

Herausgeber

Prof. Dr. Helmut Köhler

Wissenschaftlicher Beirat

Prof. Dr. Wolfgang Büscher

Prof. Dr. Franz Hacker

Dr. Gangolf Hess

Prof. Dr. Stefan Leible

Dr. Reiner Münker

In Zusammenarbeit mit der
Zentrale zur Bekämpfung
unlauteren Wettbewerbs
Frankfurt am Main e.V.

dfv' Mediengruppe
Frankfurt am Main

Editorial: Carola Elbrecht

Neues Klagerecht als Chance begreifen

- 541 Prof. Dr. Helmut Köhler**
Die Preisangabenverordnung: Noch richtlinienkonform oder schon richtlinienwidrig?
- 545 Prof. Dr. Kai v. Lewinski**
Open Book-Klauseln
- 553 Dr. Hermann-Josef Omsels**
Die geschäftliche Entscheidung
- 561 Dr. Alexander Eufinger und Andreas Maschemer**
Durchsetzung von Vorzugsbedingungen als Missbrauch relativer Marktmarkt
- 567 Dr. Bernhard Kreße, LL.M.**
Der Zugang Kartellgeschädigter zu Verfahrensdokumenten der Europäischen Kommission als Wettbewerbsbehörde
- 574 Dr. Florian C. Haus**
Real-Time-Advertising und Programmatic Buying
- 580 Youssef Hassan/Breiding Vertriebsgesellschaft**
EuGH, Urteil vom 04.02.2016 – C-163/15
- 581 Wir helfen im Trauerfall**
BGH, Urteil vom 14.01.2016 – I ZR 61/14
- 586 Eizellspende**
BGH, Urteil vom 08.10.2015 – I ZR 225/13
- 590 Durchgestrichener Preis II**
BGH, Urteil vom 05.11.2015 – I ZR 182/14
- 592 Fünf-Streifen-Schuh**
BGH, Beschluss vom 11.02.2016 – I ZB 87/14
- 596 Marcel-Breuer-Möbel II**
BGH, Urteil vom 05.11.2015 – I ZR 91/11
- 599 Wagenfeld-Leuchte II**
BGH, Urteil vom 05.11.2015 – I ZR 76/11
- 603 Al Di Meola**
BGH, Urteil vom 05.11.2015 – I ZR 88/13
- 637 Missbräuchliche Berufung auf die Versäumung der Vollziehungsfrist nach Vollstreckungsverweigerung**
OLG Frankfurt a. M., Urteil vom 11.02.2016 – 6 U 188/15
- 638** Kommentar von **Dr. Hans-Jürgen Ruhl**

prägt ist und je mehr der Lieferant neben seinen eigenen Interessen auch die des Abnehmers wahrnimmt, desto weitreichender sind die Auskunftsansprüche.¹¹²⁾

- 67 Im Falle einer vertikalen Integration würden die Open Book-Klauseln wegen des Geschäftsbesorgungscharakters des Vertrages nicht mehr an § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB scheitern. Denn der Vertrag orientiert sich dann nicht mehr am Leitbild des Kaufs, sondern an dem der Geschäftsbesorgung. Und den Grundgedanken dieses Rechtsinstituts (vgl. § 666 BGB) widerspricht eine Verpflichtung zur Auskunft nicht.
- 68 Ob eine solche Integrationsvereinbarung den Lieferanten unangemessen i. S. d. § 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB benachteiligt, hängt von den Umständen des Einzelfalles ab. Jedenfalls müssen die mit der Integration verbundenen Verluste an geschäftlicher Autonomie für den Lieferanten durch z. B. langfristige Vertragslaufzeiten, feste Abnahmemengen und/oder die Beteiligung des Abnehmers am unternehmerischen Risiko ausgeglichen werden.
- 69 Die mit einer vertikalen Integration verbundene Geschäftsbesorgungsabrede wäre dann auch nicht unlauter i. S. v. § 3 UWG und § 138 Abs. 1 BGB.¹¹³⁾ Denn das Vertragsverhältnis folgt nun einem anderen Leitbild der Zusammenarbeit. Eine Sittenwidrigkeit des Verhaltens der Abnehmer gegenüber den Zulieferern des Lieferanten wäre, solange kein Wettbewerbsverhältnis besteht und keine außergewöhnlichen subjektiven Voraussetzungen bestehen (vgl. III. 5.), nicht gegeben.
- 70 Mögliche Auswirkungen einer vertikalen Integration auf die rechtliche Beurteilung nach Wettbewerbsrecht hängen von der konkreten Ausgestaltung der Zusammenarbeit ab. Jedenfalls kommt es für die kartellrechtliche Wirksamkeit bei enger Zusammenarbeit von Unternehmen darauf an, dass das Verhältnis nicht einseitig, sondern partnerschaftlich ausgestaltet ist¹¹⁴⁾ und zu keiner Marktbeherrschung führt.¹¹⁵⁾

VI. Ausblick

Information ist Macht, und (Markt-)Macht führt zu Informationsasymmetrien. Ein mittels Open Book-Klauseln erzielter Informationsvorsprung führt zu neuen (rechtlichen) Fragestellungen, die sich aber mit den bestehenden Regeln des Wettbewerbs- und AGB-Rechts beherrschen lassen.

