Alt. 1 UWG) dar. Ein bereits begangener Sorgfaltstörung verstoß ist schließlich nicht zwingende Voraussetzung der Haftung und im Rahmen des vorbeugenden Unterlassungsanspruchs wird auch eine Erstbegehungsgefahr als ausreichend erachtet (§ 8 I S. 2 UWG). Hierfür müssen jedoch »ernsthafte und greifbare Anhaltspunkte« dafür vorhanden sein, dass sich der Wettbewerber »unmittelbar« oder »in naher Zukunft« der wettbewerbswidrigen Maßnahme, mithin dem Sorgfaltstörung verstoß, bedienen werde¹³¹⁵.

c) Haftung für Mitarbeiter und Beauftragte gem. § 8 II UWG

Eine Haftung über § 8 II UWG kommt nur dann in Betracht, wenn einzelne Subunternehmen oder selbstständige Unternehmen den Vertrieb des Produktes für den Betriebsinhaber übernehmen. Eine Beauftrageneigenschaft kann etwa angenommen werden bei unselbstständigen Filialen¹³¹⁶ oder beim Alleinvertriebshändler, wenn der Hersteller ihm ggü. seinen Einfluss und Willen durchsetzen kann¹³¹⁷. Ein selbstständiger Einzelhändler ist jedoch grundsätz-

1315 BGH GRUR 1999, 1097 (1099) – »Preissturz ohne Ende«; BGH GRUR 1994, 57 (58) – »Geld-zurück-Garantie«; BGH GRUR 1993, 53 (55) – »Ausländischer Inserent«; Teplitzky/Pfeifer/Leistner/Paal, Großkommentar UWG, Band 3, § 8 Rn. 36

1316 BGH GRUR 2000, 907 (909) – »Filialleiterfehler«.

1317 BGH GRUR 2005, 864 (865) – »Meißner Dekor II«; Ullmann/Seichter, jurisPK-UWG, § 8 Rn. 146.

lich nicht als Beauftragter eines Großhändlers, Lieferanten oder Herstellers anzusehen¹³¹⁸. Anknüpfungspunkt für die Haftung im Rahmen des Vertriebs der Produkte ist daher grundsätzlich das Handeln des Betriebsinhabers selbst, welches auch schon auf »höherer Ebene« ggü. Großhändlern oder Lieferanten als Absatzverhalten maßgeblich sein kann.

d) Haftung Dritter aufgrund eigener Verletzung von Verkehrspflichten

In Ausnahmefällen kann über die Begründung von Verkehrspflichten eine (zusätzliche) Haftung Dritter in Betracht kommen. Kernaussage der Begründung wettbewerbsrechtlicher Verkehrspflichten ist, dass derjenige, der »durch sein Handeln im geschäftlichen Verkehr die ernsthafte Gefahr begründet, dass Dritte durch das Wettbewerbsrecht geschützte Interessen von Marktteilnehmern verletzen, auf Grund einer wettbewerbsrechtlichen Verkehrspflicht dazu verpflichtet [ist], diese Gefahr im Rahmen des Möglichen und Zumutbaren zu begrenzen«¹³¹⁹. Die Verletzung von Verkehrspflichten wird zumeist mit einem Verstoß gegen die »unternehmerische Sorgfalt« des § 3 II UWG gleichgesetzt¹³²⁰. Dieser ist jedoch nicht zu verwechseln mit dem hier behandelten Verstoß gegen einen Sorgfaltstandard, denn die Haftung aufgrund von Verkehrspflichten sanktioniert einen eigenen Anknüpfungspunkt für die Haftung Dritter. Es handelt sich hierbei vielmehr um die Frage, ob ein Dritter den Vertrieb der sorgfaltswidrig hergestellten Produkte eines Herstellers oder Großhändlers in zumutbarer Weise erkennen und vermeiden konnte. Die Begründung eines Verstoßes gegen eine Verkehrspflicht erfordert damit eine eigene Beurteilung am Maßstab der unternehmerischen Sorgfalt des § 3 UWG. Wie bei der früher in der Rechtsprechung vertretenen sog. Störerhaftung konkretisiert sich die Verkehrspflicht als Prüfungspflicht, wobei über den Umfang der

1318 BGH GRUR 2011, 534 (Rn. 14) – »Änderung der Voreinstellung III«; Ullmann/Seichter, jurisPK-UWG, § 8 Rn. 146; Harte/Henning/Bergmann/Goldmann, UWG, § 8 Rn. 315.

1319 BGH GRUR 2007, 890 (Ls. 2) – »Jugendgefährdende Medien bei Ebay«. Insb. bei der Haftung von Internetauktionshäusern besteht eine umfangreichere Judikatur zu dieser Fallgruppe: vgl. Teplitzky/Pfeifer/Leistner/Paal, Großkommentar UWG, Band 3, § 8 Rn. 110ff.

1320 Köhler/Bornkamm/Köhler, UWG, § 8 Rn. 2.8; Ohly/Sosnitza/Ohly, UWG, § 8 Rn. 123; Teplitzky/Pfeifer/Leistner/Paal, Großkommentar UWG, Band 3, § 8 Rn. 107; Harte/Henning/Bergmann/Goldmann, UWG, § 8 Rn. 84.

Prüfung die Umstände des Einzelfalles entscheiden¹³²¹. Mangels Erkennbarkeit und Zumutbarkeit dürften danach Verstöße gegen Verkehrspflichten infolge unterlassener Prüfung der Ware im Regelfall ausscheiden.

II. Anspruch auf Schadensersatz gem. § 9 UWG

1. Einleitung

Der Schadensersatz des Lauterkeitsrechts dient dem Ausgleich der Nachteile des Verletzten, der Prävention und Sanktion¹³²². Entgegen dem früheren Recht, in dem die Gläubigereigenschaft des Schadensersatzanspruchs nicht explizit bestimmt war, ist in § 9 S. 1 UWG nunmehr ausdrücklich festgelegt, dass als Anspruchsberechtigte nur Mitbewerber in Betracht kommen. Nach der Legaldefinition des § 2 I Nr. 3 UWG ist als »Mitbewerber« jeder Unternehmer zu verstehen, »der mit einem oder mehreren Unternehmern als Anbieter oder Nachfrager von Waren oder Dienstleistungen in einem konkreten Wettbewerbsverhältnis steht«. Welche Mitbewerber konkret geschützt sind, ergibt sich aus dem Schutzzweckgedanken der verletzten Verhaltensnorm, sodass sich eine Beschränkung der Aktivlegitimation auf diejenigen Mitbewerber ergibt, gegen die sich der konkrete Verstoß richtet¹³²³. Verbraucher und sonstige Marktteilnehmer sind von § 9 UWG ausdrücklich nicht geschützt, auch eine analoge Anwendung der Norm wird nach h. M. ebenso ausgeschlossen¹³²⁴ wie eine Einstufung als Schutzgesetz des § 823 II BGB¹³²⁵. Den in § 8 III Nr. 2–4

1321 Vgl. hierzu ausführlich: Harte/Henning/Bergmann/Goldmann, UWG, § 8 Rn. 94ff.

1322 Ohly/Sosnitza/Ohly, UWG, § 9 Rn. 1; Teplitzky/Pfeifer/Leistner/Paal, Großkommentar UWG, Band 3, § 9 Rn. 6.

1323 Köhler/Bornkamm/Köhler, UWG, § 9 Rn. 1.9; Teplitzky/Pfeifer/Leistner/Paal, Großkommentar UWG, Band 3, § 9 Rn. 36; Ullmann/Koch, jurisPK-UWG, § 9 Rn. 10.

1324 Vgl. etwa: Köhler/Bornkamm/Köhler, UWG, § 9 Rn. 1.10; Teplitzky/Pfeifer/Leistner/Paal, Großkommentar UWG, Band 3, § 9 Rn. 37; Ohly/Sosnitza/Ohly, UWG, § 9 Rn. 23; Ullmann/Koch, jurisPK-UWG, § 9 Rn. 11; MüKo/UWG/Fritzsche, § 9 Rn. 49; Harte/Henning/Goldmann, UWG, § 9 Rn. 15. Kritisch im Hinblick auf den insoweit entgegenstehenden Schutzzweck des UWG in § 1 UWG: Fezer/Koos, Lauterkeitsrecht, Band 2, § 9 Rn. 3; Augenhofer, WRP 2006, 169 (176); Kefler, WRP 2005, 264 (273); Sack GRUR 2004, 625 (630).

1325 Der BGH hatte dies in der Vergangenheit jedenfalls noch abgelehnt, vgl. BGH GRUR 1975, 150 (Ls. 2) – »Prüfzeichen«. a. A. etwa: Fezer/Koos, Lauterkeitsrecht, Band 2, § 9 Rn. 3.

UWG genannten Verbänden und Kammern steht ebenfalls der Schadensersatzanspruch aufgrund des eindeutigen Wortlauts des § 9 S. 1 UWG nicht offen.

2. Schuldner

Schuldner ist zunächst derjenige, der vorsätzlich oder fahrlässig eine nach § 3 UWG oder § 7 UWG unzulässige geschäftliche Handlung vorgenommen hat (§ 9 S. 1 UWG). Diese kann auch in der Verletzung von Organisationspflichten liegen¹³²⁶. Neben der handelnden Person haftet derjenige, dem das Verhalten Dritter zuzurechnen ist. Neben der Repräsentantenhaftung des § 31 BGB gilt dies, entgegen § 8 II UWG, für Verrichtungshelfen des Betriebsinhabers nach § 831 BGB. Im Gegensatz zu § 8 II UWG bietet sich hierbei dem Geschäftsherrn eine Exkulpationsmöglichkeit, welche auch nicht mittels analoger Anwendung des § 8 II UWG unterlaufen werden kann¹³²⁷.

3. Verschuldensvoraussetzung

Der Schadensersatzanspruch erklärt ausdrücklich ein Verschuldenserfordernis in Form von Vorsatz und Fahrlässigkeit. Der Inhalt des Verschuldenselementes lehnt sich an der Kasuistik von BGB und StGB an, wobei grundsätzlich ein strenger Maßstab angenommen wird¹³²⁸. Fahrlässigkeit bedeutet danach das Außerachtlassen der im Verkehr üblichen Sorgfalt (§ 276 BGB). Vorsatz liegt zumindest in Form von bedingtem Vorsatz dann vor, wenn sich dem Handelnden die Rechtswidrigkeit seines Tuns geradezu aufdrängt oder wenn er sein wettbewerbsrelevantes Verhalten fortsetzt, obgleich er sich auf Grund der ihm bekannten Tatsachen nicht der Einsicht verschließen kann, dass die-

1326 Ullmann/Koch, *jurisPK-UWG*, § 9 Rn. 5; Harte/Henning/Goldmann, *UWG*, § 9 Rn. 84.

1327 BGH GRUR 2010, 936 (Rn. 22) – »Espresso-Maschine«; BGH GRUR 2006, 426 (Rn. 24) – »Direktansprache am Arbeitsplatz II«; BGH GRUR 2001, 82 (83) – »Neu in Bielefeld I«; Ullmann/Koch, *jurisPK-UWG*, § 9 Rn. 3; Teplitzky/Pfeifer/Leistner/Paal, *Großkommentar UWG*, Band 3, § 9 Rn. 48; Ohly/Sosnitza/Ohly, *UWG*, § 9 Rn. 26.

1328 BGH GRUR 1999, 923 (928) – »Tele-Info-CD«; BGH GRUR 1990, 474 (476) – »Neugeborenentransporte«; BGH GRUR 1987, 564 (565) – »Taxi-Genossenschaft«; Teplitzky/Pfeifer/Leistner/Paal, *Großkommentar UWG*, Band 3, § 9 Rn. 26; Köhler/Bornkamm/Köhler, *UWG*, § 9 Rn. 1.18; Harte/Henning/Goldmann, *UWG*, § 9 Rn. 55.

ses unlauter ist¹³²⁹. Bedingter Vorsatz kann damit auch schon vorliegen, wenn ein Gewerbetreibender mit einem Verhaltenskodex wirbt, bei dessen Einhaltung sich Zweifel aufdrängen müssen – sei es, da bereits Verstöße gegen die Bestimmungen vorgekommen sind oder andere Anhaltspunkte für Mängel in deren Durchsetzung sprechen. Zugleich kann Eventualvorsatz auch in solchen Fällen vorliegen, in denen schon die Grundbedingungen einer Verbretigung und Umsetzung der Erfordernisse des Verhaltenskodex innerhalb der einzelnen Unternehmensbereiche offensichtlich nicht gegeben sein können. Hierzu zählen bspw. Fälle, in denen eine Übersetzung des Verhaltenskodex in die Landessprache der produzierenden Tochterunternehmen nicht erfolgt ist oder diese überhaupt keine Kenntnis von einer Selbstverpflichtung haben. Fahrlässiges Handeln ist etwa dann gegeben, wenn der Unternehmer trotz Hinweisen auf Verstöße gegen den Verhaltenskodex im weiteren Verlauf kein Überprüfungssystem zu dessen Einhaltung implementiert.

