

D. Lauterkeitsrechtliche Würdigung

Die kartellrechtliche Bewertung hat verdeutlicht, dass ein alleiniges Vorgehen gegen Preisgarantien ausreichen würde, um wettbewerbliche Zustände in den betroffenen Märkten wiederherzustellen. Auch wurde gezeigt, dass die Folgen der oben vertretenen Einordnung auf Ebene der Rechtsdurchsetzung normativ über das Ziel hinausschießen könnten. Dies gibt Anlass auf eine andere Regelungsmaterie zu blicken, die auf Rechtsfolgenseite gegebenenfalls ein leichter umzusetzendes Verbot von Preisgarantien ermöglicht, ohne dass – anders als bei den flankierenden Regelungen der Kartellrechtsdurchsetzung (siehe oben S. 301 ff.) – eine korrigierende Auslegung geboten wäre.

I. Verhältnis von Kartell- und Lauterkeitsrecht

In den Blick fällt das Lauterkeitsrecht, welches mit dem Kartellrecht gemeinhin als Wettbewerbsrecht bezeichnet wird.⁹⁷⁷ Während das Kartellrecht einerseits die Aufrechterhaltung freien Wettbewerbs bezweckt (Kartellverbot, Fusionskontrolle) und andererseits bei vermarkteten Marktstrukturen eine Ausnutzung wettbewerbsfreier Räume durch Ausbeutung oder Behinderung verhindern soll, regelt das Lauterkeitsrecht – vereinfacht gesagt – ein im Übrigen faires, unverfälschtes Wettbewerbsverfahren.⁹⁷⁸ Das Marktgeschehen soll frei von Täuschung und Irreführung sowohl zu Lasten der Verbraucher als auch zu Lasten der Wettbewerb ablaufen. Das Lauterkeitsrecht gilt dabei unabhängig vom Vorliegen etwaiger Marktmacht. Ebenso wenig ist das Zusammenwirken mehrerer Unternehmen erforderlich. Ähnlich wie das Kartellrecht hat auch das Lauterkeitsrecht eine

⁹⁷⁷ *Beurskens*, Lauterkeits- und Kartellrecht, 2. Aufl. 2022, S. 1; *Emmerich/Lange*, Lauterkeitsrecht, 12. Aufl. 2022, S. 1, Rn. 3; *Dreher/Kulka*, Wettbewerbs- und Kartellrecht, 12. Aufl. 2023, S. 1 Rn. 1; *Ekey*, Grundriss des Wettbewerbs- und Kartellrechts, 5. Aufl. 2016, S. 5, Rn. 6; *Jänich*, Lauterkeitsrecht, 1. Aufl. 2019, S. 3, Rn. 5.

⁹⁷⁸ *Beurskens*, Lauterkeits- und Kartellrecht, 2. Aufl. 2022, S. 2 f.; *Lettl*, Wettbewerbsrecht, 5. Aufl. 2023, S. 18 f., Rn. 38; *Jänich*, Lauterkeitsrecht, 1. Aufl. 2019, S. 4, Rn. 6.

D. Lauterkeitsrechtliche Würdigung

deutlich europarechtliche Prägung, in diesem Fall durch harmonisierende Richtlinien,⁹⁷⁹ auf denen das heutige UWG zu großen Teilen basiert.

II. Bisherige Rechtsprechung

Preisgarantien sind für das Lauterkeitsrecht kein Neuland. Bevor ein kurzer Überblick über dort bekannte Fallkonstellationen gegeben wird, sei auf eine begrifflich-konzeptionelle Abweichung zwischen den in dieser Arbeit thematisierten Preisentsprechungs- und Preisunterbietungsklauseln sowie der lauterkeitsrechtlichen Rechtsprechung zu Preisgarantien hingewiesen. Im Lauterkeitsrecht fungiert der Begriff als Sammelbecken für zahlreiche preisbezogene „Alleinstellungs-“ oder „Spitzengruppenstellungsversprechen“.⁹⁸⁰ Dabei kann es sowohl um ein Garantieversprechen bezüglich einer etwaigen Anpassung oder um Fälle eines Rückgaberechts (Geld-zurück-Garantie) gehen.⁹⁸¹

1. Irreführende Behauptungen

Gerade der anpreisende und gleichzeitig relativierende⁹⁸² Gehalt einer Preisgarantie kann im Einzelfall dazu führen, dass die Wahrnehmung des Verbrauchers nach objektiven Maßstäben und der vom Verwender beabsichtigte Aussagegehalt einer Preisgarantie auseinanderfallen. Entweder behauptet das Unternehmen alleinstehend den günstigsten Preis anzubieten oder es verspricht lediglich zu einer Spitzengruppe zu gehören und sich im Einzelfall in einer gewissen Weise anzupassen.