In der rechtswissenschaftlichen Durchdringung zeigt sich aber ein Rückstand des Wettbewerbsrechts gegenüber dem Öffentlichen Recht. Wie aber (noch freilich vereinzelte) Pflichten zur voraussetzungslosen Informationsbereitstellung etwa im Bereich der Netzwirtschaft und bei Infrastrukturbetreibern zeigen,¹¹⁶⁾ ist Zugang zu und Zugriff auf Informationen ein Thema auch für das Wirtschaftsrecht. Während Datenmacht im Öffentlichen Recht in Form des Datenschutzrechts schon lange geregelt ist und sich unter dem Stichwort „Informationszugang“ und „Open Data“ allmählich allgemeine informationsrechtliche Maßstäbe herausbilden, steht das Wettbewerbsrecht hier noch am Anfang. Ob Open Book-Klauseln dann eine Frage des „Datenschutzes“ zwischen Unternehmen sein werden,¹¹⁷⁾ wird sich erst in der Zukunft zeigen.

112) Saxinger (Fn. 55), 200.

113) Vgl. Merz (Fn. 52), 344.

114) Zur Frage der Verteilung von Kostenersparnissen v. Westphalen, BB 2000, 1529, 1529 f., mit Bezug auf die vom Bundeskartellamt geprüften „Klauseln zur vertraglichen Gestaltung partnerschaftlicher Lieferbedingungen“ der Zulieferindustrie, BAnz. 1999 Nr. 245 v. 28.12.1999, 20806.

115) Zur Marktbeherrschung mehrerer Unternehmen, Fuchs/Möschel, in: Immenga/Mestmäcker (Fn. 8), § 18 Rn. 131 ff.

116) Beyer-Katzenberger, DÖV 2014, 144, 144 m. w. N.

117) v. Lewinski, Die Matrix des Datenschutzes, 2014, S. 12; vgl. zu einem informationellen Selbstbestimmungsrecht von Unternehmen, Beyerbach, Die geheime Unternehmensinformation, 2011, 127 ff.

RA Dr. Hermann-Josef Omsels, Berlin*

Die geschäftliche Entscheidung

INHALT

- I. Einführung
- II. Die Definition der geschäftlichen Entscheidung im UWG und der UGP-Richtlinie
 1. Unterschiede zwischen UWG und UGP-Richtlinie
 - a) Einbeziehung anderer Marktteilnehmer
 - b) Geschäft statt Kauf und andere begriffliche Abweichungen
 - c) Weitere sprachliche Modifikationen
 2. Einbindung der geschäftlichen Entscheidung in die Unlauterkeitstatbestände
- III. Die geschäftliche Entscheidung in Rechtsprechung und Literatur
- IV. Nähere Bestimmung des Begriffs der geschäftlichen Entscheidung
 1. Auslegungsgrundsätze
 2. Das Verhältnis von geschäftlicher Handlung und geschäftlicher Entscheidung

- a) Die geschäftliche Entscheidung als Pendant der Geschäftspraktik in der UGP-Richtlinie
- b) Die geschäftliche Entscheidung als Pendant der geschäftlichen Handlung im UWG
- c) Selbständigkeit und partielle Wechselwirkung von geschäftlicher Handlung und geschäftlicher Entscheidung

3. Innere Entscheidungen und äußere Handlungen

4. Abgrenzung zur Wahrnehmung der geschäftlichen Handlung

V. Relevante geschäftliche Entscheidungen

VI. Konsequenzen für den Begriff der geschäftlichen Entscheidung

1. Geschäftliche Entscheidung und Entscheidungsfindung
2. Geschäftliche Entscheidung und Geschäft
3. Geschäftliche Entscheidung und Geschäftsfähigkeit
4. Geschäftliche Entscheidung und Geschäftspartner

VII. Geschäftliche Entscheidung, Relevanz und Spürbarkeitsschwelle

VIII. Zusammenfassung

* Mehr über den Autor erfahren Sie auf S. 664.

Omsels, Die geschäftliche Entscheidung

I. Einführung

- 1 Im Rahmen der UWG-Reform 2015 wurde in die einzelnen Unlauterkeitstatbestände aus dem B2C-Bereich die Wendung aufgenommen, dass die jeweilige unlautere geschäftliche Handlung den Verbraucher oder andere Marktteilnehmer zu einer geschäftlichen Entscheidung veranlassen müsse, die er andernfalls nicht getroffen hätte. Die unlautere geschäftliche Handlung wird nicht um ihrer selbst willen verboten, sondern nur, wenn sie Auswirkungen auf die geschäftliche Entscheidung des Verbrauchers hat.¹⁾
- 2 Die UWG-Tatbestände entsprechen damit deutlicher den Vorgaben der UGP-Richtlinie, als dies in der alten Fassung des Gesetzes der Fall war. Denn in jedem Unlauterkeitstatbestand der UGP-Richtlinie wird als eigenständiges Tatbestandsmerkmal ebenfalls vorausgesetzt, dass die unlautere Geschäftspraktik den Verbraucher tatsächlich oder voraussichtlich zu einer geschäftlichen Entscheidung veranlasst, die er andernfalls nicht getroffen hätte. Keine unlautere Geschäftspraktik ist um ihrer selbst willen verboten.
- 3 Alle Unlauterkeitstatbestände im UWG zum B2C-Bereich und der UGP-Richtlinie bestehen damit strukturell aus zwei Teilen, nämlich der unlauteren geschäftlichen Handlung einerseits und deren Einfluss auf die geschäftliche Entscheidung andererseits.²⁾ Die geschäftliche Entscheidung gehört damit zu den zentralen Begriffen des UWG.³⁾ Umso überraschender ist es, dass es in der Rechtsprechung und Literatur bislang keine systematische Auseinandersetzung mit diesem Tatbestandsmerkmal gibt. Der Grund dafür mag darin liegen, dass die geschäftliche Entscheidung im Wortlaut des UWG bis Ende 2015 in § 3 Abs. 2 a. F. ein Schattendasein führte und in der Diskussion vom Spürbarkeitskriterium des § 3 Abs. 1 UWG a. F. überlagert wurde. Es ist nun höchste Zeit, sie ans Licht zu holen.