4. Schadenskausalität und Schadensumfang

Nur in den seltensten Fällen kann der Nachweis erbracht werden, dass ein Kunde mit Sicherheit beim Mitbewerber gekauft hätte, wäre er nicht irregeführt worden¹³³⁰. In Wettbewerbsstreitigkeiten besteht daher oft eine besondere Schwierigkeit darin, den durch einen Wettbewerbsverstoß entstandenen Schaden zu berechnen und nachzuweisen¹³³¹. Eine Benachteiligung im Wettbewerb führt nach der Erfahrung aber i. d. R. zu einer Minderung der Erfolgsaussichten, was grundsätzlich für das Vorliegen eines Schadens ausreicht¹³³². Das Vorhandensein eines Schadens ist daher die Regel, Probleme bereitet dagegen die konkrete Berechnung¹³³³. In der Praxis wird deshalb zumeist auch keine Zahlungsklage, sondern Feststellungsklage erhoben, die lediglich die Möglichkeit oder eine (nicht besonders hoch angesetzte) Wahrscheinlichkeit

1329 OLG Hamm GRUR-RR 2008, 435 (437) – »Zulassung in EU-Mitgliedstaat«; OLG Stuttgart GRUR 2007, 435 (436) – »Veralteter Matratzentest«; Ullmann/Koch, jurisPK-UWG, § 9 Rn. 18.

1330 Harte/Henning/Goldmann, UWG, § 9 Rn. 91.

1331 Teplitzky/Pfeifer/Leistner/Paal, Großkommentar UWG, Band 3, § 9 Rn. 52; Ullmann/Koch, jurisPK-UWG, § 9 Rn. 41.

1332 BGH GRUR 1995, 349 (350) – »Objektive Schadensberechnung«; BGH GRUR 1993, 757 (758f.) – »Kollektion Holiday«; Harte/Henning/Goldmann, UWG, § 9 Rn. 90.

1333 Harte/Henning/Goldmann, UWG, § 9 Rn. 90.

des Schadenseintritts erfordert¹³³⁴. Den Schwierigkeiten bei der Berechnung wird mittels großzügiger Anwendung der Schadensschätzung nach § 252 BGB, § 287 ZPO und der Möglichkeit begegnet, den Schaden in bestimmten Fällen auch abstrakt nach dem Verletzergewinn zu berechnen¹³³⁵.

III. Anspruch auf Gewinnabschöpfung gem. § 10 I UWG

1. Einleitung und Normzweck

In der vorliegenden Thematik zeichnen sich viele Fälle durch sog. »Streuschäden« aus. Diese kennzeichnen sich dadurch, dass einzelnen Betroffenen nur vergleichsweise untergeordnete Nachteile entstanden sind, welche sich jedoch in gesamtwettbewerblicher Hinsicht als Verfälschung der Marktchancen zugunsten des Verletzters auswirken. Wird ein Verletzungsunterlassungsanspruch nach § 8 I S. 1 UWG geltend gemacht, ist der vom Verletzter beabsichtigte Gewinn häufig bereits realisiert und die Zuwiderhandlung aus dessen Sicht profitabel¹³³⁶. Zugleich werden betroffene Abnehmer häufig von der Durchsetzung ihnen zustehender Ansprüche absehen, weil sie sich entweder der Übervorteilung gar nicht bewusst sind oder die Kosten und Mühen einer Rechtsverfolgung in Anbetracht der erlittenen geringen Einbußen scheuen¹³³⁷. Um dieser Thematik zu begegnen, wurde mit der UWG-Reform 2004 der Gewinnabschöpfungsanspruch des § 10 I UWG eingeführt. Anders als der Schadensersatzanspruch dient der Gewinnabschöpfungsanspruch nicht dem Interessenausgleich zwischen Zuwiderhandelnden und Betroffenen, sondern der Prävention von Wettbewerbsverstößen, die aufgrund ihrer Struktur eine Vielzahl von Marktteilnehmern betreffen¹³³⁸. In seiner konkreten gesetzlichen

1334 BGH GRUR 2001, 78 (79) – »Falsche Herstellerpreisempfehlung«; BGH GRUR 1995, 744 (749) – »Feuer, Eis & Dynamit I«; BGH GRUR 1972, 180 (183) – »Cheri«; Köhler/Bornkamm/Köhler, UWG, § 9 Rn. 1.23; Ullmann/Koch, jurisPK-UWG, § 9 Rn. 41.

1335 Ullmann/Koch, jurisPK-UWG, § 9 Rn. 41. Bei Eingriffen in wettbewerbsrechtlich geschützte Leistungspositionen, die immateriellen Gütern vergleichbar sind, kommt die sog. »dreifache Schadens-berechnung« zur Geltung, vgl. hierzu: Ohly/Sosnitza/Ohly, UWG, § 9 Rn. 14.

1336 Teplitzky/Pfeifer/Leistner/Poelzig, Großkommentar UWG, Band 3, § 10 Rn. 2.

1337 BT-Drucks. 15/1487, S. 23; Köhler/Bornkamm/Köhler, UWG, § 10 Rn. 3; Harte/Henning/Goldmann, UWG, § 10 Rn. 13.

1338 BT-Drucks. 15/1487, S. 24; Köhler/Bornkamm/Köhler, ebenda.

Ausgestaltung besteht jedoch weitgehend Einigkeit, dass der Gewinnabschöpfungsanspruch des § 10 I UWG Durchsetzungsdefizite aufweist¹³³⁹.

2. Schuldner, Gläubiger und Gewinnabführung

Schuldner des Anspruchs aus § 10 I UWG ist derjenige, der mittels Verstoß gegen § 3 UWG oder § 7 UWG einen Gewinn zu Lasten einer Vielzahl von Abnehmern realisiert hat¹³⁴⁰. Da der Zu widerhandelnde den Gewinn selbst erzielt haben muss, kommt als Schuldner auch nur der Betriebsinhaber in Betracht. Das Unternehmen muss nur für seine gesetzlichen Vertreter und Mitarbeiter einstehen, wenn deren Verhalten entsprechend §§ 31, 831 BGB dem Betriebsinhaber zuzurechnen ist¹³⁴¹.

Zur Geltendmachung des Anspruchs berechtigt sind die in § 8 III Nr. 2–4 UWG genannten Einrichtungen (§ 10 I UWG). Hierzu zählen insb. die Wettbewerbszentrale und Verbraucherverbände, denen infolge der verbraucherschützenden und gesamtwettbewerbsrechtlichen Zielsetzung der Institutionen ein besonderes Gewicht bei der Geltendmachung zukommt. »Mit Blick auf den Sanktionscharakter« der Vorschrift hat der Gesetzgeber eine Anspruchsberechtigung der Mitbewerber als »nicht angemessen« angesehen¹³⁴².

Eine Besonderheit der Norm ergibt sich aus dem Auseinanderfallen des Anspruchsberechtigten und Begünstigten: Der »abgeschöpfte« Gewinn steht nicht der im Prozess erfolgreichen Partei zu, sondern dem Bundeshaushalt in Gestalt des Bundesamtes für Justiz, welches dem Bundesjustizministerium un-

1339 Schon der Bundesrat hatte die Vorschrift als »nicht praktikabel« und »unausgereift« bezeichnet (BT-Drucks. 15/1487, S. 34). Weiterhin: Ohly/Sosnitza/Ohly, UWG, § 10 Rn. 3; Teplitzky/Pfeifer/Leistner/Poelzig, Großkommentar UWG, Band 3, § 10 Rn. 33ff.; Alexander, Schadensersatz und Abschöpfung, S. 505ff.; Kefler, WRP 2005, 264 (273). Vereinzelt sind jedoch inzwischen Urteile ergangen, in denen ein Anspruch aus § 10 UWG zugesprochen wurde: OLG Schleswig MMR 2013, 579; OLG Frankfurt GRUR-RR 2010, 482 – »heute gratis«; OLG Frankfurt GRUR-RR 2009, 265 – »Abo-Fallen«; OLG Stuttgart GRUR 2007, 435 – »Veralteter Matratzentest«.

1340 Ohly/Sosnitza/Ohly, UWG, § 10 Rn. 16.

1341 Ullmann/Koch, jurisPK-UWG, § 10 Rn. 7. Eine direkte Anwendung der Vorschriften scheidet aus, da § 10 UWG keinen Schadensersatzanspruch darstellt. Aufgrund der Nähe zum Schadensersatzanspruch wird jedoch eine analoge Anwendung der Normen vertreten (Ohly/Sosnitza/Ohly, UWG, § 10 Rn. 16; Köhler/Bornkamm/Köhler, UWG, § 10 Rn. 16).

1342 BT-Drucks. 15/1487, S. 24.

tersteht¹³⁴³. Begründet wird dieses Spezifikum damit, dass bei einem Verbleiben des Gewinns bei den Verbänden sachfremde Motive der Einnahmeerzielung neben den bezeichneten Marktregulierungsmechanismus treten könnten und die Verbraucherschutzverbände ohnehin aus öffentlichen Mitteln finanziert würden¹³⁴⁴. In dieser Ausgestaltung liegt jedoch ein wesentlicher Grund für den geringen Klageanreiz der Anspruchsberechtigten, welcher letztlich der Normdurchsetzung zuwiderläuft. Denn die klagebefugten Verbände tragen im Fall des Unterliegens vor Gericht das volle Kostenrisiko, müssen aber im Fall des Obsiegens den gesamten Gewinn abführen¹³⁴⁵. De lege ferenda wird daher zu Recht erwogen, den abgeschöpften Gewinn den Anspruchsberechtigten zur (zweckgebundenen) Verwendung zu überlassen¹³⁴⁶. Es ist ohnehin fraglich, warum eine »Belohnung« für eine Tätigkeit im Allgemeininteresse, die zu einer besseren Normdurchsetzung beiträgt, rechtspolitisch keine Geltung beanspruchen kann¹³⁴⁷. Die aktuelle Reform des UWG im Jahr 2015 hat jedoch diesen Gesichtspunkt bedauerlicherweise ausgeklammert.

3. Die einzelnen Voraussetzungen

a) Gewinnerzielung zu Lasten einer Vielzahl von Abnehmern

a) Merkmal »zu Lasten«

Die Gewinnerzielung muss »zu Lasten« einer Vielzahl von Abnehmern erzielt worden sein. Das Merkmal »zu Lasten« steht im engen Zusammenhang mit dem Zweck der Regelung, wonach geringere Nachteile bei einer größeren Anzahl von Kunden entstehen, die jedoch aufgrund ihrer untergeordneten Bedeutung keinen Ausgleich finden. Es besteht Einigkeit, dass solche Nachteile jedenfalls dann vorliegen, wenn den Abnehmern bürgerlich-rechtliche

1343 Teplitzky/Pfeifer/Leistner/*Poelzig*, Großkommentar UWG, Band 3, § 10 Rn. 130.

1344 BT-Drucks. 15/1487, S. 25.

1345 Ullmann/Koch, jurisPK-UWG, § 10 Rn. 12; Harte/Henning/*Goldmann*, UWG, § 10 Rn. 5.

1346 Vgl. etwa: Köhler/Bornkamm/*Köhler*, UWG, § 10 Rn. 2; Teplitzky/Pfeifer/Leistner/*Poelzig*, Großkommentar UWG, Band 3, § 10 Rn. 42; MüKo/UWG/*Micklitz*, Band 2, § 10 Rn. 58; Harte/Henning/*Goldmann*, UWG, § 10 Rn. 26; Alexander, WRP 2012, 1190 (1195).

1347 In diese Richtung auch: Teplitzky/Pfeifer/Leistner/*Poelzig*, Großkommentar UWG, Band 3, § 10 Rn. 42.

Ansprüche oder Gestaltungsrechte zustehen (insb. aus Anfechtungsrechten gem. §§ 119ff. BGB, Widerrufsrechten nach §§ 355ff. BGB, culpa in contrahendo nach §§ 311 II, 280 I BGB, Gewährleistungsrechten gem. §§ 434ff. BGB oder Ansprüchen aus unerlaubter Handlung gem. §§ 823ff. BGB)¹³⁴⁸. In Fällen der irreführenden Werbung liegen derartige Rechte regelmäßig vor¹³⁴⁹, weshalb bei Werbemaßnahmen mit Verhaltenskodizes eine Gewinnerzielung »zu Lasten« der Abnehmer dann vorliegt, wenn ein Produktbezug der Werbung hergestellt werden kann.