979 Siehe etwa RL 2005/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 11.05.2005 über unlautere Geschäftspraktiken im binnenmarktinternen Geschäftsverkehr zwischen Unternehmen und Verbrauchern sowie vorher bereits RL 84/450/EWG des Rates v. 10.09.1984 zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über irreführende Werbung.

980 *Bornkamm/Feddersen*, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen (Hrsg.), UWG, 40. Aufl. 2022, § 5 Rn. 3.130.

981 *Steinbeck*, in: Fezer/Büscher/Obergfell (Hrsg.), Lauterkeitsrecht: UWG, 3. Aufl. 2016, Anhang 2 zu § 4a: Verkaufsförderungsmaßnahmen im Lauterkeitsrecht, Rn. 328.

982 *Bornkamm/Feddersen*, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen (Hrsg.), UWG, 40. Aufl. 2022, § 5 Rn. 3.128.

Das Zusammenspiel zwischen Alleinstellungsbehauptung und dem Inaussichtstellen einer Anpassung oder Rücknahme kann – abhängig von der genauen Formulierung – ein Verwirrungspotential entfalten. So lag etwa der vom OLG Hamburg entschiedene Fall, in dem ein Unternehmen verkündet hatte, dass (garantiert) immer der günstigste Preis angeboten würde.⁹⁸³ Gleichzeitig war diese Aussage allerdings mit einer „Geld zurück Garantie“ verknüpft, falls einmal der gegenteilige Fall eintreten sollte. Es wurde also eine Alleinstellungsbehauptung mit einer (bloßen) Spaltenstellungsbehauptung vermengezt, was jedenfalls erstere isoliert irreführend machte, sodass die Klausel als unlauter betrachtet wurde und gegen §§ 5 Abs. 1 Nr. 1, 3 UWG verstoßen hat.

2. Intransparente Bedingungen

Ferner hatte die lauterkeitsrechtliche Rechtsprechung zu Preisgarantien die Täuschung und Irreführung des Verbrauchers durch intransparente Bedingungen ihrer Geltendmachung oder einen bereits ex ante im Kleingedruckten weit beschnittenen Anwendungsbereich der Garantien zum Gegenstand (vgl. § 5a Abs. 2 UWG).⁹⁸⁴ Dadurch soll verhindert werden, dass Kunden unter falscher Hoffnung auf die Preisvorteile einer solchen Garantie angelockt werden, die Garantie dann angesichts entgegenstehender Hindernisse nicht geltend machen können, schlussendlich aber dennoch das Produkt erwerben, da sie bereits Such- und Wegkosten auf sich genommen haben, die sie nicht wiederholt aufbringen möchten.

An der Grundidee, dem Verbraucher zu versprechen, sich dem günstigeren Preis der Konkurrenz anzupassen oder diesen zu unterbieten, ist dagegen zunächst einmal nichts auszusetzen.

983 OLG Hamburg v. 28. 10. 2009, Az. 5 U 204/07 – „Irreführende Alleinstellungsbehauptung zur Preisführerschaft – „Immer der günstigste Preis. Garantiert.““ = NJOZ 2010, 1122; s. ferner auch OLG Hamburg, Urt. v. 13.2.2014 – 5 U 160/11, GRUR-RR 2014, 400 zu einer „Tiefstpreisgarantie“, bei der sich der Anbieter aber vorbehält, den Gegenstand lediglich unter Rückzahlung des Kaufpreises zurückzunehmen.

984 Übersicht bei Fritzsche, WRP 2021, 431, 437; vgl. auch Bornkamm/Feddersen (Hrsg.), in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, 40. Aufl. 2022, UWG § 5 Rn. 3.131; Rehart/Ruhl/Isele, in: BeckOK UWG, Stand: 23. Ed. 01.01.2024, § 5 Rn. 587.

III. Denkbare Irrtümer

Womöglich könnte man bei den Abläufen und der Wirkung einer Preisgarantie eine Instrumentalisierung und indirekte bzw. mittelbare Täuschung des Verbrauchers ausmachen. Dann könnte § 5 Abs. 1 S. 1 UWG einschlägig sein:

„Unlauter handelt, wer eine irreführende geschäftliche Handlung vornimmt, die geeignet ist, den Verbraucher oder sonstigen Marktteilnehmer zu einer geschäftlichen Entscheidung zu veranlassen, die er anderenfalls nicht getroffen hätte.“

In den USA gibt es eine dem deutschen Lauterkeitsrecht nahestehende Regelungsmaterie, namentlich das in Section 5 FTC Act festgeschriebene Verbot sog. „unfair methods of competition in or affecting commerce“⁹⁸⁵ welches im Kontext von Preisgarantien auf den Plan gerufen wurde.⁹⁸⁶ Es kommen drei Ansatzpunkte in Betracht.