II. Die Definition der geschäftlichen Entscheidung im UWG und der UGP-Richtlinie

- 4 Im UWG wird die geschäftliche Entscheidung in § 2 Abs. 1 Nr. 9 definiert als jede Entscheidung eines Verbrauchers oder sonstigen Marktteilnehmers darüber, ob, wie und unter welchen Bedingungen er ein Geschäft abschließen, eine Zahlung leisten, eine Ware oder Dienstleistung behalten oder abgeben oder ein vertragliches Recht im Zusammenhang mit einer Ware oder Dienstleistung ausüben will, unabhängig davon, ob der Verbraucher oder sonstige Marktteilnehmer sich entschließt, tätig zu werden. In Art. 2 lit. k) der UGP-Richtlinie heißt es, dass eine geschäftliche Entscheidung jede Entscheidung eines Verbrauchers darüber ist, ob, wie und unter welchen Bedingungen er einen Kauf tätigen, eine Zahlung insgesamt oder teilweise leisten, ein Produkt behalten oder abgeben oder ein vertragliches Recht im Zusammenhang mit dem Produkt ausüben will, unabhängig davon, ob der Verbraucher beschließt, tätig zu werden oder ein Tätigwerden zu unterlassen.

1. Unterschiede zwischen UWG und UGP-Richtlinie**a) Einbeziehung anderer Marktteilnehmer**

- 5 Die Einbeziehung anderer Marktteilnehmer in die gesetzliche Definition im UWG ist unbedenklich, da die UGP-Richtlinie nur das Verhältnis zwischen dem Unternehmer und dem Verbrau-

cher regelt und der nationale Gesetzgeber frei ist, auch andere Marktteilnehmer in den Schutzbereich des UWG einzubeziehen.⁴⁾

b) Geschäft statt Kauf und andere begriffliche Abweichungen

Ein weiterer Unterschied zwischen UWG und UGP-Richtlinie besteht in der Ersetzung des Begriffs „Kauf“ in der Richtlinie durch den Begriff „Geschäft“ im UWG. Dass der Begriff des „Kaufes“⁵⁾ in der UGP-Richtlinie alle Arten von Angeboten von Waren und Dienstleistungen einschließt, hat der EuGH bereits im Zusammenhang mit der Verwendung desselben Begriffs in der Definition der „Aufforderung zum Kauf“ in Art. 2 lit. i) der UGP-Richtlinie unter Verweis auf deren Art. 2 lit. c) festgestellt.⁶⁾ Denn eine Aufforderung zum Kauf setzt die Angabe der Merkmale eines Produkts voraus und Art. 2 lit. c) definiert das Produkt als „jede Ware oder Dienstleistung, einschließlich Immobilien, Rechte und Verpflichtungen“. Die deutsche Rechtsprechung hat sich dieser Auffassung einheitlich angeschlossen.⁷⁾ Die Ersetzung des Begriffs „Kauf“ durch den Begriff „Geschäft“ begegnet aus diesem Grunde keinen Bedenken. Der Begriff „Geschäft“ ist andererseits aber nicht optimal, weil er suggeriert, dass die geschäftliche Entscheidung irgendwie im Zusammenhang mit dem Abschluss eines Geschäfts stehen muss. Dass dies nicht der Fall ist, wird nachfolgend dargelegt.

c) Weitere sprachliche Modifikationen

Weitere Abweichungen im Wortlaut des UWG vom Wortlaut der UGP-Richtlinie sind lediglich sprachlicher Natur. Aus „eine Zahlung insgesamt oder teilweise leisten“ wird „eine Zahlung leisten“, was auch Teilleistungen einschließt; aus „Produkt“ wurde „Waren oder Dienstleistungen“ und aus „unabhängig davon, ob der Verbraucher beschließt, tätig zu werden oder ein Tätigwerden zu unterlassen“ wurde „unabhängig davon, ob der Verbraucher oder sonstige Marktteilnehmer sich entschließt, tätig zu werden“. Inhaltliche Änderungen sind mit diesen sprachlichen Glättungen nicht verbunden.⁸⁾

2. Einbindung der geschäftlichen Entscheidung in die Unlauterkeitstatbestände

Ein wichtigerer Unterschied zwischen dem UWG und der UGP-Richtlinie könnte demgegenüber in der Art und Weise liegen, wie der Begriff der geschäftlichen Entscheidung vom deutschen Gesetzgeber in die einzelnen Unlauterkeitstatbestände des UWG eingebunden wurde. Nach §§ 4a, 5 und 5a Abs. 2 UWG genügt für die Erfüllung des Tatbestandsmerkmals jeweils die „Eignung“ einer geschäftlichen Handlung, den Verbraucher zu einer geschäftlichen Entscheidung zu veranlassen, die dieser andernfalls nicht getroffen hätte. In den entsprechenden Art. 6 Abs. 1, 7 Abs. 2 und 8 Abs. 1 der UGP-Richtlinie heißt es demgegenüber, dass der Verbraucher „tatsächlich oder voraussichtlich zu einer geschäftlichen Entscheidung veranlasst“ wird, die er andernfalls nicht getroffen hätte. Die „Eignung“ steht für die Möglichkeit, während die tatsächliche oder voraussichtliche Veranlassung einen höheren Grad an Wahrscheinlichkeit erfordert.