Weniger eindeutig sind Fälle der Verletzung von Branchenstandards, in denen das Vorliegen bürgerlich-rechtlicher Ansprüche der Abnehmer im Regelfall auszuschließen ist. Die Auslegung des Merkmals »zu Lasten« der Abnehmer ist insoweit nicht geklärt. Unter Berufung auf den Regierungsentwurf des § 10 UWG¹³⁵⁰ wird z. T. angenommen, dass dem Vorteil des Verletzers ein unmittelbarer Vermögensnachteil der Abnehmer gegenüberstehen muss¹³⁵¹, mithin der Gesetzgeber eine Parallel zum Unmittelbarkeitserfordernis der Eingriffskondiktion des § 812 I S. 1 Alt. 2 BGB bezweckte¹³⁵². An einem Vermögensnachteil würde es danach fehlen, wenn der vom Zuwiderhandelnden erzielte Preis des Produktes im Verhältnis zur tatsächlich erbrachten Leistung als »angemessen« zu erachten ist¹³⁵³. Die Fassung des Regierungsentwurfs steht jedoch mit der letztlich beschlossenen, heute geltenden Gesetzeslage nicht in Einklang, weil der Entwurf statt des Merkmals »zu Lasten« den Passus »auf Kosten« enthielt¹³⁵⁴. Der Rechtsausschuss erläuterte diese Änderung damit, dass der Gewinnabschöpfungsanspruch nicht die Ermittlung einzelfallbezogener Nachteile voraussetzt, sondern es als ausreichend erachtet wird, wenn durch die Zuwiderhandlung bei einer Vielzahl von Abnehmern eine

1348 Vgl. etwa: BT-Drucks. 15/1487, S. 23; OLG Frankfurt GRUR-RR 2009, 265 (268); Köhler/Bornkamm/Köhler, UWG, § 10 Rn. 10; Ohly/Sosnitza/Ohly, UWG, § 10 Rn. 9; Ullmann/Koch, jurisPK-UWG, § 10 Rn. 35; Harte/Henning/Goldmann, UWG, § 10 Rn. 87; Loschelder/Erdmann/Melullis, Lauterkeitsrecht, § 81 Rn. 17; Pokrant, FS Ullmann, S. 813 (815).

1349 Ohly/Sosnitza/Ohly, UWG, § 10 Rn. 9.

1350 BT-Drucks. 15/1487, S. 24.

1351 Köhler/Bornkamm/Köhler, UWG, § 10 Rn. 10; Pokrant, FS Ullmann, S. 813 (815).

1352 Im Ergebnis jedoch für eine reine Abstellung auf lauterkeitsrechtliche Interessen der Abnehmer: Alexander, WRP 2004, 407 (418).

1353 Köhler/Bornkamm/Köhler, § 10 Rn. 10; Sieme, WRP 2009, 914 (919).

1354 BT-Drucks. 15/1487, S. 24.

»wirtschaftliche Schlechterstellung« eingetreten ist¹³⁵⁵. In der Änderung des Wortlauts wird nicht nur eine Abkehr von der bereicherungsrechtlichen Terminologie gesehen, sondern vor allem ein Verzicht auf einen Unmittelbarkeitszusammenhang generell¹³⁵⁶. Hierfür sprechen auch gewichtige Gründe, die z. T. in der Stellungnahme des Bundesrats schon proklamiert wurden¹³⁵⁷. So ergeben sich erhebliche Beweisschwierigkeiten des Anspruchstellers, der einen konkreten Vermögensnachteil der Abnehmer im Einzelfall nachweisen muss¹³⁵⁸. Der hierfür notwendige Vergleich mit einem »angemessenen« Marktwert führt letztlich dazu, dass das erkennende Gericht zu einer nicht hinzunehmenden Preiskontrolle gezwungen wäre, um die Saldierung im Einzelfall (sofern überhaupt möglich) festzustellen¹³⁵⁹. Zugleich erübrigt sich mit einem Verzicht auf das Unmittelbarkeitsfordernis auch die Berücksichtigung von Folgeaufwendungen als Rückausnahme, wie es in der Begründung des Regierungsentwurfs noch ursprünglich bezweckt wurde¹³⁶⁰ und vom Bundesrat als unpraktikable und in der Praxis kaum durchführbare Berechnungsmethode kritisiert wurde¹³⁶¹. Die rechtlichen Wertungen der *culpa in contrahendo* (§§ 280 I, 241 II, 311 II BGB) zeigen, dass ein »Schaden« auch schon in einem ungewollten Vertragsschluss resp. in der Bindung an einen ungewollten Vertrag liegen kann¹³⁶².

Mit der wohl überwiegenden Auffassung ist daher davon auszugehen, dass die durch das Merkmal »zu Lasten« geforderte wirtschaftliche Schlechterstellung i. S. d. Wettbewerbsrechts zu interpretieren ist¹³⁶³ und insb. dann vorliegt, wenn Abnehmer in ihrem lauterkeitsrechtlich geschützten Interessenkreis

1355 BT-Drucks. 15/2795, S. 21.

1356 Harte/Henning/Goldmann, UWG, § 10 Rn. 110.

1357 BT-Drucks. 15/1487, S. 34.

1358 Ebenda.

1359 Ohly/Sosnitza/Ohly, UWG, § 10 Rn. 9; Harte/Henning/Goldmann, UWG, § 10 Rn. 88; Sosnitza, GRUR 2003, 739 (746).

1360 BT-Drucks. 15/1487, S. 24.

1361 BT-Drucks. 15/1487, S. 34.

1362 Harte/Henning/Goldmann, UWG, § 10 Rn. 87.

1363 In dogmatischer Hinsicht präferiert Micklitz den Weg einer teleologischen Reduktion des Merkmals »zu Lasten«: MüKo/UWG/Micklitz, Band 2, § 10 Rn. 106.

berührt werden¹³⁶⁴. Dies entspricht dem Telos des § 10 UWG, die Durchsetzung der lauterkeitsrechtlichen Tatbestände durch den abschreckenden Effekt der Gewinnabschöpfung zu fördern¹³⁶⁵. Welche Abnehmerinteressen beeinträchtigt sein müssen, richtet sich vor allem nach dem Typus des verletzten lauterkeitsrechtlichen Verbots¹³⁶⁶. Eine wirtschaftliche Schlechterstellung der Abnehmer liegt trotz u. U. angemessenen Kaufpreises dann vor, wenn für den Abnehmer die Leistung nicht brauchbar oder nicht von Interesse ist, der Abnehmer die gekaufte Ware im Grunde also gar nicht haben möchte¹³⁶⁷. Das Vorliegen bürgerlich-rechtlicher Ansprüche oder Gestaltungsrechte zeitigt insoweit ein eindeutiges Indiz für eine Schlechterstellung, ist aber kein notwendiges Kriterium¹³⁶⁸. In Fällen einer Verletzung von Sorgfaltstests ist das Merkmal zwar häufig nicht erfüllt, ein Vorliegen jedoch nicht ausgeschlossen.

bb) Merkmal einer »Vielzahl« von »Abnehmern«

Durch die Zu widerhandlung muss eine »Vielzahl« von Abnehmern betroffen sein. Die konkrete Ausfüllung des Begriffes ist mangels gesetzlicher Konkretisierung unklar, weshalb die Beurteilung zwischen einer Untergrenze von drei Abnehmern – in Anlehnung an die Rechtsprechung zu § 305 I S. 1 BGB¹³⁶⁹ – und 50 Abnehmern als Untergrenze für unklare Fälle¹³⁷⁰ schwankt. Individuelle Gesetzesverstöße, etwa im Rahmen eines Verkaufsgesprächs, sollen jedenfalls nach der Gesetzesbegründung außen vor bleiben¹³⁷¹. Zur genaueren Beurteilung kann keine eindeutige Grenze aufgestellt werden, sondern es sind

1364 So etwa: Teplitzky/Pfeifer/Leistner/Poelzig, Großkommentar UWG, Band 3, § 10 Rn. 94; MüKo/UWG/Micklitz, Band 2, § 10 Rn. 106, 110; Fezer/v. Braunmühl, Lauterkeitsrecht, Band 2, § 10 Rn. 189; Alexander, Schadensersatz und Abschöpfung, S. 540ff.; Neuberger, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 104ff.; im Ergebnis ebenfalls: Harte/Henning/Goldmann, UWG, § 10 Rn. 84ff.; in diese Richtung auch: OLG Stuttgart GRUR 2007, 435 (437) – »Veralteter Matratzentest«; Ohly/Sosnitza/Ohly, UWG, § 10 Rn. 9.

1365 Teplitzky/Pfeifer/Leistner/Poelzig, Großkommentar UWG, Band 3, § 10 Rn. 94.

1366 Teplitzky/Pfeifer/Leistner/Poelzig, Großkommentar UWG, Band 3, § 10 Rn. 94; Alexander, Schadensersatz und Abschöpfung, S. 543.

1367 Harte/Henning/Goldmann, UWG, § 10 Rn. 87; Ullmann/Koch, jurisPK-UWG, § 10 Rn. 31.

1368 Loschelder/Erdmann/Melullis, Wettbewerbsrecht, § 81 Rn. 17.

1369 Köhler/Bornkamm/Köhler, UWG, § 10 Rn. 11.

1370 Harte/Henning/Goldmann, UWG, § 10 Rn. 99.

1371 BT-Drucks. 15/1487, S. 24.

letztlich die Umstände des Einzelfalls maßgeblich, welche unter Berücksichtigung des Gesetzeszwecks zu beurteilen sind. Als maßgebliche Kriterien gelten danach insb. die Breitenwirkung einer etwaigen Werbe-maßnahme, die Schwere sowie die Dauer des Verstoßes¹³⁷².

Der Begriff des »Abnehmers« bezieht jeden ein, der vom Verletzer eine Ware oder Leistung bezogen hat, und umfasst neben Verbrauchern auch gewerbliche Waren- oder Leistungsempfänger, Vereine oder die öffentliche Hand¹³⁷³. Mitbewerber sind dagegen nicht erfasst. Als Abnehmer kann nur der unmittelbare Vertragspartner des Verletzers gelten, nicht hingegen Marktbe-teiligte auf nachgelagerten Marktstufen¹³⁷⁴.

b) Vorsatz

§ 10 I UWG setzt die vorsätzliche Begehung einer unzulässigen geschäftlichen Handlung nach § 3 oder § 7 UWG voraus. Der Vorsatz muss sich damit auf alle Tatbestandsmerkmale des § 3 UWG bzw. im vorliegenden Fall insb. auf die speziellen Normen der §§ 5, 5a UWG beziehen, was auch die objektiven Umstände einer Überschreitung der Spürbarkeitsgrenze des § 3 UWG¹³⁷⁵ und die Rechtswidrigkeit des Handelns¹³⁷⁶ einschließt. Eine Parallelwertung in der »Laiensphäre« genügt¹³⁷⁷. Die Voraussetzungen des § 10 UWG, vorrangig das Erfordernis der »Gewinnerzielung zu Lasten einer Vielzahl von Abnehmern«, werden dagegen nicht vom Vorsatz erfasst¹³⁷⁸.

Bedingter Vorsatz genügt im Rahmen des § 10 I UWG, weshalb auch derjenige den Anspruch verwirklichen kann, dem sich die Rechtswidrigkeit seines

1372 OLG Frankfurt GRUR-RR 2009, 265 (267) – »Abo-Fallen«; Köhler/Bornkamm/*Köhler*, UWG, § 10 Rn. 12; Ohly/Sosnitza/*Ohly*, UWG, § 10 Rn. 11.

1373 Ohly/Sosnitza/*Ohly*, UWG, § 10 Rn. 10; Loschelder/Erdmann/*Melullis*, Wettbewerbs-recht, § 81 Rn. 12.

1374 BGH GRUR 2008, 818 (Rn. 135) – »Strafbare Werbung im Versandhandel«; Köhler/Bornkamm/*Köhler*, UWG, § 10 Rn. 11; Ohly/Sosnitza/*Ohly*, UWG, § 10 Rn. 10; a. A. Harte/Henning/*Goldmann*, UWG, § 10 Rn. 101f.; Fezer/v. *Braunmühl*, Lauterkeitsrecht, Band 2, § 10 Rn. 208.

1375 Harte/Henning/*Goldmann*, UWG, § 10 Rn. 68.

1376 BGH NJW 1992, 2014 (2016); BGH NJW 1977, 1875 (1878); OLG Frankfurt GRUR-RR 2010, 482 (Ls. 1) – »heute gratis!«; Köhler/Bornkamm/*Köhler*, UWG, § 10 Rn. 6.

1377 Köhler/Bornkamm/*Köhler*, UWG, § 10 Rn. 5.

1378 Ohly/Sosnitza/*Ohly*, UWG, § 10 Rn. 5; Harte/Henning/*Goldmann*, UWG, § 10 Rn. 69.

Handelns geradezu aufdrängt¹³⁷⁹ oder wer sein Verhalten fortsetzt, obgleich er sich auf Grund der ihm bekannten Tatsachen nicht der Einsicht verschließen kann, dass dieses unlauter ist¹³⁸⁰. Dennoch stellt das Vorsatzerfordernis eine hohe Hürde für den Tatbestand auf¹³⁸¹ und die Unklarheiten im Gesetzgebungsverfahren hinsichtlich dieser Voraussetzung zeigen sich auch daran, dass der Referentenentwurf noch eine Haftung für grobe Fahrlässigkeit für gerechtfertigt hielt, um alle »offensichtlichen Verstöße« sanktionieren zu können¹³⁸².