1. Instrumentalisierung: Rolle des Verbrauchers für die Erzielung kollusiver Preise

Zunächst ließe sich bei der Rolle des Verbrauchers ansetzen. Für die oben beschriebene, ökonomische Wirkung von Preisgarantien ist diese von nahezu paradoxer Bedeutung. Vordergründig versprechen Preisgarantien und mögen dieses Versprechen auch halten, dass der Verbraucher beim entsprechenden Anbieter den niedrigsten Preis im Markt erhalten wird. In der Hoffnung, (stets) den besten Preis zu erhalten, fokussiert sich ein Teil der Verbraucher auf das Garantie gewährende Unternehmen. Dadurch tragen diese Verbraucher aber wesentlich dazu bei, dass die verbleibenden

985 15 U.S.C. Sec. 45(a)(1): „*Unfair methods of competition in or affecting commerce, and unfair or deceptive acts or practices in or affecting commerce, are hereby declared unlawful.*“

986 In Ethyl Corp., 101 F.T.C. 425 (1983) hat die FTC eine MFN-Klausur unter Sec. 5 des FTC Acts geprüft, die Entscheidung wurde allerdings aufgehoben in E.I. DuPont De Nemours & Co. vs. FTC, 729 F.2d 128 (2d Cir. 1984); vgl. zu diesem Ansatz und der Entscheidung jeweils *Simons*, (17) Hofstra Law Rev. 1989, 599, 601, 638 ff.; *Edlin*, (III) Harvard Law Rev. 1997, 528, 554 (Fn. 83), 559 f.; *Clark*, Wisconsin Law Rev. 1983, 887, 908 ff.

Unternehmen entmutigt werden, günstigere Preis anzubieten.⁹⁸⁷ Von vielen Verbrauchern unbeachtet, führt eine Preisgarantie durch ihr Verhalten mittelbar – man könnte auch sagen hintergründig – zu Kollusion. Die Preise fallen (ggfs. sogar marktweit) höher aus, als dies ohne Verwendung der Preisgarantie der Fall wäre.⁹⁸⁸ Man könnte von einer Instrumentalisierung⁹⁸⁹ des Verbrauchers sprechen.

2. Irreführung über wettbewerbliche Verhältnisse und Wirkung der Preisgarantie

Infolgedessen gilt, dass die Verbraucher bei Inanspruchnahme einer Preisanpassungsgarantie zwar stets den im geltenden Marktumfeld günstigsten Preis erhalten. Gleichzeitig liegt dieser Tiefpreis aber über dem Preisniveau, den es ohne solche Garantien im Markt gäbe. Damit trüfe eine etwaig ausgesprochene „Tiefstpreisgarantie“ zwar auf die Marktverhältnisse mit einer solchen Garantie zu, nicht aber auf die Marktverhältnisse ohne eine solche Garantie. Die Inanspruchnahme der Garantie bzw. die vorangehende Fokussierung auf das Garantie gewährende Unternehmen führt dazu, dass gerade nicht der durch das freie Wirken wettbewerblicher Kräfte zustande kommende, (denkbar) niedrigste Preis angeboten wird. Selbst bei dem im aktuellen Marktumfeld günstigsten Preis handelt es sich nicht um den Wettbewerbspreis. Eine Irreführung könnte daher in der Wahrnehmung einer Preisgarantie als Zeichen intensiven Preiswettbewerbs liegen, wie es Teile der experimentellen Marketing-Literatur gezeigt haben.⁹⁹⁰

987 Siehe daher im Gegenteil die Rationalitätsannahme für informierte Kunden im Suchmodell von *Jiang/Kumar/Ratchford*, (63) *Management Science* 2017, 3489, 3496, die jene Entwicklung antizipieren und daher strikt beim günstigsten Unternehmen kaufen, um sich durch falsche Loyalität nicht selbst zu schädigen.

988 Vgl. den passenden Titel von *Corcoran*, (64) *Ohio State Law J.* 2003, 1427-1451: „*Guaranteeing High Prices by Guaranteeing the Lowest Price*“.

989 In dem Sinne auch die Überschrift von *Simons*, (17) *Hofstra Law Rev.* 1989, 599: „*Fixing Price With Your Victim: [...] Competitor Based Formula Pricing Clauses*“.