1) EuGH, 19.12.2013 – C-281/12, WRP 2014, 161, Rn. 25 – Trento Sviluppo; Köhler, in: Köhler/Bornkamm (Hrsg.), Kommentar zum UWG, 34. Aufl. 2016, § 2 Rn. 148; Scherer, GRUR 2016, 233, 237; Alexander, WRP 2016, 139 Rn. 44; Steinbeck, WRP 2011, 1221, 1224; Scherer, WRP 2008, 708, 710.

2) Steinbeck, WRP 2011, 1221, 1224.

3) Köhler, in: Köhler/Bornkamm (Fn. 1), § 2 Rn. 148; Köhler, NJW 2016, 593, 597.

4) Köhler, in: Köhler/Bornkamm (Fn. 1), § 2 Rn. 150.

5) Die englischen, französischen und spanischen Versionen formulieren bspw. mit „purchase“, „acheter“ bzw. „compra“ vergleichbar.

6) EuGH, 12.05.2011 – C-122/10, WRP 2012, 189, Rn. 43 – Ving Sverige, vgl. Köhler, in: Köhler/Bornkamm, (Fn. 1), § 5a Rn. 4.12.

7) BGH, 04.02.2016 – I ZR 194/14, WRP 2016, 450, Rn. 13 – Fressnapf; BGH, 07.05.2015 – I ZR 158/14, WRP 2015, 1464, Rn. 37 – Der Zauber des Nordens; s. a. Köhler, in: Köhler/Bornkamm, UWG, 33. Aufl. 2015, § 5a Rn. 30; Dreyer, in: Harte/Henning, Kommentar zum UWG, 3. Aufl. 2013, § 5a Rn. 90, 93; Peifer, in: Fezer, Kommentar zum UWG, 2. Aufl. 2010, § 5a Rn. 37; Lindacher, in: Teplitzky/Peifer/Leistner, Kommentar zum UWG, 2. Aufl. 2013, § 5a Rn. 45 jeweils m. w. N. sowie Köhler, WRP 2014, 259, 260 mit einem ergänzenden Hinweis auf Art. 3 Abs. 1 UGP-Richtlinie.

8) Köhler, in: Köhler/Bornkamm (Fn. 1) § 2 Rn. 149.

- 9 Die deutsche Rechtsprechung und Literatur haben sich bislang an dem Begriff der Eignung orientiert und selbst daran nur geringe Anforderungen gestellt. Zwischen der unlauteren geschäftlichen Handlung und der Beeinträchtigung der Verbraucherinteressen wurde kein echter Kausalzusammenhang, sondern nur ein irgendwie gearteter Wirkungszusammenhang gefordert, der bei Werbemaßnahmen regelmäßig vorliegen soll.⁹⁾
- 10 Diese Auffassung könnte sich möglicherweise auf Art. 5 Abs. 2 der UGP-Richtlinie stützen. In diesem Verbotstatbestand wird darauf abgestellt, dass eine Geschäftspraxis, die den Erfordernissen der beruflichen Sorgfalt widerspricht, „geeignet“ sein muss, das wirtschaftliche Verhalten des Durchschnittsverbrauchers wesentlich zu beeinflussen. Die wesentliche Beeinflussung wird in Art. 2 lit. e) definiert als Anwendung einer Geschäftspraxis, um die Fähigkeit des Verbrauchers, eine informierte Entscheidung zu treffen, spürbar zu beeinträchtigen und „damit den Verbraucher zu einer geschäftlichen Entscheidung zu veranlassen, die er andernfalls nicht getroffen hätte“. Das Adjektiv „geeignet“ bezieht sich auch auf die Veranlassung zu einer ungewollten Entscheidung. Art. 5 Abs. der UGP-Richtlinie formuliert somit weicher als Art. 6 Abs. 1, 7 Abs. 2 und 8 Abs. 1 der Richtlinie.
- 11 Nun wäre es durchaus möglich, dass der Richtliniengeber für die Verbrauchergeneralklausel die Eignung einer unlauteren Geschäftspraxis ausreichen lassen wollte, den Verbraucher zu einer geschäftlichen Entscheidung zu veranlassen, die er andernfalls nicht getroffen hätte, während er für die spezielleren Verbotstatbestände einen höheren Grad an Wahrscheinlichkeit voraussetzt. Andererseits ist zu bedenken, dass sich die sprachlichen Unterschiede innerhalb der UGP-Richtlinie in deren englischer Originalfassung nicht finden. Dort heißt es in Art. 5 Abs. 2, dass die unlautere Geschäftspraxis „materially distorts or is likely to materially distort the economic behaviour (...) of the average consumer“. „Likely“ ist mehr als möglicherweise und bedeutet so viel wie wahrscheinlich oder eben: voraussichtlich. „Likely“ findet sich in der englischen Fassung der UGP-Richtlinie auch in Art. 6, 7 und 8 in Form eines „likely to cause (...) a decision“ wieder.¹⁰⁾ Wenn auch die verschiedenen Sprachfassungen gleichwertig sind, sprechen die Indizien überwiegend dafür, dass die UGP-Richtlinie mehr als die bloße Eignung einer unlauteren Geschäftspraxis, die geschäftliche Entscheidung des Durchschnittsverbrauchers zu ändern, voraussetzt und eine gewisse Wahrscheinlichkeit verlangt.¹¹⁾ Der Unterschied zwischen Eignung und Wahrscheinlichkeit mag in vielen Fällen unerheblich sein. Er kann aber bei Rechtsverstößen von geringem Gewicht doch für die Beurteilung ausschlaggebend sein.
- 12 Die Rechtsprechung des EuGH deutet ebenfalls in diese Richtung, ist aber ebenfalls nicht eindeutig. Zwar hat der EuGH sich in der Trento Sviluppo-Entscheidung mit der Problematik beschäftigt. Der Wortlaut der Entscheidung ist aber widersprüchlich. So heißt es in Rn. 25 der deutschen Sprachfassung, „dass die Geschäftspraxis den Verbraucher auch tatsächlich zu einer geschäftlichen Entscheidung veranlassen muss, die er ansonsten nicht getroffen hätte.“¹²⁾ Rn. 29 formuliert dann aber, dass „eine Praxis, um unlauter im Sinne von Art. 5 der Richtlinie 2005/29