Mit dem Vorsatzerfordernis sind auch der Zurechnung von Zu widerhandlungen Dritter enge Grenzen gesetzt. Insbesondere die Zurechnung des § 8 II UWG kann nicht auf § 10 I UWG übertragen werden, da sie mittels einer verschuldensunabhängigen Erfolgshaftung des Betriebsinhabers das Erfordernis aushebeln würde. Die analoge Anwendung der §§ 831 und 31 BGB ist im Gesetzentwurf ausdrücklich vorgesehen¹³⁸³. So haftet über § 31 BGB analog das Unternehmen für vorsätzliches Handeln derjenigen Personen, die als verfassungsmäßig berufene Vertreter selbst im Namen des Unternehmens handeln. § 831 BGB knüpft dagegen an das eigene Verschulden des Betriebsinhabers aufgrund Auswahl-, Überwachungs- oder sonstigem Organisationsverschulden an¹³⁸⁴. Da der Unternehmer über § 831 BGB aber auch in Fällen haften würde, in denen ihm nur ein fahrlässiges Organisationsverschulden zur Last fällt, muss die Anwendung auf Sachverhalte beschränkt werden, in denen der Betriebsinhaber selbst vorsätzlich gehandelt hat¹³⁸⁵. Eine darüber hinausgehende Zurechnung von Handlungen, bspw. von verbundenen Unternehmen, ist nicht möglich.

1379 BGH NJW 1996, 2652 (2654); OLG Hamm GRUR-RR 2008, 435 (437) – »Zulassung in EU-Mitgliedsstaat«.

1380 BGH GRUR 1992, 448 (449) – »Pullovermuster«; BGH GRUR 1991, 914 (915) – »Kastanienmuster«; BGH GRUR 1987, 932 (933) – »Zollabfertigung«; OLG Stuttgart GRUR 2007, 435 (436) – »Veralteter Matratzentest«; Köhler/Bornkamm/Köhler, UWG, § 10 Rn. 6; Ohly/Sosnitza/Ohly, UWG, § 10 Rn. 5; Harte/Henning/Goldmann, UWG, § 10 Rn. 66.

1381 Köhler/Bornkamm/Köhler, UWG, § 10 Rn. 6; MüKo/UWG/Fritzsche, Band 2, § 9 Rn. 4. Dies zeigt auch das Urteil des LG Bonn: LG Bonn GRUR-RR 2006, 111 – »Unzutreffen des Testurteils«.

1382 Harte/Henning/Goldmann, UWG, § 10 Rn. 63; den Ausschluss grober Fahrlässigkeit etwa kritisierend: Loschelder/Erdmann/Melullis, Wettbewerbsrecht, § 81 Rn. 8.

1383 BT-Drucks. 15/1487, S. 22.

1384 Harte/Henning/Goldmann, UWG, § 10 Rn. 75.

1385 Ohly/Sosnitza/Ohly, UWG, § 10 Rn. 16; Harte/Henning/Goldmann, UWG, § 10 Rn. 75; Fezer/v. Braunmühl, Lauterkeitsrecht, Band 2, § 10 Rn. 244.

c) Kausaler Gewinn

Der Wortlaut des § 10 I UWG (»hierdurch«) erfordert einen Kausalitätszusammenhang zwischen der Zuwiderhandlung und dem erzielten Gewinn. Hieraus wird z. T. geschlossen, dass sich der abzuschöpfende Gewinn ausschließlich auf den Anteil beschränkt, der durch den Wettbewerbsverstoß auch zustande gekommen ist¹³⁸⁶. Für diese Auslegung werden vor allem ein anzustrebender Gleichlauf mit dem Schadensrecht und der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit angeführt¹³⁸⁷. In Konsequenz würde sich der Anspruch entsprechend der Vorteilsabschöpfung des § 34 GWB auf eine Mehrerlösabschöpfung beschränken, welche schon im Rahmen des Kartellrechts mit erheblichen Schwierigkeiten bei der Feststellung des zu berechnenden Vorteils verbunden ist¹³⁸⁸. Der Kaufentschluss des Abnehmers kann auf einer Vielzahl von Bedingungen beruhen. Genau genommen bedürfte es daher einer Differenzierung zwischen dem gewinnsteigernden Faktor der Zuwiderhandlung und allen anderen in Frage kommenden Einflüssen. Hierunter müssten bspw. die Beurteilung vorhergehender Werbemaßnahmen, das Image des Unternehmens, die Konkurrenz oder sonstige unternehmensunabhängige Faktoren – angefangen von neutralen Berichten in den Medien bis hin zu Umwelteinflüssen wie bspw. Schnee und kaltem Wetter bei Winterschlussverkäufen – in die Bewertung einbezogen werden¹³⁸⁹. Eine genaue Berechnung des Mehrerlöses durch die beanstandete Zuwiderhandlung ist daher faktisch nicht möglich, weshalb in der Praxis eine Schätzung dieses Gewinnanteils unumgänglich ist¹³⁹⁰.

Andere gehen daher davon aus, dass sich der abzuschöpfende Gewinn aus dem gesamten Gewinn ergibt, welcher im Zuge der unlauteren Handlung erzielt wurde¹³⁹¹. Praktische Schwierigkeiten der Mehrerlösfeststellung allein

1386 Köhler/Bornkamm/Köhler, UWG, § 10 Rn. 7; Teplitzky/Pfeifer/Leistner/Poelzig, Großkommentar UWG, Band 3, § 10 Rn. 82; Ohly/Sosnitza/Ohly, UWG, § 10 Rn. 7; Alexander, Schadensersatz und Abschöpfung, S. 554.

1387 Ohly/Sosnitza/Ohly, UWG, § 10 Rn. 7.

1388 Vgl. hierzu: Immenga/Mestmäcker/Emmerich, Wettbewerbsrecht, Band 2, § 34 GWB Rn. 10ff.

1389 Harte/Henning/Goldmann, UWG, § 10 Rn. 117; Sack, WRP 2003, 546 (553f.).

1390 Entsprechend § 9 UWG bietet die Praxis hier jedoch gewisse Hilfestellungen, so etwa: OLG Hamburg GRUR-RR 2009, 136 (139) – »Gipürespitze II«.

1391 MüKo/UWG/Micklitz, § 10 Rn. 125; Harte/Henning/Goldmann, § 10 Rn. 126; Fezer/v. Braumnühl, Lauterkeitsrecht, Band 2, § 10 Rn. 231; Loschelder/Erdmann/Mellill, Wettbewerbsrecht, § 81 Rn. 28; Sack, WRP 2003, 546 (555), Sosnitza, GRUR 2003, 739 (746).

können aus sich heraus jedoch keine Abschöpfung von Gewinnanteilen rechtfertigen, die auf rechtmäßigen Verhaltensweisen beruhen¹³⁹². Der Ansicht ist aber deshalb der Vorzug zu geben, da nur auf diese Weise die Zielsetzung des Gewinnabschöpfungsanspruchs im Sinne einer generalpräventiven Wirkung erreicht werden kann. Sollte nämlich der Zu widerhandelnde ausschließlich den Mehrerlös herausgeben müssen, wäre der Effekt einer »geltungserhaltenen Reduktion« vergleichbar¹³⁹³. Für den unlauter handelnden Unternehmer bestünde ggü. einem rechtmäßig handelnden Konkurrenten kein gesteigertes Risiko, da er mittels der gesetzlichen Sanktion nur so gestellt würde wie er ohne die Zu widerhandlung ohnehin stehen würde. Mit der Gesetzesbegründung steht diese Auffassung in Einklang, die den Gewinn aus den »Umsatzerlösen abzüglich der Herstellungskosten« berechnen will¹³⁹⁴. Da der Gewinn letztlich nur die wirtschaftliche Kehrseite des Schadens der Abnehmer darstellt, entspricht nur eine Gesamtbetrachtung der Werbe- oder Vertriebsmaßnahme einer von der Feststellung des einzelnen Vermögensnachteils der Abnehmer losgelösten Betrachtung, wie sie durch das Merkmal »zu Lasten« im Rahmen des Gewinnabschöpfungsanspruchs vorzunehmen ist¹³⁹⁵.

4. Rechtsfolge

a) Berechnung und Bestandteile des Gewinns

In Bezugnahme auf die Erwägungen des Kausalitätszusammenhangs ist der Erlös damit nicht im Sinne eines streng kausalen, sondern eines konditionalen Zusammenhangs zu ermitteln¹³⁹⁶. Es ist also nicht der Ertrag abzuschöpfen, der entsteht, weil unlauter gehandelt wird, sondern der Gewinn, der entsteht, wenn unlauter gehandelt wird¹³⁹⁷. Eine insoweit verhältnismäßig weitreichende Haftung erscheint vor dem Hintergrund des Vorsatzerfordernisses angemessen¹³⁹⁸.

1392 Teplitzky/Pfeifer/Leistner/Poelzig, Großkommentar UWG, Band 3, § 10 Rn. 82.

1393 Harte/Henning/Goldmann, UWG, § 10 Rn. 125.

1394 BT-Drucks. 15/1487, S. 24; MüKo/UWG/Micklitz, § 10 Rn. 125.

1395 Hierzu: 6. Kapitel, III., 3., a), aa).

1396 Harte/Henning/Goldmann, UWG, § 10 Rn. 129.

1397 Ebenda.

1398 MüKo/UWG/Micklitz, § 10 Rn. 127.

Bei der Berechnung des Gewinns geht das Gesetz von allgemeinen Grundsätzen aus, wonach als solcher der Überschuss der Einnahmen über die seiner Erzielung zugrunde liegenden Ausgaben anzusehen ist¹³⁹⁹. Abzuziehen von den Einnahmen sind damit die Gesamtheit der Unkosten, wie etwa für den Erwerb der Rohstoffe, die Herstellungs- und Vertriebskosten¹⁴⁰⁰ sowie alle Leistungen, die der Zu widerhandelnde aufgrund von Verpflichtungen, welche im Zuge des unlauteren Verhaltens zustande gekommen sind, zu erfüllen hat¹⁴⁰¹. Ausgenommen sind die Rechtsverteidigungskosten, die im Zusammenhang mit der unlauteren Handlung entstanden sind, da der Schuldner dies zum Anlass nehmen könnte, sich auf kostenträchtige Prozesse einzulassen¹⁴⁰². Ist die Höhe des Gewinns streitig, kann das Gericht in Anwendung des § 287 ZPO den Betrag schätzen¹⁴⁰³.

b) Beweislast

Die Voraussetzungen des Gewinnabschöpfungsanspruchs hat grundsätzlich der klagende Verband darzulegen und im Streitfall zu beweisen¹⁴⁰⁴. Im Einzelnen kann sich die Beweisführung der einzelnen Voraussetzungen als schwierig erweisen. Als Beweiserleichterungen stehen dem klagenden Verband grds. aus § 242 BGB hergeleitete und von der Rechtsprechung anerkannte Auskunftsansprüche zu, wenn der Gläubiger die zur Durchsetzung seines Rechts erforderlichen Informationen nicht anders erlangen kann und dem Schuldner eine Auskunft unschwer möglich und zuzumuten ist¹⁴⁰⁵. Daneben erlaubt die Beweiserleichterung *prima facie* einen Rückschluss auf einen typischen Geschehensablauf aufgrund von Erfahrungssätzen¹⁴⁰⁶. Denkbar ist daher die

1399 Loschelder/Erdmann/*Melullis*, Wettbewerbsrecht, § 81 Rn. 11.

1400 Ebenda.

1401 Ohly/Sosnitza/*Ohly*, UWG, § 10 Rn. 12.

1402 BT-Drucks. 15/1487, S. 24; Köhler/Bornkamm/*Köhler*, UWG, § 10 Rn. 7; Ohly/Sosnitza/*Ohly*, UWG, § 10 Rn. 6.

1403 BT-Drucks. 15/1487, S. 24.

1404 Köhler/Bornkamm/*Köhler*, UWG, § 10 Rn. 14; Teplitzky/Pfeifer/Leistner/*Poelzig*, Großkommentar UWG, Band 3, § 10 Rn. 149.

1405 St. Rspr.: BGH WRP 1999, 534 (540) – »Preisbindung durch Franchisegeber«; BGHZ 95, 274 (278) – »GEMA-Vermutung I«; BGH GRUR 1978, 54 (55) – »Preisauskunft«; BGH GRUR 1972, 558 (560) – »Teerspritzmaschinen«.

1406 Teplitzky/Pfeifer/Leistner/*Poelzig*, Großkommentar UWG, Band 3, § 10 Rn. 183.

Annahme, dass eine unlautere Wettbewerbshandlung ggü. einem größeren Adressatenkreis eine wirtschaftliche Schlechterstellung einer Vielzahl von Abnehmern als typische Folge beinhaltet¹⁴⁰⁷.