990 Siehe oben, S. 129 f.

3. Falsche Wahrnehmung des Anbieters im Sinne der Signaling-Theorie?

Andere Untersuchungen der (Marketing-)Literatur haben nicht zuletzt herausgefunden, dass Verbraucher hinter einer Preisgarantie ein tatsächlich günstiges Unternehmen vermuten.⁹⁹¹ Diese Vermutung hat auch der BGH schon früh angedeutet.⁹⁹² Im Schrifttum wird der Verdacht geäußert, dass nur wenige Verbraucher angesichts einer Preisgarantie tatsächlich den Markt nach günstigeren Preisen absuchen. Viel eher würde sich ein Großteil der Verbraucher auf das Signal verlassen.⁹⁹³ Hierin könnte eine Irreführung⁹⁹⁴ des Verbrauchers zu sehen sein, wenn ein in tatsächlicher Hinsicht teurer Anbieter (am oberen Rand der Preisspanne) eine Preisgarantie auslobt. Für § 5 UWG ist anerkannt, dass auch eine objektiv richtige Angabe täuschen und in die Irre führen kann, wenn dadurch Fehlvorstellungen hervorgerufen werden und die Kaufentscheidung beeinflusst wird.⁹⁹⁵ Insofern wäre also unschädlich, wenn das vordergründige Versprechen etwa einer Preisentsprechungsgarantie bei Geltendmachung tatsächlich eingehalten würde und das Unternehmen sich in der Tat dem niedrigeren Preis eines Konkurrenten anpassen würde. Entscheidend könnte stattdessen sein, dass der Durchschnittsverbraucher oder ein ausreichend großer Teil der Verbraucher in Anbetracht einer Preisgarantie davon ausgeht, bei diesem Unternehmen (a priori) den besten Preis zu erhalten und dabei verkennt, dass durch sein Kaufverhalten im Markt kollusionsbedingt überhöhte Preise herrschen.

991 A.a.O.

992 BGH v. 25.10.1974, Az. I ZR 8/74 = GRUR 1975, 553 (554) – „*Preisgarantie I*“: „[...] diese vom Verkehr ernstgenommene [...] Behauptung“, „in der Preisgestaltung dieser Artikel mit ihren Mitbewerbern grundsätzlich mithalten“ zu können.

993 So etwa Bornkamm/Feddersen, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen (Hrsg.), UWG, 40. Aufl. 2022, § 5 Rn. 3.130.

994 Vgl. allgemein Jacobi, Preisverhalten und Wettbewerbsrecht, 2017, S. 359: „Wenn der subjektiv wahrgenommene Preis als günstig erscheint, obwohl er objektiv lediglich normal, wenn nicht sogar hochpreisig ist, dann steht eine Irreführung zumindest im Raume.“

995 Rehart/Ruhl/Isele, in: Fritzsche/Münker/Stollwerck (Hrsg.), BeckOK UWG (23. Edition, Stand: 01.01.2024), § 5 Rn. 67; Sosnitza, in: Ohly/Sosnitza, UWG, 8. Aufl. 2023, § 5 Rn. 199-201; Ruess, in: MüKoLauterkeitsrecht, 3. Aufl. 2020, § 5 Rn. 185.

IV. Bewertung

Im Kartellrecht ist die Verhinderung von Kollusion und die Untersagung der Verwendung von Instrumenten zur Verhaltenskoordination ein seit jeher geltendes, rechtspolitisches Anliegen. Auch hat eine (mikro-)ökonomisch fundierte Argumentation im Kartellrecht seit langem einen angestammten Platz.⁹⁹⁶ Dies ist für das moderne Lauterkeitsrecht weit weniger klar.⁹⁹⁷ In nicht allzu ferner Vergangenheit findet man dagegen Beiträge, die für eine stärkere Ökonomisierung auch des Lauterkeitsrechts plädieren.⁹⁹⁸ Solche Erwägungen stehen in engem Zusammenhang mit der Suche nach abgrenzbaren Schutzzwecken von Kartell- und Lauterkeitsrecht, die teils zu dem Ergebnis kommen, dass ein einheitliches Gesamtsystem zur Aufrechterhaltenden Wettbewerbs bestehen.⁹⁹⁹ Dies zeige sich nicht zuletzt daran, dass beide Rechtsgebiete ähnliche Begrifflichkeiten, wie z.B. den „freien“ oder „unverfälschten“ Wettbewerb gebrauchen und ideengeschichtlich eine ähnliche ordnungspolitische Fundierung erhalten haben.¹⁰⁰⁰ Man denke etwa an den Referenzpunkt des Leistungswettbewerbs.¹⁰⁰¹ Daher scheint es zunächst nicht völlig abwegig, das Problem auch aus Sicht des Lauterkeitsrecht in den Blick zu nehmen. Jedenfalls drängt sich a priori kein Argument auf, warum das Anliegen der Schutzrichtung des Lauterkeitsrecht kategorisch entfiel.¹⁰⁰² Auch angesichts überlappender Schutz-

996 Dies gilt nicht erst, aber umso mehr seit dem „More Economic Approach“ der EU-Kommission und der (Post-)Chicago-School of Antitrust in den USA, siehe zu den historischen Entwicklungen ausführlich: *Kerber/Schwalbe*, in: MüKoWettB, Band 1/1: EU-Recht, 4. Aufl. 2023, Grundlagen, Rn. 49-140.