zu sein, geeignet sein [müsse], den Verbraucher zu einer geschäftlichen Entscheidung zu veranlassen, die er ansonsten nicht getroffen hätte“.

Auch hier bringt ein Vergleich der verschiedenen Sprachfassungen kein eindeutiges Ergebnis. In Rn. 25 des Urteils heißt es in der italienischen Verfahrenssprache zwar „deve altresì indurre il consumatore“ (muss den Verbraucher auch veranlassen), in der englischen Fassung „must also cause the consumer“, im Französischen „doit également amener“ und im Spanischen „debe conducir igualmente“, wobei deber „müssen“ oder „sollen“ heißen kann, im konkreten Kontext aber wohl als „müssen“ verstanden werden muss. Das Adverb „tatsächlich“ aus der deutschen Urteilsfassung fehlt aber in den anderen Fassungen. Außerdem sollte der Wortlaut in Rn. 25 vielleicht nicht zu sehr auf die Goldwaage gelegt werden, weil es dem EuGH dort primär darum ging festzustellen, dass die Auswirkung einer unlauteren Geschäftspraxis auf die Entscheidung des Verbrauchers ein eigenständiges Tatbestandsmerkmal ist, das hinzutreten muss, damit eine unlautere Geschäftspraxis auch als unzulässig verboten werden kann.

Rn. 29 des Urteils in anderen Sprachfassungen bringt ebenfalls nicht die wünschenswerte Klarheit. In der deutschen Fassung steht „geeignet“, in der offiziellen italienischen Fassung heißt es „essa dev'essere idonea a indurre il consumatore“ (muss fähig sein, den Verbraucher zu veranlassen), im Spanischen „debe poder llevar al consumidor“ (muss den Verbraucher führen können), während im Englischen („must be likely to cause the consumer“) und im Französischen („elle doit être de nature à amener le consommateur“) ein strengerer Grad an Beeinflussung als die bloße Eignung zum Ausdruck kommt.

Der Vergleich der einzelnen Sprachfassungen der UGP-Richtlinie und die Spruchpraxis des EuGH geben letztlich keinen sicheren Aufschluss darüber, ob die bloße Eignung, den Verbraucher zu einer Entscheidung zu veranlassen, die er andernfalls nicht getroffen hätte, ausreicht oder der Verbraucher tatsächlich voraussichtlich zu einer Entscheidung veranlasst wird, die er andernfalls nicht getroffen hätte. In dieser Situation wäre es geboten, dass beim EuGH bei nächster Gelegenheit angefragt wird, ob für die Erfüllung dieses Tatbestandsmerkmals die Möglichkeit ausreicht, dass der Verbraucher zu einer Entscheidung veranlasst wird, die er andernfalls nicht getroffen hätte, oder ob diese Wirkung der unlauteren Geschäftspraxis wahrscheinlich sein muss.¹³⁾

III. Die geschäftliche Entscheidung in Rechtsprechung und Literatur

Es ist allgemein anerkannt, dass mit der geschäftlichen Entscheidung im Sinne des Art. 2 lit. k) der UGP-Richtlinie nicht nur die endgültige Entscheidung für den Kauf eines bestimmten Produkts oder den Bezug einer bestimmten Dienstleistung gemeint ist. Der Begriff der geschäftlichen Entscheidung schließt alle Entscheidungen ein, die damit unmittelbar zusammenhängen.¹⁴⁾ Außerdem fallen unter den Begriff der geschäftlichen Entscheidung nach Art. 2 lit. k) und nunmehr auch § 2 Nr. 9 UWG alle Entscheidungen darüber, ob der Verbraucher „eine Zahlung insgesamt oder teilweise leisten, ein Produkt behalten oder abgeben oder ein vertragliches Recht im Zusammenhang mit dem Produkt ausüben will, unabhängig davon, ob der Verbraucher beschließt, tätig zu werden oder ein Tätigwerden zu unterlassen“. Nach der Trento Sviluppo-Entscheidung wird man davon aus-