IV. Ergebnisse des 6. Kapitels

Ebenso wie in anderen Themengebieten des Lauterkeitsrechts ist in der vorliegenden Thematik der Unterlassungs- oder Beseitigungsanspruch des § 8 I UWG zentrale Anspruchsnorm für Zu widerhandlungen. Bei der Schaltung irreführender Werbemaßnahmen mit Verhaltenskodizes kommt eine täterschaftliche Haftung des Betriebsinhabers entweder über die Grundsätze der Organ- und Repräsentantenhaftung der §§ 31, 89 BGB oder infolge von Organisationsmängeln im Betrieb in Frage. Zumeist erfolgt jedoch zu Lasten des Unternehmers eine Haftungszurechnung für Mitarbeiter und Beauftragte gem. § 8 II UWG. In Fällen von Verstößen gegen branchenbezogene Sorgfaltssstandards des § 3 UWG stellt der Vertrieb des insoweit »fehlerhaften« Produktes den maßgeblichen Anknüpfungspunkt dar. Der Vertrieb ist i. d. R. dem Betriebsinhaber selbst zuzurechnen, weshalb als Anknüpfungspunkt im Allgemeinen nur eine eigene Haftung des Unternehmers über § 8 I UWG einschlägig ist. Der Betriebsinhaber haftet danach selbst nach § 8 I UWG, wenn er Produkte anbietet, die unter Verstoß von Sorgfaltssstandards hergestellt oder unter einem solchen Verstoß vertrieben werden, sofern sich dieser Sorgfalt-verstoß spürbar im Wettbewerb ausgewirkt hat. Diese Auswirkungen können sich entweder im Geschäftsverkehr mit Verbrauchern in der Beeinflussung ihrer Geschäftsentscheidung zeigen oder in Form eines erheblichen Wettbewerbsvorsprungs anderen Mitbewerbern gegenüber. In Einzelfällen kann außerdem eine Haftungszurechnung durch Beauftragte des Betriebsherrn in Frage kommen. Auch Dritte können so aufgrund einer Missachtung eigener Verkehrspflichten Anspruchsschuldner des § 8 I UWG sein.

Durch die Einschränkungen bei der Anspruchsberechtigung in Kombination mit dem Verschuldenserfordernis und den praktischen Schwierigkeiten der Bezifferung des Schadens hat der Schadensersatzanspruch aus § 9 S. 1 UWG eine vergleichsweise geringe Bedeutung für die vorliegende Thematik. In Fällen, in denen jedoch infolge irreführender Werbung mit Verhaltenskodi-

1407 So etwa: Harte/Henning/Goldmann, UWG, § 10 Rn. 107.

zes oder Missachtung von Sorgfaltssstandards eine erhebliche Wettbewerbsbe-nachteiligung für einzelne Mitbewerber festgestellt werden kann, steht diesen unter den Voraussetzungen des § 9 S. 1 UWG auch die Möglichkeit einer Kom-pensation mittels des Schadensersatzanspruchs zu. Bei der Verletzung von Branchenstandards bezieht sich das Verschuldenserfordernis in Anlehnung an § 3a UWG¹⁴⁰⁸ auf die zumindest fahrlässige Unkenntnis des einzuhalten-den Standards, mithin die Frage nach ausreichender Implementierung eines Verhaltenskodex in die Unternehmensstruktur.

Mittels des Gewinnabschöpfungsanspruchs aus § 10 I UWG sollen Zuwi-derhandlungen sanktioniert werden, die zwar nur geringe Nachteile für den einzelnen Abnehmer der Produkte oder Dienstleistungen haben, zugleich aber aufgrund der breiten Streuwirkung eine Verfälschung des Wettbewerbs insgesamt zeitigen können. Anspruchsberechtigt sind nicht die Mitbewerber, sondern insb. die Verbraucherverbände und die Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs. »Zu Lasten« der Abnehmer wurde der Gewinn dann er-ziebt, wenn diese in ihren lauterkeitsrechtlich geschützten Interessen betroffen sind. Bei Verbrauchern als zumeist betroffene Abnehmer ergibt sich insoweit eine Parallele zur Verbraucherentscheidungsrelevanz des § 3 II UWG.

Der Tatbestand verlangt ein zumindest bedingt vorsätzliches Verhalten des Geschäftsherrn, weshalb § 831 BGB auch nur dann entsprechend angewendet werden kann, wenn den Geschäftsherrn zugleich ein bedingt vorsätzliches Organisationsverschulden trifft. Ein vorsätzliches Handeln ist regelmäßig dann anzunehmen, wenn der Täter sein Handeln nach einer Abmahnung fortsetzt¹⁴⁰⁹. Herauszugeben ist im Sinne einer Gesamtbetrachtung der gesamte Gewinn, der im Zuge der Zuwiderhandlung erwirtschaftet wurde. Die mitunter erheb-lichen Beweisschwierigkeiten, die sich ob des Beibringungsgrundsatzes des Klägers ergeben (§ 282 ZPO), können z. T. mittels Auskunftsansprüchen über § 242 BGB analog bzw. eine Beweisführung *prima facie* abgemildert werden.

1408 Köhler/Bornkamm/*Köhler*, UWG, § 9 Rn. 1.19.

1409 OLG Frankfurt GRUR-RR 2010, 482 (483) – »heute gratis!«; Köhler/Bornkamm/*Köhler*, UWG, § 10 Rn. 6.

Kapitel 7 Untersuchungsergebnisse und Ausblick

I. Untersuchungsergebnisse

1. Untersuchungsergebnisse des 2. Kapitels: Die Hintergründe einer Verpflichtung in Form von Verhaltenskodizes

- (1) Die Hervorhebung gesellschaftlicher Verantwortung in der kommunizierten Außendarstellung von Unternehmen stellt heute ein weit verbreitetes Instrument dar, um der gestiegenen Bedeutung der immateriellen Ressource des eigenen Markenimages gerecht zu werden¹⁴¹⁰. Gerade im transnationalen Kontext eröffnet die mitunter lückenhafte Rechtsetzung und -durchsetzung in den Produktionsländern ausreichend Raum für eine autonome Festsetzung eigener Regeln¹⁴¹¹.
- (2) Verhaltenskodizes im Sinne einer privaten Regelsetzung lassen sich in unilaterale Vereinbarungen einzelner Unternehmen, Selbstverpflichtungen auf sektoraler Ebene und *Multi-Stakeholder-Initiativen* unterscheiden¹⁴¹². Sie dienen der Festlegung von Grundwerten, zu denen sich ein Unternehmer oder eine Branche bekennt, und beziehen sich grenzüberschreitend auf alle insoweit verpflichteten Parteien¹⁴¹³.
- (3) Die Konkurrenz zum staatlichen Recht sorgt für eine sehr ambivalente Beurteilung der Vorteile und Gefahren dieses Instrumentes¹⁴¹⁴. Ein entscheidender Gesichtspunkt hierfür liegt in der mangelhaften Durchsetzung dieser

1410 Kapitel 2, I., 1., c).

1411 Kapitel 2, I., 1., b).

1412 Kapitel 2, I., 2., d).

1413 Kapitel 2, I., 1., a).

1414 Kapitel 2, I., 1., a).

Verpflichtungen: Verstöße gegen Verhaltenskodizes sind keine Einzelfälle, sondern stellen ein systematisches Problem dar¹⁴¹⁵.

(4) Ein Grund dafür, warum die Durchsetzung von Verhaltenskodizes häufig nicht über die Absichtsebene hinausreicht, liegt darin, dass eine Überprüfung der werblichen Herausstellung von Selbstverpflichtungen durch die Rechtsprechung bis heute praktisch nicht erfolgt ist¹⁴¹⁶. Unternehmen können so quasi bedenkenlos den Anschein eines verantwortungsvollen, normsetzenden Akteurs beim Werbeaddresaten wecken, ohne gleichzeitig legitimierende Elemente des Rechts, wie bspw. die Durchsetzung und Sanktionierung bei Nichtbefolgung, beachten zu müssen. Dies verstärkt die Gefahr von Trittbrettfahrern, die das entstandene öffentliche Bewusstsein ausnutzen, um das eigene Unternehmen in einem nicht gerechtfertigten verantwortungsvollen Licht darzustellen.

(5) Dem formellen Recht und der rechtsprechenden Gewalt kommt aus Gründen des Vertrauensschutzes notwendigerweise die Aufgabe zu, die Zuverlässigkeit privat gesetzter Regeln zu stärken. Die im Jahr 2008 neu in das UWG eingeführten Vorschriften über Verhaltenskodizes stellen hierfür die rechtliche Grundlage dar.

2. Untersuchungsergebnisse des 3. Kapitels: Die Definition des Verhaltenskodex in § 2 I Nr. 5 UWG

Ausgangspunkt der Einordnung von Selbstverpflichtungen in den Rahmen des Lauterkeitsrechts stellt die Definition des Verhaltenskodex in § 2 I Nr. 5 UWG dar.

(1) Die Entscheidung, ob ein solcher Kodex i. S. d. UWG vorliegt, kann nicht von einem spezifischen lauterkeitsrechtlichen Inhalt abhängig gemacht werden¹⁴¹⁷. Ein Irreführungspotential der Werbeaddresaten besteht nämlich gerade nicht nur bei Verpflichtungen über Verhaltenskodizes mit lauterkeitsrechtlichem Inhalt, sondern bei allen Themen, die durch Selbstverpflichtungen geregelt werden. Im Gegensatz zu den insoweit speziell normierten Irrefüh-

1415 Kapitel 2, I., 3., b).

1416 Kapitel 2, I., 3., c).

1417 Kapitel 3, III., 1., a).

rungstatbeständen bedarf es im Anwendungsbereich der Generalklausel einer gesonderten Beurteilung, ob eine Überprüfung von Verhaltenskodizes vom Schutzzweck des UWG erfasst wird¹⁴¹⁸.

(2) Hinsichtlich der anderen Voraussetzungen des § 2 I Nr. 5 UWG ist grundsätzlich von einem weiten Anwendungsbereich auszugehen, denn die UGP-RL bezweckt keine Festlegung spezifischer Anforderungen zur Gültigkeit eines Verhaltenskodex, sondern hat den Vertrauenschutz der Verbraucher zum Hintergrund¹⁴¹⁹. Es werden daher weder Voraussetzungen an die rechtstechnische Ausgestaltung des Kodex gestellt¹⁴²⁰ noch einzelne Verfahrens- und Beteiligenvoraussetzungen¹⁴²¹ oder Sanktionsmechanismen¹⁴²² festgelegt. Die Definition setzt auch keine Verbindlichkeit des Verhaltenskodex voraus¹⁴²³.

(3) Nicht unter den Anwendungsbereich des § 2 I Nr. 5 UWG fallen Verhaltenskodizes, deren Regelungsgehalt nicht über ohnehin zwingende Gesetze, Allgemeinverfügungen oder Verwaltungsakte hinausgeht¹⁴²⁴. Eine diesbezügliche Irreföhrung kann sich nur aus den sonstigen Normen des UWG ergeben, wobei eine solche Werbemaßnahme aus sich heraus nicht den Tatbestand einer Werbung mit Selbstverständlichkeiten i. S. d. § 3 III Nr. 10 UWG erfüllt¹⁴²⁵.

(4) Verhaltenskodizes stehen in einem engen Zusammenhang mit Wettbewerbsregeln des § 24 II GWB. Aufgrund des weiteren Anwendungsbereiches des § 2 I Nr. 5 UWG ist aber davon auszugehen, dass eine Wettbewerbsregel zwar automatisch einen Verhaltenskodex i. S. d. Lauterkeitsrechts darstellt, der Umkehrschluss jedoch nicht gezogen werden kann¹⁴²⁶.

1418 Hierzu: Kapitel 5, II.

1419 Kapitel 3, II., 1.

1420 Kapitel 3, II., 1.

1421 Kapitel 3, II., 2.; Kapitel 3, V., 3.

1422 Kapitel 3, V., 2.

1423 Kapitel 3, II., 3.

1424 Kapitel 3, IV.

1425 Kapitel 4, III., 3., b), cc), (4).

1426 Kapitel 3, VI., 2., b).

(5) Einer Gleichsetzung selektiver Vertriebssysteme mit Verhaltenskodizes stehen der Gesetzeszweck und die fehlende Notwendigkeit der Einbeziehung in § 2 I Nr. 5 UWG entgegen¹⁴²⁷.

3. Untersuchungsergebnisse des 4. Kapitels: Rechtswirkungen aus dem Aufbau von Erwartungshaltung in kommerziellen Mitteilungen

a) Wirkungsweise, Werbetypus und rechtliche Einordnung

(1) Die Hervorhebung unternehmerischer Selbstverpflichtungen in der Werbung ist als Form der Einstellungswerbung einzuordnen, deren bezeichnende Wirkung in der Aufwertung der Marke des Unternehmens liegt, die sich erst sekundär in einer späteren, verstärkt unbewussten, Präferenz des Kunden beim Produktentscheidungsprozess auswirkt¹⁴²⁸. Der Einfluss von CSR-Aspekten auf die Evaluation und Kaufabsicht von Produkten wurde inzwischen in zahlreichen Studien nachgewiesen¹⁴²⁹.

(2) Mit der Ansprache der Wertvorstellungen des Konsumenten ergeben sich Parallelen zur vormals von der Rechtsprechung streng gehandhabten Fallgruppe der »gefühlsbetonten Werbung«¹⁴³⁰.

(3) Dem Bürger steht es heute jedoch frei zu entscheiden, auf Grund welcher Motive er am rechtsgeschäftlichen Verkehr teilnimmt¹⁴³¹, weshalb in sog. »ethischen« Merkmalen des Produktes oder der Marke ein eigenes Kaufkriterium zu sehen ist¹⁴³².