997 Man denke allerdings an den Benrather-Tankstellen-Fall des Reichsgerichts v. 18.12.1931, Az. II 514/30, RGZ 134, 342, in dem es um „Predatory Pricing“ zwecks Disziplinierung eines „Mavericks“ (vgl. zu dieser Figur Leitlinien zur Bewertung horizontaler Unternehmenszusammenschlüsse, ABl. EU v. 05.02.2004, C 31/5, Rz. 20 lit.d], 42 sowie erläuternd *Schwalbe/Zimmer*, Kartellrecht und Ökonomie, 3. Aufl. 2021, S. 605 ff.) und damit eine Maßnahme ging, die heute einhellig dem Kartellrecht unterfiel.

998 *Meier*, GRUR 2022, II85-II91: „*Irreführung – „A more economic approach“*; *Podszun*, WRP 2009, 509: „*Der more economic approach im Lauterkeitsrecht*“.

999 *Köhler*, in: *Köhler/Bornkamm/Feddersen* (Hrsg.), UWG-Kommentar, 40. Aufl. 2022, Einleitung, Rn. 6.11.

1000 Siehe etwa *Hetmank*, GRUR 2014, 437, 439.

1001 Erstmalig *Nipperdey*, Wettbewerb und Existenzvernichtung, 1930 (Gutachten im Benrather-Tankstellen-Fall).

1002 Es ist anerkannt, dass sich die Zielrichtung von Kartell- und Lauterkeitsrecht überschneiden, vgl. *Ohly*, in: *Ohly/Sosnitza*, UWG, 8. Aufl. 2023, Einführung Abschnitt D, Rn. 71; insbesondere werden sie im EU-Kontext (§ 1 S. 2; Protokoll

D. Lauterkeitsrechtliche Würdigung

zwecke sei dagegen darauf hingewiesen, dass die Rechtsgebiete sich durch ihre unterschiedlich gefassten Verbotsnormen voneinander abgrenzen. So kommt das Kartellrecht ohne eine Irreführung des Verbrauchers aus, um ein durch ökonomische Evidenz nachgewiesenes, wettbewerbsschädigendes Verhalten zu untersagen. Die Rolle der Ökonomik liegt also schwerpunkt-mäßig darin, die Auswirkungen bestimmter Maßnahmen auf klassische Wettbewerbsparameter, wie z.B. den Preis zu untersuchen. Eine Forderung für den Einsatz mehr ökonomischer Evidenz im Lauterkeitsrecht muss da-gegen beim dort relevanten Taterfolg ansetzen, etwa bei einer Irreführung des Verbrauchers bzw. der Relevanz für dessen geschäftliche Handlung.¹⁰⁰³ Hier könnte es also schwerpunkt-mäßig um verhaltensökonomische For-schung zur Wahrnehmung bestimmter Verkaufsmaßnahmen gehen.¹⁰⁰⁴

Es wurde gleichwohl davon abgesehen, die oben angestellten lauterkeits-rechtlichen Erwägungen zu Hauptthesen der Arbeit zu machen, da das in Rede stehende Verhalten keine unmittelbare Täuschung der Verbraucher beinhaltet oder jedenfalls das Vorliegen des Relevanzkriteriums für die Vornahme einer geschäftlichen Handlung fraglich ist. Bei genauer Betrach-tung zeigt sich, dass die Reaktionen der Verbraucher auf eine Preisgarantie zwar kausal für die Wirkung der Preisgarantie sein mögen, dass die Kauf-entscheidungen aber weniger auf einem Irrtum beruhen, als entweder auf einer bei identischen Preisen bewusst getroffenen Entscheidung für einen Anbieter oder einer eigenwilligen Interpretation der Preisgarantie, die nicht zwingend dem Verwender zum Vorwurf gemacht werden sollte.

1. Instrumentalisierung des Verbrauchers

Die Argumentationsfigur einer selbstschädigenden Instrumentalisierung des Verbrauchers hätte womöglich ein noch deutlich höheres und somit

Nr. 27 zum EUV und AEUV) einheitlich als System zum Schutze unverfälschten Wettbewerbs geführt; siehe ausführlich *Pichler*, Das Verhältnis von Kartell- und Lauterkeitsrecht, 2009, S. 423-429.

1003 Siehe hierzu ausführlich *Egberts*, Experimentelle Rechtstatsachenforschung im lauterkeitsrechtlichen Prozess: Beweismöglichkeiten jenseits der Demoskopie, in: Bartlitz et al. (Hrsg.), Rechtstatsachen im Privatrecht, Jahrbuch Junge Zivilrechts-wissenschaft, 2024, im Erscheinen.