9) Fezer, in: Fezer (Fn. 7), § 3 Rn. 107f; Podzun, in: Harte/Henning, Kommentar zum UWG (Fn. 7), § 3 Rn. 65; Glöckner/Henning-Bodewig, WRP 2005, 1311, 1328; Micklitz, in: Münchener Kommentar zum UWG, 2. Aufl. 2014, Einl. E Rn. 152; Scherer, WRP 2008, 708, 710f; a. A. Steinbeck, WRP 2011, 1221, 1224: echtes Kausalitätserfordernis.

10) Die französische und spanische Fassung sind allerdings weicher formuliert („susceptible d'amener à prendre“, „pueda hacer tomar“).

11) A. A. z. B. OLG Hamm, 12.11.-2013 – 4 U 31/13, WRP 2014, 217, 220, das aus dem Begriff der Eignung ableitet, dass ein positiver Nachweis einer tatsächlichen Beeinträchtigung der Fähigkeit, sich auf Grund von Informationen zu entscheiden, nicht erforderlich ist; s. a. Fritzsche, in: Teplitzky/Peifer/Leitner (Fn. 7), § 3 Rn. 633; Wirtz, in: Götting/Nordemann, 2. Aufl. 2013, § 3 Rn. 129.

12) EuGH, 19.12.2013 – C-281/12, WRP 2014, 161, Rn. 25 – Trento Sviluppo.

13) Bornkamm, in: Köhler/Bornkamm (Fn. 1), § 5 Rn. 2.169 bleibt auch in der 34. Auflage dabei, dass die Eignung genügt und eine tatsächliche Beeinflussung nicht erforderlich ist.

14) EuGH, 19.12.2013 – C-281/12, WRP 2014, 161, Rn. 36 – Trento Sviluppo.

Omsels, Die geschäftliche Entscheidung

gehen können, dass auch bei diesen Entscheidungsobjekten jede Entscheidung, die mit dem endgültigen Entschluss zusammenhängt, ebenfalls eine geschäftliche Entscheidung ist.¹⁵⁾

- 17) Ob die Aufzählung der Entscheidungsobjekte in Art. 2 lit. k) der UGP-Richtlinie abschließend ist oder auch noch andere Entscheidungen des Verbrauchers im Wirtschaftsleben gegen die Manipulation durch unlautere Geschäftspraktiken geschützt werden, ist demgegenüber noch unklar. Dafür spricht, dass die UGP-Richtlinie selbst Beispiele für geschäftliche Entscheidungen nennt, die nicht zwanglos unter die Definition der geschäftlichen Entscheidung fallen, etwa die Teilnahme an einem Preisausschreiben (Nr. 19 des Anhangs zu § 5 Abs. 5 der UGP-Richtlinie) oder die Inanspruchnahme eines Preises oder sonstigen Vorteils (Nr. 31 des Anhangs zu § 5 Abs. 5 der UGP-Richtlinie).
- 18) Angesichts der zentralen Bedeutung des Begriffs der geschäftlichen Entscheidung überrascht es, dass es nach über 10 Jahren UGP-Richtlinie keine Abhandlung gibt, die das Tatbestandsmerkmal systematisch erfasst und mit Leben füllt. Es herrscht zwar weitgehend Einigkeit darüber, dass der Begriff der geschäftlichen Entscheidung weit zu verstehen ist. Als Beispiel wird – gedeckt durch den EuGH – die Entscheidung genannt, ein bestimmtes Geschäft aufzusuchen.¹⁶⁾ Daneben wurde die Entscheidung, ein Produkt in einem Online-Shop in den Warenkorb zu legen, als geschäftliche Entscheidung identifiziert.¹⁷⁾ Köhler nennt weitere Beispiele wie das Aufsuchen einer Internetseite,¹⁸⁾ das Anfordern von Informationen oder Warenproben, die Entscheidung, an einem Gewinnspiel oder Preisausschreiben teilzunehmen oder einem Unternehmer persönliche Daten zum Zwecke der werblichen Ansprache zu überlassen oder in Werbung mittels Hausbesuch, Brief, Telefon, E-Mail oder Fax einzuwilligen oder den Vertrag zu kündigen, die Bitte um Stundung des Kaufpreises, die Einsendung des Kassenbons zwecks Teilnahme an einem Gewinnspiel oder schließlich die Einwilligung in die außergerichtliche Schlichtung von Gewährleistungsstreitigkeiten.¹⁹⁾ In der jüngsten Auflage des Köhler/Bornkamm ergänzt er die Aufzählung und nennt die Annahme, Abgabe oder Ablehnung eines Angebots, die Inanspruchnahme einer Verkaufsförderungsmaßnahme, die Genehmigung oder Verweigerung der Genehmigung eines Geschäfts, die Abänderung, Verlängerung oder Aufhebung eines Vertrags oder die Entscheidung über die Form (mündlich, schriftlich, notariell) und den Inhalt eines Rechtsgeschäfts.²⁰⁾ Die nähere Beschäftigung mit einer Werbung soll demgegenüber „mangels eines unmittelbaren Zusammenhangs mit einem Erwerbsvorgang“ keine geschäftliche Entscheidung sein.²¹⁾
- 19) Allerdings bleiben die Rechtsprechung und die Literatur meist nur bei Einzelbeispielen, deren Zusammenstellung etwas zufällig erscheint. Es fehlt an einer systematischen Aufarbeitung des Begriffs der geschäftlichen Entscheidung, die den Entscheidungs- und Entscheidungsfindungsprozess beim Verbraucher ebenso analysiert und kategorisiert wie die einzelnen Situationen, in denen ein Verbraucher am Wirtschaftsleben teilnimmt. Die vorliegende Abhandlung kann diese Arbeit nicht leisten. Sie kann nur auf das Defizit hinweisen und Beispiele benennen, aus denen sich ergibt, dass das Nachdenken darüber für das Verständnis der UGP-Richtlinie und des UWG von erheblicher Be-