(4) Mit dem Anerkennen dieser Faktoren für die Produktentscheidung geht aber zugleich deren Schutzwürdigkeit einher, welche sich nach geltendem Recht auf die Entscheidungsfreiheit der Konsumenten bezieht und daher im Bereich der Irreführung einzuordnen ist¹⁴³³. Aufgrund der schweren Nach-

1427 Kapitel 3, VI., 4.

1428 Kapitel 4, I., 2.; Kapitel 4, I., 3.

1429 Kapitel 4, I., 3., c).

1430 Kapitel 4, I., 4., b).

1431 BVerfG GRUR 2002, 455 (457) – »Tier- und Artenschutz«.

1432 Kapitel 4, I., 2., b).

1433 Kapitel 4, I., b), cc).

prüfbarkeit müssen bei CSR-bezogenen Werbeaussagen an Richtigkeit und Wahrheit der Aussage grundsätzlich strenge Anforderungen gestellt werden.

b) Informationspflichten bei Werbemaßnahmen mit Verhaltenskodizes

(5) Informationspflichten bei Werbemaßnahmen mit Verhaltenskodizes können sich nur aus § 5a II UWG ergeben, die Normen des § 5a III UWG und § 5a IV UWG sind nicht einschlägig¹⁴³⁴.

(6) Die Rechtsprechung gibt für die Beurteilung solcher Informationspflichten nur die Vorgabe, dass ethische oder ökologische Belange der Ware oder des Unternehmens zwar nicht aus sich heraus als »wesentlich« i. S. d. § 5a II UWG anzusehen sind, diese Kriterien aber auch nicht allein deshalb aus dem Anwendungsbereich der Norm ausgeschlossen werden können, weil eine Werbeaussage ausschließlich »ideelle« Interessen des Verbrauchers, wie die Verantwortung des Unternehmers, betreffe¹⁴³⁵.

(7) Die Werbung mit Verhaltenskodizes steht im Spannungsverhältnis zwischen dem zu fördernden Anliegen, Unternehmen zu eigener Verantwortungsübernahme zu bewegen, und den hohen Irreführungsgefahren, die sich aus den für den Konsumenten i. d. R. nicht nachprüfbarer Aussagen in der Selbstverpflichtung (sog. Vertrauenseigenschaften) ergeben¹⁴³⁶. Im Rahmen der Abwägung ist hier grundsätzlich dem Unternehmerinteresse der Vorzug zu geben: So ist ein generelles Informationsgebot mangels Effektivität und geringem Verbrauchernutzen¹⁴³⁷ und angesichts der pluralistischen Ausgestaltung von Selbstverpflichtungsinstrumenten, der subjektiven Rationalität der Verbraucher und der Gefahren eines »information overload«¹⁴³⁸ abzulehnen.

(8) Einzelne Informationspflichten sind dann anzuerkennen, wenn sie für den Verbraucher tatsächlich von Nutzen sind und den Unternehmer nicht unbillig belasten. Als verpflichtende isolierte Informationspflichten des § 5a II UWG bei Werbemaßnahmen mit Verhaltenskodizes sollten daher, in Ergänzung von

1434 Kapitel 4, II., 2.

1435 Kapitel 4, II., 3., b), bb).

1436 Kapitel 4, II., 3., b), cc), (1) und Kapitel 4, II., 3., b), cc), (2), (a).

1437 Kapitel 4, II., 3., b), cc), (2), (a).

1438 Kapitel 4, II., 3., b), cc), (2), (b).

Art. 246a § 1 I Nr. 10 und Art. 246c Nr. 5 EGBGB, die Veröffentlichung des Verhaltenskodex in einem allgemein zugänglichen Medium¹⁴³⁹, ein ausdrücklicher und gut sichtbarer Hinweis auf die Unverbindlichkeit bei reinen Absichtserklärungen¹⁴⁴⁰ und Klarstellungen über die Ernsthaftigkeit der Umsetzung des Kodex resp. die Kontroll- und Überwachungsmaßnahmen¹⁴⁴¹ angesehen werden. Diese Informationspflichten knüpfen an ein vorhergehendes Verhalten des Unternehmers an und gelten damit ausschließlich bei Verwendung des Verhaltenskodex in der Außendarstellung.

c) Aktive Irreführung im Rahmen von Werbemaßnahmen mit Verhaltenskodizes

(9) Die einschlägigen Tatbestände der schwarzen Liste (§ 3 III UWG i. V. m. Nr. 1 und Nr. 3 des Anhangs) regeln sehr spezielle Sachverhalte, deren praktischer Anwendungsbereich nur auf Einzelfälle beschränkt bleiben wird¹⁴⁴². Der Schwerpunkt lautertkeitsrechtlicher Überprüfung ist im Bereich der aktiven Irreführung des § 5 UWG zu verorten.

(10) Der Tatbestand des § 5 I S. 2 Nr. 6 UWG erfasst nicht alle denkbaren Irreführungssachverhalte im Zusammenhang mit Verhaltenskodizes, sondern sanktioniert nur den Fall einer Täuschung über die Einhaltung des Kodex, weshalb sich die Ausschlusswirkung der Norm auch nur auf diesen Sachverhalt bezieht¹⁴⁴³.

(11) Die Tatbestandsvoraussetzung einer »verbindlichen Verpflichtung« muss sich danach ausrichten, wie der angesprochene Verkehrskreis anhand des verwendeten Sprachgebrauchs des Kodex die Verbindlichkeit interpretiert, wobei der Verbraucher bei einer Bezugnahme auf bestimmte Standards deren Einhaltung i. d. R. erwartet und es dem Unternehmer nicht zuletzt gerade auf diesen Eindruck bei seinen Werbemaßnahmen ankommt¹⁴⁴⁴.

1439 Kapitel 4, II., 3., b), cc), (4), (a).

1440 Kapitel 4, II., 3., b), cc), (4), (c).

1441 Kapitel 4, II., 3., b), cc), (4), (d).

1442 Kapitel 4, III., 2.

1443 Kapitel 4, III., 3., a), aa), (3).

1444 Kapitel 4, III., 3., a), aa), (1).

(12) Neben § 5 I S. 2 Nr. 6 UWG können je nach Sachverhalt auch die Tatbestände des § 5 I S. 2 Alt. 1 UWG¹⁴⁴⁵, § 5 I S. 2 Nr. 1 UWG¹⁴⁴⁶ und § 5 I S. 2 Nr. 3 UWG¹⁴⁴⁷ einschlägig sein.

(13) Die Schwierigkeit lauterkeitsrechtlicher Überprüfung liegt häufig in der Frage, welcher Bedeutungsgehalt den häufig sehr allgemein gehaltenen Formulierungen zukommt, die hinsichtlich ihres Inhaltes und ihrer Glaubwürdigkeit resp. ihrer Durchsetzung auslegungsbedürftig sind¹⁴⁴⁸.

(14) Die konkrete Irreführungseignung richtet sich nach dem Verbraucherleitbild, dessen Schutzgehalt bei sonstigen Adressaten partiell zu reduzieren ist¹⁴⁴⁹. Maßgeblich für das Verständnis der in einem Kodex enthaltenen Formulierungen ist hier die Erwartungshaltung eines innerhalb des deutschen Marktes zu suchenden Durchschnittsverbrauchers einer Konsumentengruppe, die ihre Konsumententscheidung auch an Aspekten der Nachhaltigkeit ausrichtet¹⁴⁵⁰.

(15) In der Praxis kann die Interpretation der Formulierungen unter Zuhilfenahme der Rechtsprechung zur Umweltwerbung sowie der Alleinstellungs- bzw. Spitzenstellungswerbung erfolgen, deren grundsätzlich strenge Maßstäbe¹⁴⁵¹ auf die vorliegende Thematik übertragbar sind. In der fehlenden Übertragung dieser Maßstäbe liegt ein wesentlicher Grund des derzeitigen Sanktionsdefizites. Auch pauschale Aussagen enthalten danach zumeist einen verifizierbaren Tatsachenkern, wobei der Verbraucher von dem naheliegenden Verständnis der Aussage ausgehen kann¹⁴⁵². Er misst den Aussagen i. d. R. einen relativierenden Gehalt zu¹⁴⁵³, erwartet jedoch »signifikante Verbesserun-

1445 Kapitel 4, III., 3., a), bb).

1446 Kapitel 4, III., 3., a), cc).

1447 Kapitel 4, III., 3., a), dd).

1448 Kapitel 4, III., 3., b), cc), (2). Beispielhaft wurde der Bedeutungsgehalt ausgewählter, häufig verwendeter Formulierungen in Verhaltenskodizes untersucht: »Nachhaltigkeit«, »führend« und vergleichbare Superlativ, umweltbezogene Begriffe wie »Umweltschutz« und »Umweltverträglichkeit«, »existenzsichernde« Löhne und »Mindestlöhne«, »Sicherheit« bzw. »sichere Produktionsprozesse«, »Verantwortung«, »branchenüblich« bzw. »geltende Standards« und andere Verweise auf das Gebräuchliche.

1449 Vgl. insoweit zu anderen Personengruppen: Kapitel 4, III., 3., b), aa), (1).

1450 Kapitel 4, III., 3., b), aa), (1).

1451 Kapitel 4, I., b), cc); Kapitel 4, III., 3., b), cc), (1), (a).

1452 Kapitel 4, III., 3., b), cc), (2).

1453 Kapitel 4, III., 3., b), cc), (1), (a).

gen« in den jeweiligen Bereichen ggü. der Konkurrenz¹⁴⁵⁴. So wird etwa beim Hinweis auf Kontrollmechanismen nicht vorausgesetzt, dass eine flächendeckende Überwachung aller Unternehmenseinheiten stattfindet, sondern die Struktur des Monitoring eine Gewähr dafür bietet, dass Versäumnisse der Kodexumsetzung mit höherer Wahrscheinlichkeit aufgedeckt und beseitigt werden können¹⁴⁵⁵.

(16) Eine pauschale Differenzierung zwischen verbindlichen und unverbindlichen Verhaltenskodizes entspricht nicht der Praxis und wird vom maßgeblichen Adressatenkreis auch nicht dergestalt vorgenommen¹⁴⁵⁶. Die Grenzen sind vielmehr fließend, so dass in einem ersten Schritt zu konstatieren ist, dass der Verkehr eine Werbemaßnahme in ihrem Grundgehalt generell ernst nimmt und infolge der zumeist verbindlich gehaltenen Formulierungen des Kodex i. d. R. auch von einer dementsprechenden Ausgestaltung der Verpflichtung ausgehen kann. In einem zweiten Schritt besteht aber die Möglichkeit, den Grad an Verbindlichkeit durch den konkret verwendeten Wortlaut unter Berücksichtigung des Gesamteindrucks in einzelnen Fällen anzupassen und hierdurch eine abgeschwächte Erwartungshaltung der Adressaten zu erreichen. Verbreitet sind auch Regelungen, die einen »nach oben hin offenen« Charakter, bei gleichzeitig »nach unten hin verpflichtendem« Rahmen haben. An einen vollständigen Haftungsausschluss sind dagegen strenge Anforderungen zu stellen.

4. Untersuchungsergebnisse des 5. Kapitels: Rechtswirkungen durch die Verletzung eines Branchenstandards

a) Das Verhältnis von Verhaltenskodizes zum Lauterkeitsmaßstab der »unternehmerischen Sorgfalt« des § 2 I Nr. 7 UWG

(1) Auch wenn sich die Europäische Kommission mit einer vollständigen Übertragung des aus dem technischen Bereich bekannten Konzeptes eines »New Approach« auf das Lauterkeitsrecht nicht durchsetzen konnte¹⁴⁵⁷, stellt der Sorgfaltsmassstab innerhalb der Generalklausel des UWG den Ansatz-

1454 Kapitel 4, III., 3., b), cc), (1), (b).

1455 Kapitel 4, III., 3., b), cc), (2), (b).

1456 Hierzu auch mit Formulierungsbeispielen: Kapitel 4, III., 3., b), cc), (3).

1457 Kapitel 5, I., 1., a).

punkt dar, um Akten privater Regulierung rechtliche Relevanz verschaffen zu können.

(2) In Anbetracht der verschiedenen Vorteile und Gefahren einer Einbeziehung privater Normen in den Rechtsrahmen verbietet sich eine pauschale Aussage in Form einer Zustimmung oder Ablehnung. Mit Sicherheit kann hier nur konstatiert werden, dass eine verbindliche Auslegung des Rechts durch Verhaltenskodizes nicht mit den verfassungsrechtlichen Rahmenbedingungen vereinbar ist¹⁴⁵⁸. Eine vollständige Ablehnung jeglicher Rechtswirkungen wird dagegen weder der faktischen Relevanz privater Regeln gerecht noch entspricht dies dem Konzept des zu schützenden Wettbewerbs. Dieser stellt letztlich eine Beschreibung der Realität dar und berücksichtigt auch innerhalb der Definition der unternehmerischen Sorgfalt mit den »anständigen Marktgepflogenheiten« außerrechtliche Wertungen.