1004 *Leistner*, Der Beitrag der Verhaltensökonomie zum Recht des unlauteren Wettbe-werbs, in: Fleischer/Zimmer (Hrsg.), Beitrag der Verhaltensökonomik (Behavioral Economics) zum Handels- und Wirtschaftsrecht, 2011, S. 122 ff. sowie davor bereits *Leistner*, ZGE 2009, 3-58.

rechtfertigungsbedürftiges Innovationspotential als eine Subsumtion der Preisgarantie unter die abgestimmte Verhaltensweise im Kartellverbot.

Denkt man an den Irrtum, dem Kunden hinsichtlich ihrer eigenen Rolle bei den Wirkzusammenhängen einer Preisgarantie unterliegen könnten, muss darauf hingewiesen werden, dass es typischerweise eher um die langfristigen bzw. mittelbaren Folgen eines Erwerbs beim Garantie gewährenden Unternehmen geht. Die Preisgarantie erzielt ihre kollusive Wirkung, wenn die restlichen Unternehmen angesichts der tatsächlichen Nachfrageströme entmutigt werden, ihre Preise zu senken oder umgekehrt einer Preiserhöhung des Garantie auslobenden Unternehmens zu widerstehen. Alternativ mag sie auch unmittelbar nach ihrer Verkündung die anvisierte Wirkung erzielen, wenn die restlichen Unternehmen das etwaige Verhalten antizipieren. Es zeigt sich also, dass sich allerhöchstens deren Unkenntnis über die Folge einer Preisgarantie auswirkt. Der Käufer würde sich nur anders verhalten, wenn er die langfristig negativen Folgen seines Verhaltens berücksichtigte. Dann lautet der eigentliche Vorwurf allerdings eher, dass nicht über die kollusive Wirkung der Preisgarantie aufgeklärt wird, womit man sich womöglich im Anwendungsbereich des Unterlassens gem. § 5a UWG befände. Dies wiederum setzt eine entsprechende Aufklärungspflicht voraus,¹⁰⁰⁵ die nicht ohne Weiteres angenommen werden kann bzw. einer weiteren Untersuchung bedürfte.

2. Irrtum über Wettbewerbsverhältnisse infolge einer Preisgarantie

Eine Irreföhrung könnte sich im Übrigen daraus ergeben, dass – anders als von einer Preisgarantie impliziert – kein intensiver Preiswettbewerb vorliegt, sondern dieser gerade abgeschwächt wird. Selbst insofern diese Fehlannahme ausweislich der wirtschaftswissenschaftlichen Forschung existiert, müsste sie sich aber in einem Geschäftsabschluss niederschlagen, den der Verbraucher anderenfalls nicht getätigter hätte (sog. Relevanzkriterium).

¹⁰⁰⁵ Vgl. jüngst BGH v. 25.11.2021, Az. I ZR 148/20 – „*Kopplungsangebot III*“, Rn. 25 (zitiert nach GRUR, 2022, 241); *Titelwski*, in: BeckOK UWG, 21. Edition, Stand: 01.07.2023, § 5a Rn. 65 ff.; *Sosnitza*, in: Ohly/Sosnitza, UWG, 8. Aufl. 2023, Rn. 14; *Alexander*, in: MüKoLauterkeitsrecht, 3. Aufl. 2020, § 5a UWG Rn. 144 ff.

Ein Anreiz zur Preissteigerung zumindest in Modellen der Preisdiskriminierung¹⁰⁰⁶ und der Suchtheorie¹⁰⁰⁷ ergibt sich (häufig) daraus, dass über Preise informierte Kunden in einer gewissen Art und Weise auf die Preisgarantie reagieren. Sie kaufen nicht mehr beim nach Angebotspreisen günstigsten Unternehmen, sondern machen die Preisgarantie und damit den günstigsten Preis entsprechend ihrer örtlichen, produkt- oder anbieterbezogenen Präferenzen andernorts geltend. Anreize zur Preissteigerung ergeben sich insgesamt daraus, dass man mit dem günstigsten Preis weniger informierte Kunden bedient. Dies ist im Ausgangspunkt der Entmutigungseffekt aus den Oligopolmodellen¹⁰⁰⁸ und der Kollusionsthese (geringerer Mengeneffekt). Gleichzeitig wurde auf die im Regelfall höhere Preiselastizität der informierten Gruppe hingewiesen. Desto kleiner diese Gruppe wird, umso eher lassen sich höhere (Angebots-)Preise setzen, zumal dadurch die Unwissenheit der uninformierten Kunden ausgenutzt werden kann, ohne beiden Konsumentengruppen durch einen Einheitspreis gerecht werden zu müssen.