deutung ist. Der Verf. konzentriert sich im Folgenden auf die geschäftliche Entscheidung des Verbrauchers, „ob, wie und unter welchen Bedingungen er ein Geschäft abschließen“ will.

IV. Nähere Bestimmung des Begriffs der geschäftlichen Entscheidung

1. Auslegungsgrundsätze

Nach ständiger Rechtsprechung des EuGH müssen die Begriffe einer Vorschrift des Unionsrechts in der gesamten Union eine autonome und einheitliche Auslegung erhalten, die unter Berücksichtigung des Wortlauts, des Regelungszusammenhangs und des mit der Regelung verfolgten Zwecks zu erfolgen hat.²²⁾

Zur UGP-Richtlinie hat der EuGH bereits mehrfach festgehalten, dass sie sich durch einen besonders weiten sachlichen Anwendungsbereich auszeichnet.²³⁾ Sie erfasst als Geschäftspraktik jedes Verhalten, das mit der Absatzförderung, dem Verkauf oder der Lieferung einer Ware oder einer Dienstleistung an Verbraucher in unmittelbarem Zusammenhang steht.²⁴⁾ Denn die Richtlinie kann – so der EuGH weiter – das von ihr verfolgte Ziel eines hohen Verbraucherschutzniveaus²⁵⁾ nur gewährleisten, wenn sie unlautere Geschäftspraktiken wirksam bekämpft. Deshalb sollen alle unlauteren Geschäftspraktiken, die das wirtschaftliche Verhalten der Verbraucher beeinträchtigen, generell verboten werden.²⁶⁾ Aus diesem Grunde müssen die Verbotstatbestände aus der Sicht des Verbrauchers als des Adressaten und Opfers unlauterer Geschäftspraktiken ausgelegt werden, da der Verbraucher als wirtschaftlich schwächer und rechtlich weniger erfahren als sein Vertragspartner angesehen werden muss.²⁷⁾ Dies entspricht Erwägungsgrund 7 der UGP-Richtlinie: Danach bezieht sich die UGP-Richtlinie auf alle Geschäftspraktiken, die in unmittelbarem Zusammenhang mit der Beeinflussung der geschäftlichen Entscheidungen des Verbrauchers in Bezug auf Produkte stehen.

Bei der Auslegung des Begriffs der geschäftlichen Entscheidung sind diese Ziele der UGP-Richtlinie zu berücksichtigen. Gleichzeitig ist bereits an dieser Stelle darauf hinzuweisen, dass jedes eingeschränkte Verständnis des Begriffs der geschäftlichen Entscheidung den Anwendungsbereich der UGP-Richtlinie und des UWG in gleichem Maße einschränkt. Jedes Verhalten des Verbrauchers, das keine geschäftliche Entscheidung ist, wird gegen unlauteres Verhalten des Unternehmers nicht geschützt, weil eine unlautere Geschäftspraktik nur unzulässig ist, wenn sie beeinflusst, was unter den Begriff der geschäftlichen Entscheidung fällt.

2. Das Verhältnis von geschäftlicher Handlung und geschäftlicher Entscheidung

a) Die geschäftliche Entscheidung als Pendant der Geschäftspraktik in der UGP-Richtlinie

Dieser Rechtsprechung zum Zweck und Anwendungsbereich der UGP-Richtlinie und zum Begriff der Geschäftspraktik lassen sich

15) Vgl. Köhler, WRP 2014, 259 Rn. 10.

16) Dazu auch zuletzt BGH, 04.02.2016 – I ZR 194/14, WRP 2016, 450, Rn. 31 – Fressnapf.

17) OLG Hamm, 04.08.2015 – 4 U 66/15, WRP 2015, 1381, Rn. 25.

18) BGH, 28.01.2016 – I ZR 231/14, WRP 2016, 459, Rn. 17, 22 ff. – MeinPaket.de: Aufsuchen eines Verkaufsportals im Internet; s. a. Fritzsche, in: Teplitzky/Peifer/Leistner (Fn. 7), § 3 Rn. 635.

19) Köhler, WRP 2014, 259 Rn. 10 f.

20) Köhler, in: Köhler/Bornkamm (Fn. 1), § 2 Rn. 152, 158 f.

21) BGH, 18.12.2014 – I ZR 129/13, WRP 2015, 851, Rn. 20 – Schlafzimmer komplett.