(3) Die Rechtsprechung hat sich, trotz vormals z. T. abweichender Urteile¹⁴⁵⁹, heute weitgehend darauf beschränkt, Selbstverpflichtungen eine Indizwirkung auf die Generalklausel des UWG zuzumessen. Auch in der Literatur wird überwiegend eine partielle Wirkung im Sinne einer »Indizwirkung«, »Auslegungsofferte«, »Orientierungshilfe« o. Ä. vertreten¹⁴⁶⁰. Neben den Unklarheiten über den konkreten Bedeutungsgehalt dieser Umschreibungen¹⁴⁶¹ muss eine Einbeziehung privater Regeln in die Auslegung von Generalklauseln mit dem pauschalen Hinweis auf eine »Indizwirkung« als unzulässig gewertet werden. Dies folgt aus dem Kompensationsgedanken: Denn wo die Rechtsprechung im Rahmen von Generalklauseln faktisch Rechtsetzungsaufgaben wahrnimmt, wächst sie in entsprechende verfassungsrechtliche Anforderungen an das Verfahren, den Inhalt und die Wirkung legislativer Rechtsetzung hinein¹⁴⁶². Die Problematik bezieht sich daher weniger auf die Festlegung eines abstrakten Wirkungsmaßes als auf die Frage, anhand welcher Kriterien eine private Regel im Einzelfall als Maßstab der Rechtsauslegung zu werten ist, mithin ausreichende Legitimität für eine abstrakt-generelle Wirkung besitzt.

1458 Kapitel 5, I., 2., b), bb).

1459 Kapitel 5, I., 2., a).

1460 Kapitel 5, I., 2., b). In diese Richtung kann ebenso die Formulierung in Erwägungsgrund 20 der UGP-RL verstanden werden, wonach es »zweckmäßig« ist, in Verhaltenskodizes die Sorgfaltsanforderungen in der Branche zu erkennen (RL 2005/29/EG).

1461 Kapitel 5, I., 2., c).

1462 Kapitel 5, I., 3., a), bb); *Röthel*, Normkonkretisierung, S. 436.

(4) Für den Maßstab der unternehmerischen Sorgfalt empfiehlt sich ein bewegliches System anhand ausgewählter Legitimitätskriterien, deren Überzeugungskraft in der Kumulation einzelner Elemente liegt und im Sinne einer Gesamtbetrachtung für oder gegen einen Verhaltenskodex mit legitimem Geltungsanspruch spricht¹⁴⁶³. Übertragen auf die Merkmale des § 2 I Nr. 7 UWG stellt sich das Konzept einer Einbeziehung privater Regeln in den »Standard an Fachkenntnissen und Sorgfalt« wie folgt dar:

(5) Die »Marktgepflogenheiten« fungieren als Öffnung der Generalklausel für außerrechtliche Wertungen¹⁴⁶⁴. In einer empirischen Betrachtung ist zu hinterfragen, welche Kriterien für die vom Begriff enthaltenen Elemente der »Verbreitung« und »tatsächlichen Übung« der Regel sprechen. Das Maß an Zustimmung der Regelbetroffenen im Entstehungsverfahren stellt einen wesentlichen Anhaltspunkt für die Verbreitung des Kodex in der Branche dar¹⁴⁶⁵. Eine tatsächliche Befolgung der Verpflichtung ist nur bei ausreichender Bestimmtheit der einzelnen Verhaltensanforderungen möglich¹⁴⁶⁶; weiterhin sprechen hierfür das Maß an Verbindlichkeit¹⁴⁶⁷ der Regeln und das Vorliegen wirksamer Kontroll- und Sanktionsmechanismen¹⁴⁶⁸. Der ausschließlich empirische Gehalt des Merkmals »Gepflogenheiten« bewirkt aber, dass auch missbräuchliche resp. »unerwünschte« Verhaltensweisen unter den Begriff fallen.

(6) Die Korrektur erfolgt über das Element der »Anständigkeit« des Art. 2 lit. h) UGP-RL, welches in § 2 I Nr. 7 UWG mit der Reform im Jahr 2015 in korrekter Umsetzung der UGP-RL eingefügt wurde¹⁴⁶⁹. Es ist daher zu unterscheiden zwischen einer tatsächlich geübten und verbreiteten Gepflogenheit sowie einer Gepflogenheit, die von den betroffenen Parteien als interessengerechte und anerkennenswerte Ausgestaltung ihrer Interessen verstanden wird. Legitimierende Elemente aus Sicht der betroffenen Kreise sind eine ausreichende Repräsentation und Partizipation der unterschiedlichen Interessengruppen¹⁴⁷⁰,

1463 Kapitel 5, I., 3., a), bb).

1464 Hierzu: Kapitel 5, I., 3., c), bb), (1).

1465 Kapitel 5, I., 3., c), bb), (2), (a).

1466 Kapitel 5, I., 3., c), bb), (2), (b), (cc).

1467 Kapitel 5, I., 3., c), bb), (2), (b), (aa).

1468 Kapitel 5, I., 3., c), bb), (2), (b), (bb).

1469 Kapitel 5, I., 3., c), cc), (1).

1470 Kapitel 5, I., 3., c), cc), (2), (a).

eine organisatorische Unabhängigkeit des Entscheidungsgremiums¹⁴⁷¹, ferner die Kompetenz der Regelsetzer und die Transparenz des Verfahrens¹⁴⁷². Schließlich können auch kartellrechtliche Wertungen für eine Missachtung von Interessen bestimmter betroffener Gruppen sprechen¹⁴⁷³.

(7) Das Merkmal der »Billigkeit« eröffnet eine ggf. notwendige Verhältnismäßigkeits-prüfung, wenn für den Unternehmer im Einzelfall trotz Verletzung der anständigen Marktgepflogenheiten entlastende Kriterien sprechen¹⁴⁷⁴.

(8) Der Maßstab von »Treu und Glauben« stellt in Berücksichtigung des Wortlauts des Art. 2 h) UGP-RL einen Alternativmaßstab oder eine bestätigende Kontrolle dar¹⁴⁷⁵. Er ist entsprechend dem europäischen Verständnis als Umschreibung der Lauterkeit zu verstehen. Sofern in einer Branche keine als interessengerecht zu wertende Gepflogenheit existiert, wirkt dieser als lautertkeitsrechtlicher Alternativmaßstab. Daneben kann er mittels bestätigender Kontrolle eine Ermächtigung des erkennenden Gerichts eröffnen, um die Rechtsfindung entgegen einer bestehenden Gepflogenheit ausschließlich anhand der Orientierung der UWG-Grundsätze vorzunehmen.

(9) Sofern ausreichende Legitimitätskriterien des Verhaltenskodex für das Vorliegen einer »anständigen Gepflogenheit« sprechen und eine Einbeziehung auch anhand der Elemente der »Billigkeit« und des Maßstabs von »Treu und Glauben« gerechtfertigt ist, enthalten die Regelungen des Kodex einen Geltungsanspruch über die Beteiligten hinaus und können als anerkennenswerter Branchenstandard angesehen werden. Der Unlauterkeitsvorwurf knüpft insoweit nicht an den Kodex selbst, sondern an die Missachtung des geltenden Sorgfaltsstandards in der Branche an.

1471 Kapitel 5, I., 3., c), cc), (2), (b).

1472 Kapitel 5, I., 3., c), cc), (2), (c).

1473 Kapitel 5, I., 3., c), cc), (2), (d).

1474 Kapitel 5, I., 3., c), dd).

1475 Kapitel 5, I., 3., c), ee).

b) Die Reichweite des lauterkeitsrechtlichen Schutzzwecks bei solchen Verhaltenskodizes, die einen legitimen unternehmerischen Sorgfaltスマßstab i. S. d. § 2 I Nr. 7 UWG repräsentieren

(10) Der lauterkeitsrechtliche Anknüpfungspunkt einer Ahndung von Branchenstandards ist zunächst im Sinne einer Gesamtbetrachtung von Warenproduktion und Vertrieb zu verstehen, weswegen es unerheblich ist, ob der Sorgfaltスマßstab dem eigentlichen Marktgeschehen zeitlich vorgelagert ist¹⁴⁷⁶. Entscheidend ist allein, ob sich zum Zeitpunkt der Beurteilung des in Rede stehenden Verhaltens die Verletzung des Branchenstandards noch manifestiert.

(11) Zur Beantwortung der Frage, wann ein solcher Branchenstandard unter den lauterkeitsrechtlichen Schutzzweck fällt, bietet sich eine Gleichbehandlung mit der Fallgruppe außeralterkeitsrechtlicher Gesetzesverstöße in § 3a UWG an. Nach Analyse der heute überwiegend vertretenen Auffassung¹⁴⁷⁷ ist eine Differenzierung als vorzugswürdig zu erachten, die entweder auf den Wettbewerbsbezug des Kodex selbst abstellt oder alternativ eine Wettbewerbsverfälschung als eigenständiges Element des Lauterkeitsschutzzwecks anerkennt:

(12) Enthält der Branchenstandard einen wettbewerbsfunktionalen Inhalt, ist in Anlehnung an die Fallgruppe des § 3a UWG ein Verstoß hiergegen unter Beachtung der Bagatellklausel als unlauter zu werten, da dieser aus sich heraus schon die Anforderungen an lauteres Geschäftshandeln festlegt¹⁴⁷⁸. Ein Wettbewerbsbezug liegt jedoch nur vor, wenn der Branchenstandard Regelungen festlegt, die sich auf die Interessen der Marktbeteiligten gerade in ihrer Rolle als Marktteilnehmer beziehen, weshalb sonstigen Allgemeininteressen wie bspw. dem Gesundheits-, Jugend-, Umwelt- oder Datenschutz aus sich heraus auch nicht im Sinne einer Subsumierung als Gruppeninteresse der Verbraucher ein Wettbewerbsbezug zukommt, wenn deren Verletzung nicht zugleich Einfluss auf ihre Rolle als Marktteilnehmer hat¹⁴⁷⁹.

1476 Kapitel 5, II., 2., b).

1477 Zur Entwicklung: Kapitel 5, II., 1. Zur heutigen Interpretation: Kapitel 5, II., 3., b) – d).

1478 Kapitel 5, II., 4., a).

1479 Insoweit ist die heute vorgenommene Abgrenzung anhand einer »sekundär wettbewerbsbezogenen Schutzfunktion« abzulehnen. Vgl. hierzu: Kapitel 5, II., 3.

(13) Sofern ein Branchenstandard keinen wettbewerbsbezogenen Inhalt hat, fällt ein Verstoß aus sich heraus nicht unter den Anwendungsbereich der Generalklausel. Das Lauterkeitsrecht hat Verstöße hiergegen aber dann zu sanktionieren, wenn durch den Standard eine gleiche normative Ausgangslage für alle Unternehmen eines Geschäftszweigs festgelegt wird und sich Einzelne durch Missachtung dieser Regeln einen ungerechtfertigten Vorteil im Wettbewerb verschaffen, mithin eine Wettbewerbsverfälschung i. S. d. § 1 S. 2 UWG bewirken¹⁴⁸⁰.

(14) Eine Abstellung auf den Schutzzweck des Standards (bzw. der gesetzlichen Vorschrift in § 3a UWG) bewirkt nur mittels sekundärer Berücksichtigung des »Vorsprungsgedankens« einen vollständigen Rechtsschutz im Rahmen eines wettbewerbsfunktionalen Verständnisses des Lauterkeitsrechts. Beim Verstoß gegen gesetzliche Vorschriften besteht daher ebenso eine Sanktionsmöglichkeit über § 3 I, II UWG i. V. m. dem Vorsprungsgedanken, wenn hierdurch eine Wettbewerbsverfälschung droht. § 3a UWG stellt insoweit keinen abschließenden Tatbestand dar¹⁴⁸¹.

(15) Die Anwendung des Vorsprungsgedankens hat unter Berücksichtigung bestimmter Anforderungen zu erfolgen¹⁴⁸². Zunächst gilt auch hier das Relevanzerfordernis des § 3 I UWG, weshalb ein Lauterkeitsverstoß nur vorliegen kann, wenn das Verhältnis des geldwerten Vorteils aus dem Normverstoß zum anteiligen Gewinn eine eindeutige Vorsprungsgefahr zeitigt.

(16) Des Weiteren erfordert die Lauterkeit des Wettbewerbs zwar, dass ein Wettbewerber »nicht ohne Weiteres auf Kosten seiner Mitbewerber das Risiko rechtswidrigen Handelns eingeht«¹⁴⁸³, eine Überspannung dieser Anforderungen würde aber den für die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs notwendigen Spielraum unnötig einschränken. Bei der Beurteilung der Gesetzes- oder Standardverletzung ist daher nicht am *ex post* ermittelten »richtigen« Inhalt der Regelung anzusetzen. Das lauterkeitsrechtliche Unwerturteil muss sich viel-

1480 Zur Herleitung des zwingenden Wettbewerbsbezugs des Vorsprungsgedankens vgl.: Kapitel 5, II., 4., b), aa); zur Kritik an dem Merkmal vgl.: Kapitel 5, II., 4., b), bb).

1481 Kapitel 5, II., 3., c).

1482 Kapitel 5, II., 4., b), cc).

1483 BGH GRUR 2002, 268 (270) – »Sportwetten-Genehmigung«.

mehr aus der Unvertretbarkeit der jeweiligen Normauslegung in Verbindung mit der Eignung zur Wettbewerbsverzerrung ergeben¹⁴⁸⁴.