Es ist also in der Tat denkbar, dass Kunden bei gleichen Preisen erst aufgrund der Preisgarantie zu einem bestimmten Unternehmen wechseln, da ihnen dessen Angebotspreis ohne Anpassung an einen niedrigeren Preis der Konkurrenz zu hoch war. Doch entspricht dies nunmehr ihren Präferenzen, da sie bei identischen tatsächlichen Preisen das Produkt des Garantieunternehmen bevorzugen. Es lässt sich nur schwer begründen, inwieweit damit eine Täuschung mit Blick auf den konkreten Geschäftsausschluss vorliegt und das sog. Relevanzkriterium (Eignung zur Beeinflussung des Kaufentschlusses)¹⁰⁰⁹ erfüllt wäre. Im Zeitpunkt des konkreten Vertragsabschlusses erhält der Kunde den im Markt tatsächlich günstigsten Preis. Er wird nicht darüber getäuscht, dass er in diesem Moment anderswo einen besseren Preis erhalten könnte. Ausgehend von den gegenwärtigen Preisverhältnissen veranlasst die Preisgarantie den Käufer daher nicht zu einem Kauf, den er anderenfalls nicht getätigter hätte. Es gibt in dem Moment keinen günstigeren Preis im Markt. Im Übrigen wird das Garantieversprechen eingelöst.

1006 Siehe oben, S. 82 ff.

1007 Siehe oben, S. 94 ff.

1008 Siehe oben, S. 54 ff.

1009 Sosnitza, in: Ohly/Sosnitza, UWG, 8. Aufl. 2023, § 5 Rn. 219 ff.

Es liegt zwar im Bereich des Möglichen,¹⁰¹⁰ dass der Kunde einen Markt ohne Garantie bevorzugen würde. Bei entsprechendem Preisdifferenzial würde er dann möglicherweise (selbst angesichts eines insgesamt niedrigeren Preisniveaus) beim nach Angebotspreisen günstigsten Unternehmen kaufen. Darauf, in welcher Art von Markt (mit oder ohne Preisgarantie mindestens eines Unternehmens) er sich wiederfindet und welchen Anbieter er angesichts eines gewissen Preisvektors bevorzugt, hat er mittels seiner Kaufentscheidung aber höchstens langfristig Einfluss. Er müsste in Anbetracht garantiebedingt identischer tatsächlicher Preise beim ex ante günstigsten Unternehmen kaufen, um einen Entmutigungseffekt dieses Unternehmens zu verhindern.¹⁰¹¹ Selbst wenn das in Angebotspreisen günstigere Unternehmen dadurch seine niedrigeren Preise beibehielte, müsste der Konsument sich aber solange seiner gegenwärtigen Präferenz (bei gleichen Preisen das andere Unternehmen zu bevorzugen) widersetzen, bis das Unternehmen seine Garantie zurücknimmt. Es käme zwar in Betracht, dass manche Kunden dies aus Weitsicht und langfristigem Interesse täten. Allerdings dürfte hierfür in aller Regel (erneut) eine Aufklärung über die Wirkmechanismen einer Preisgarantie erforderlich sein. Dann gilt dasselbe wie bereits für eine etwaige Aufklärungspflicht hinsichtlich der Rolle und Instrumentalisierung des Verbrauchers festgehalten wurde.

3. Dritter Irrtum: Erwartungen über den Anbieter

Die Beurteilung des Irreführungspotentials einer Preisgarantie hängt im Übrigen – wie in den einleitenden Worten dieses Abschnitts schon ange deutet wurde – davon ab, ob informierte Konsumenten sie ganz bewusst in Anspruch nehmen und sich bei identischen Preisen für das auslobende Unternehmen entscheiden oder ob uninformedierte Konsumenten der Preisgarantie einen Signalwert bemessen, sie letztlich aber nicht geltend machen (können). Informierte Konsumenten, die eine Preisgarantie bewusst in An-

1010 Zumindest, wenn sie die preistreibende Wirkung einer Preisgarantie verstünden. Anders sähe es möglicherweise aus, wenn Konsumenten die Preisgarantie als Versicherung nutzen, um auch nachträglich noch den günstigsten Preis zu erhalten, zunächst aber Suchkosten in der Hoffnung sparen möchten, dass der Anbieter sich tatsächlich als günstigster Anbieter entpuppt. Dann kann in Preisgarantien eine Ausnutzung der Faulheit von Konsumenten bzw. deren Regret Aversion gesehen werden.

1011 Siehe diese Rationalitätsverbürgung im Suchmodell von *Jiang/Kumar/Ratchford*, (63) *Management Science* 2017, 3489, 3496.

spruch nehmen, wurden bereits in den beiden vorangegangenen Abschnitten in den Blick genommen. Eine andere Beurteilung könnte sich womöglich für uninformierte Kunden ergeben, die zu einem Garantie auslobenden Unternehmen wechseln, die Garantie aber mangels Kenntnis über die Preise anderer Unternehmen nicht geltend machen können. Es geht mithin um Kunden, die sich schlicht auf einen vermeintlichen Signalwert der Preisgarantie verlassen. Diese Kunden würden jedenfalls dann in ihren Erwartungen getäuscht, wenn ein bei den Angebotspreisen ursprünglich teureres Unternehmen eine Preisgarantie verwendet.