5. Untersuchungsergebnisse des 6. Kapitels: Rechtsfolgen

(1) Die Rechtsfolgen richten sich überwiegend nach den allgemeinen Grundsätzen aus. Dem Unterlassungsanspruch des § 8 I UWG kommt insoweit besondere Bedeutung zu. Vor allem bei der Frage der Haftungzurechnung innerhalb des Unternehmens ergeben sich, abhängig von einer lauterkeitsrechtlichen Anknüpfung an die Werbemaßnahme oder den Vertrieb des Produktes, vielfältige Konstellationen¹⁴⁸⁵.

(2) Der Verschuldensmaßstab in § 9 S. 1 UWG hängt vorrangig davon ab, inwieweit eine wirksame Implementierung des Kodex in die Unternehmensstruktur erfolgt ist¹⁴⁸⁶. Es kann zwar keine vollständige Überwachung aller Unternehmensteile erwartet werden, vorauszusetzen ist jedoch, dass Verstöße mit höherer Wahrscheinlichkeit entdeckt und behoben werden können. Hierbei kommt der Kenntnis einer vorherigen Abmahnung substanzelle Bedeutung zu.

(3) Der Gewinnabschöpfungsanspruch des § 10 I UWG ist aufgrund der be zweckten Unterbindung von Streuschäden bei Irreführungsfällen mit Verhaltenskodizes von besonderer Relevanz. Das Merkmal »zu Lasten« ist jedenfalls dann erfüllt, wenn den getäuschten Verbrauchern theoretisch auch bürgerlich-rechtliche Ansprüche zuständen¹⁴⁸⁷. Das Vorsatzerfordernis stellt dagegen eine entsprechend hohe Hürde des Tatbestandes auf, die jedoch durch die weitreichenden Haftungsfolgen bei ansonsten großzügiger Auslegung der weiteren Tatbestandsmerkmale¹⁴⁸⁸ gerechtfertigt erscheint.

(4) Infolge des Beibringungsgrundsatzes des Klägers (§ 282 ZPO) ergeben sich im Prozess mitunter (z. T. erhebliche) Beweisschwierigkeiten des Anspruchstellers. Eine Abmilderung ist zumindest teilweise mittels Auskunftsan-

1484 So etwa auch der österreichische oberste Gerichtshof: OGH GRUR Int 2009, 342 (346) – »Stadtrundfahrten«; vgl. zu dieser Anwendungsprämisse: Kapitel 5, II., 4., b), cc).

1485 Vgl. insoweit: Kapitel 6, I., 2., und 3.

1486 Kapitel 6, II., 3.

1487 Kapitel 6, III., 3., a).

1488 Kapitel 6, III., 3., a); Kapitel 6, III., 3., c); Kapitel 6, III., 4., a).

sprüchen über § 242 BGB analog und/oder einer Beweisführung *prima facie* möglich.

II. Fazit

Bei der Integration von Verhaltenskodizes in das UWG ist eine Ausgewogenheit zwischen dem Potential des Informalen und den Erfordernissen des Formalen zu suchen. Die auch durch Selbstverpflichtungen mitunter vorgelebte Praxis und das geltende Recht bedingen sich auf komplexe Weise gegenseitig. Das Sollen (i. S. d. formellen Rechts) kann insoweit nicht aus einem Sein (im Sinne gesellschaftlicher Praxis) entstehen, sondern muss eine theoretische und ggf. der Praxis widersprechende Überformung des Gelebten darstellen, gleichzeitig ist das Sollen aber auch durch das Sein bedingt und scheitert, wenn es sich zu weit von ihm entfernt¹⁴⁸⁹. Dieses Verhältnis kann nicht im Sinne einer abstrakten Einflussnahme (bspw. »Indizwirkung«) definiert werden, sondern erfordert immer eine Bewertung, inwieweit eine gelebte, von den Beteiligten in privaten Regeln festgelegte Praxis einen Geltungsanspruch über die zustimmenden Parteien hinaus erlangen kann. Die hierfür entscheidende Legitimität der privaten Regel und das vorliegend vertretene Konzept einer Einbeziehung von Verhaltenskodizes in die Generalklausel des UWG ist daher nicht im Sinne eines strengen Prüfungsschemas zu verstehen, sondern als bewegliche Erfordernisse, die in einer Gesamtschau eine mehr oder minder starke Rechtfertigung einer abstrakt-generellen Wirkung der Selbstverpflichtung zeitigen. Gleichwohl kann ein solcher Verhaltenskodex mit Geltungsanspruch keinen vollends »sicheren Hafen« für einen den Standards unterworfenen Unternehmer darstellen. Denn eine dahingehende Auslegung der Generalklausel ist für die Judikatur nicht zwingend.

Weitaus mehr Beachtung in der lauterkeitsrechtlichen Praxis muss der Vertrauensschutz der Werbeadressaten beanspruchen. Mit der Abkehr von der sog. »gefühls-betonten Werbung« hat die Rechtsprechung die wettbewerbsrechtliche Bedeutung von Werbemaßnahmen mit »ethischen Aspekten« gefördert¹⁴⁹⁰ und zugleich den Schwerpunkt lauterkeitsrechtlicher Kontrolle in den Irreführungsbereich verschoben. Die durch Verhaltenskodizes bekunde-

1489 Winter, Die Umweltverantwortung, S. 25.

1490 Pfeifer, Acquis Communautaire, S. 125 (139).

te Selbstverantwortung stellt einen entscheidungsrelevanten Faktor für eine zu beachtende Werbezielgruppe dar, weshalb der Werbende auch an diesen Aussagen zu messen ist. Die propagierte Freiwilligkeit von Verhaltenskodizes bedeutet in diesem Zusammenhang keinesfalls Beliebigkeit oder Unverbindlichkeit derartiger Werbemaßnahmen. Ihr maßgeblicher Inhalt ist nämlich allein aus Sicht des angesprochenen Verkehrskreises zu interpretieren. Zum Schutz verantwortungsvoll konsumierender Verbraucher, aber auch solcher Unternehmen, die tatsächlich wirksame Mechanismen der Selbstkontrolle in ihren Geschäftsbetrieb integriert haben, muss das Lauterkeitsrecht sicherstellen, dass diese Werbemaßnahmen nur bei einer ernsthaften Umsetzung dieser Versprechen als zulässig erachtet werden können. Die Risiken, die aus einer fehlenden Umsetzung oder inhaltlich unscharfen Beschreibung der Verhaltensweisen des Kodex resultieren, müssen dem Werbenden zugeschrieben werden, der selbst kontrollieren muss, welche Aussagen er in Anbetracht der tatsächlich vorgenommenen Implementierung des Kodex in der öffentlichen Kommunikation vertreten kann.

III. Ausblick

Die wettbewerbsrechtliche Kontrolle ethischer Verpflichtungen ist – über den Bereich der Irreführung hinaus – aufgrund des lauterkeitsseigenen Schutzzwecks eingeschränkt. Nur in Einzelfällen wird ein Verhaltenskodex ausreichende Legitimitätskriterien aufweisen, um den Maßstab unternehmerischer Sorgfalt auslegen zu können. Hierfür ist auch die teils erhebliche Fragmentierung unterschiedlicher Standards verantwortlich. Zugleich ist ein Verstoß über das UWG auch nur dann sanktionierbar, wenn hiermit eine Wettbewerbsverfälschung einhergeht. Viele Regelungsmaterien, die von Verhaltenskodizes erfasst werden, haben jedoch rechtspolitisch eine derart hohe Bedeutung, dass man ihnen mit einer (rechtlichen) Sanktionierung allein anhand der Maßstäbe des UWG nicht gerecht wird.

Nachdem in der Vergangenheit eine erhebliche Zurückhaltung bei der Verrechtlichung von CSR herrschte¹⁴⁹¹, scheinen inzwischen mehrere Ansätze

1491 So hat sich die Bundesregierung in ihrem Positionspapier zu den Vorschlägen der EU-Kommission ((KOM 2011) 681 endg.) noch dafür ausgesprochen, den Grundsatz der Freiwilligkeit von CSR nicht abzuschwächen und gesetzliche Berichtspflichten zu sozialen und ökologischen Belangen ausdrücklich abgelehnt, vgl. Seite 2 des Positionspapiers.

für ein Umdenken der nationalen und internationalen Institutionen, insb. im Bereich der Menschenrechte, zu sprechen. Mit der Abkehr von dem Aspekt der »Freiwilligkeit« innerhalb der Definition von CSR hat die EU-Kommission insoweit den Weg vorgegeben¹⁴⁹². Durch die *CSR-Richtlinie*¹⁴⁹³ wird die Transparenz über Aspekte unternehmerischer Verantwortung innerhalb der jährlichen Berichtspflicht erhöht. Im hessischen Vergabegesetz können mit der Reform vom 19.12.2014 nunmehr auch soziale und ökologische Anforderungen an Unternehmen die Vergabeentscheidung beeinflussen¹⁴⁹⁴. In Frankreich bestehen Bestrebungen, eine strafbewehrte Vorsorgepflicht zur Vermeidung von Umwelt- und Gesundheitsschäden sowie Schäden aus Menschenrechtsverletzungen einzuführen¹⁴⁹⁵.

Die Wirksamkeit dieser Regelungen hängt entscheidend davon ab, inwieweit sich global eine Vereinheitlichung bestimmter Standards durchsetzt. Zurzeit bestehen hier erhebliche Defizite¹⁴⁹⁶. Das voraussichtlich größte Potential, zumindest im Bereich einer Vereinheitlichung von Menschenrechtsstandards, kommt daher den UN-Leitprinzipien aus dem Jahr 2014 zu¹⁴⁹⁷. Diese enthalten, neben dem Auftrag an Mitgliedstaaten, Menschenrechtsverletzungen auf ihrem Territorium zu verhindern, konkrete Empfehlungen für Unternehmen, um dem Menschenrechtsschutz gerecht zu werden¹⁴⁹⁸. Inwieweit diese Möglichkeit zur Vereinheitlichung von Standards ausgeschöpft wird, hängt von der Anzahl an Staaten ab, die sich zur Umsetzung der UN-Leitprinzipien verpflichten. Die Bundesregierung hat jedenfalls eine derartige Zusage im Ko-

1492 COM 2013, 207 final (2); KOM 2011, 681 (7).

1493 Richtlinie 2014/95/EU vom 22.10.2014 im Hinblick auf die Angabe nichtfinanzialer und die Diversität betreffender Informationen durch bestimmte große Unternehmen und Gruppen; vgl. hierzu auch schon: Schrader, ZUR 2013, 451 (454).

1494 Vgl. § 3 HVTG (Hessisches Vergabe- und Tarifreugesetz vom 19.12.2014).

1495 Kroker, CCZ 2015, 120 (124); vgl. hierzu: <http://www.assemblee-nationale.fr/14/propositions/pion1519.asp>, zuletzt abgerufen am 13.6.2016.

1496 Koeltz, Menschenrechtsverantwortung, S. 224; Voland, BB 2015, 67 (67).

1497 UN-Leitprinzipien für Wirtschaft und Menschenrechte (2. Auflage, Juni 2014), abrufbar unter: <http://www.auswaertiges-amt.de/cae/servlet/contentblob/690490/publicationFile/198919/UN-Leitprinzipien-DE.pdf>, zuletzt abgerufen am 13.6.2016.

1498 UN-Leitprinzipien für Wirtschaft und Menschenrechte, S. 15ff. (insb. Fn. 1450).

alitionsvertrag der aktuellen 18. Legislaturperiode proklamiert¹⁴⁹⁹, wobei einer Verbreitung innerhalb von Entwicklungs- und Schwellenländern naturgemäß eine weitaus größere Bedeutung zukäme.

Sofern Verhaltenskodizes als effektives Instrument der Regelsetzung begriffen werden sollen, bedarf es eines stärkeren Zugriffs des Rechts auf diese Regelungsform. Der Entwicklung einer sog. »Meta-Regulierung«¹⁵⁰⁰ als Form der gesetzlichen Einkleidung von Selbstverpflichtungen ist daher mit Zustimmung zu begegnen. Hierdurch ließe sich eine Vereinheitlichung von Verhaltenskodizes fördern und an bestimmten zwingenden Kriterien des Regelsetzungsverfahrens ausrichten. Das hier im Rahmen der Generalklausel des UWG vertretene Konzept würde solche Verfahrenssicherungen in der Beurteilung aufgreifen, den Maßstab »unternehmerischer Sorgfalt« so verstärkt für außerrechtliche Wertungen nutzbar machen und hierdurch letztlich die Seriosität von Selbstverpflichtungen stärken.

1499 Deutschlands Zukunft gestalten – Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD (18. Legislaturperiode), S. 125, abrufbar unter: <https://www.cdu.de/sites/default/files/media/dokumente/koalitionsvertrag.pdf>, zuletzt abgerufen am 13.6.2016; hierzu auch: *Voland, BB* 2015, 67 (70).

1500 Erste Vorschläge etwa bei: *Podszun, Corporate Social Responsibility*, S. 76ff. (m. w. N.).