Solange die Garantie aber bei entsprechender Geltendmachung eingelöst wird und auch in sprachlicher Hinsicht nicht irreführend andeutet, dass das Unternehmen bereits *a priori* den (stets) günstigsten Preis anbietet, kann die Unkenntnis eines Kunden und das daraus resultierende Unvermögen, eine Preisgarantie tatsächlich geltend zu machen, wohl kaum dem Unternehmen zugerechnet und zum Vorwurf gemacht werden. Hier käme es wohl im Einzelfall auf die konkrete Formulierung einer Preisgarantie und deren Irreführungspotential an.

Sofern die Reaktion der uninformierten Konsumentengruppe auf eine Preisgarantie in ökonomischen Modellen¹⁰¹² zu Veränderungen beim Preissetzungskalkül der Unternehmen führt, wird dies zudem typischerweise mit der Elastizität deren Nachfrage begründet.¹⁰¹³ Ob diese Betrachtung in der Realität durchschlagend ist, bleibt fraglich. Die Elastizität der Nachfrage scheint ökonomisch besonders relevant zu sein, wenn die zu erwerbende Quantität eines Produkts variabel ist. Soll dagegen nur ein Einzelartikel erworben werden, liegt die Annahme näher, dass eine Produkt- und Preissuche unternommen wird, bis ein Preis der eigenen Zahlungsbereitschaft entspricht. Kauft ein uninformierter Kunde dagegen das Produkt beim Unternehmen mit der Preisgarantie, selbst wenn er diese Garantie nicht

1012 Man denke etwa an ein „Signaling“-Modell, in dem es aber nicht zum wohlfahrtsneutralen Fall eines „Separating Equilibrium“ kommt, in dem nur das günstigere Unternehmen eine Preisgarantie anbietet. Hier ginge es also um den Fall eines Pooling Equilibrium, in dem auch das teure Unternehmen „imitiert“, ein günstiges Unternehmen zu sein.

1013 Beispiel: Ist sie ursprünglich geringer als die Elastizität informierter Kunden (z.B. mangels Information), kann ein Unternehmen, das vor Einführung einer Preisgarantie weniger und nun mehr uninformierte Kunden bedient hat, seine Preise anheben. Verändert sich die Elastizität in Anbetracht der Preisgarantie, etwa weil aufgrund des Signalwerts erwartet wird, keine günstigeren Preise (mehr) zu finden, mag auch das Unternehmen, welches nun mehr uninformierte Kunden bedient, seine Preise anheben.

geltend machen kann, kann nur schwerlich davon ausgegangen werden, dass er dieses Geschäft ohne Garantie nicht abgeschlossen hätte. Viel eher hat er bei der Auswahl des Anbieters darauf „gewettet“, dass der Preis angesichts der Garantie günstig sein wird und wurde in dieser Erwartung jedenfalls dahingehend nicht enttäuscht, dass der Preis tatsächlich unterhalb seiner maximalen Zahlungsbereitschaft lag. Insofern fällt es schwer, in diesen Vorgängen eine unlautere Verleitung zum Geschäftsabschluss zu sehen.

V. Fazit

Im Ergebnis hat sich gezeigt, dass die Problematik der Preisgarantie weniger in einer Irreführung der Verbraucher, als in dem an früherer Stelle bereits beschriebenen Eingriff in den Grundmechanismus des Wettbewerbs liegt. Durch eine Preisgarantie entsteht eine künstliche Verknüpfung der Preise mehrerer Unternehmen, die dazu führt, dass Preisvorstöße nur noch in einem geringeren Ausmaß durch eine Absatzsteigerung (neugewonnene Kunden) belohnt werden. Dabei erscheint weniger problematisch, zu welchem Verhalten die Kunden veranlasst werden, als dass eine Preisgarantie partielle Anpassungen teurerer Unternehmen zulassen, die nicht möglich wären, wenn Einheitspreise gewährt werden müssen.¹⁰¹⁴ Es ist also gerade die oben beschriebene Preisdiskriminierung, die manche Anpassung erst ökonomisch rational werden lässt. Eine Preisdiskriminierung auf Grundlage der Preise eines Konkurrenten stellt sich aber als Verhaltensabstimmung dar, die mit Mitteln des Kartellrechts zu untersagen ist. Eine Irreführung des Verbrauchers lässt sich dagegen kaum überzeugend konstruieren.

1014 Gemeint ist eine Verknüpfung der Preise miteinander, die infolge entsprechender Nachfragereaktion zu einer Verschiebung des Marktgleichgewichts führt, aber ohne entsprechende Preisspaltung nicht möglich wäre.