22) EuGH, 03.10.2013 – C-59/12, WRP 2013, 1454, Rn. 25 – BKK Mobil Oil m. w. N.

23) EuGH, 16.04.2015 – C-388/13, WRP 2015, 698, Rn. 34 – UPC Magyarorszá; EuGH, 09.11.2010 – C-540/08, WRP 2011, 45, Rn. 21 – Mediaprint; EuGH, 03.10.2013 – C-59/12, WRP 2013, 1454, Rn. 40 – BKK Mobil Oil.

24) EuGH, 16.04.2015 – C-388/13, WRP 2015, 698, Rn. 35 – UPC Magyarorszá; EuGH, 14.01.2010 – C-304/08, WRP 2010, 232, Rn. 39 – Plus Handelsgesellschaft; EuGH, 19.09.2013 – C-435/11, WRP 2014, 38, Rn. 27 – CHS Tour Services.

25) EuGH, 03.10.2013 – C-59/12, WRP 2013, 1454, Rn. 25 – BKK Mobil Oil; EuGH, 09.11.2010 – C-540/08, WRP 2011, 45, Rn. 27 – Mediaprint.

26) EuGH, 16.04.2015 – C-388/13, WRP 2015, 698, Rn. 51 – UPC Magyarorszá; EuGH, 19.12.2013 – C-281/12, WRP 2014, 161, Rn. 32 – Trento Sviluppato.

27) EuGH, 16.04.2015 – C-388/13, WRP 2015, 698, Rn. 52 f. – UPC Magyarorszá; EuGH, 03.10.2013 – C-59/12, WRP 2013, 1454, Rn. 35 f. – BKK Mobil Oil; EuGH, 12.05.2011 – C-122/10, WRP 2012, 189, Rn. 36 – Ving Sverige; EuGH, 19.09.2013 – C-435/11, WRP 2014, 38, Rn. 43 – CHS Tour Services.

wichtige Erkenntnisse für das Verständnis des Begriffs der geschäftlichen Entscheidung entnehmen. Wenn der Begriff der Geschäftspraktik aus der Sicht der Verbraucher verstanden werden muss und alle unlauteren Geschäftspraktiken, die das wirtschaftliche Verhalten der Verbraucher beeinträchtigen können, verboten werden sollen, ist der Begriff der geschäftlichen Entscheidung des Verbrauchers das Pendant zur geschäftlichen Handlung des Unternehmers.²⁸⁾

- 24** Dies entspricht auch dem Regelungszusammenhang in der UGP-Richtlinie, in der die geschäftliche Entscheidung in jedem einzelnen Unlauterkeitstatbestand der geschäftlichen Handlung gegenüber gestellt wird. Die Entscheidung ist vor diesem Hintergrund jede auf die Geschäftspraktik eines Unternehmers bezogene Reaktion des Verbrauchers. Da die UGP-Richtlinie aber nicht jede Reaktion des Verbrauchers auf eine Geschäftspraktik erfassen will, sondern nur das wirtschaftliche Verhalten des Verbrauchers schützt, ist die geschäftliche Entscheidung darüber, ob, wie und unter welchen Bedingungen er ein Geschäft abschließen will, jede marktbezogene Reaktion des Verbrauchers auf eine konkrete Geschäftspraktik.²⁹⁾
- 25** Der enge Zusammenhang zwischen der Geschäftspraktik einerseits und der geschäftlichen Entscheidung andererseits spiegelt sich in den einzelnen Verbotstatbeständen der UGP-Richtlinie wieder. Denn strukturell sind alle Verbotstatbestände so aufgebaut, dass auf der einen Seite (am Beginn des Handlungsverlaufs) die Geschäftspraktik steht, auf der anderen Seite (als Folge der Geschäftspraktik) die geschäftliche Entscheidung des Verbrauchers.³⁰⁾ Aus dem Umstand, dass diese geschäftliche Entscheidung nach Trento Siviluppo selbständiges Tatbestandsmerkmal ist, ergibt sich zwanglos, dass eine unlautere Geschäftspraktik so lange nicht unzulässig ist, wie sie zu keiner geschäftlichen Entscheidung des Verbrauchers führt. Ein eingeschränkteres Verständnis des Begriffs der geschäftlichen Entscheidung hätte zur Konsequenz, dass unlautere Geschäftspraktiken nicht verboten werden könnten, wenn und weil sie nicht unter den Begriff der geschäftlichen Entscheidung des Verbrauchers fallen. Dies widerspricht dem Sinn und Zweck der UGP-Richtlinie, die den Verbraucher vor allen unlauteren Geschäftspraktiken schützen will.

b) Die geschäftliche Entscheidung als Pendant der geschäftlichen Handlung im UWG

- 26** Die Definition der geschäftlichen Handlung im UWG weicht von der Definition der Geschäftspraktik in der UGP-Richtlinie ab. Eine geschäftliche Handlung ist nach § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG jedes Verhalten einer Person zugunsten des eigenen oder eines fremden Unternehmens vor, bei oder nach einem Geschäftsabschluss, das mit der Förderung des Absatzes oder des Bezugs von Waren oder Dienstleistungen oder mit dem Abschluss oder der Durchführung eines Vertrags über Waren oder Dienstleistungen objektiv zusammenhängt. Über den Begriff des objektiven Zusammenhangs verknüpft der BGH aber in richtlinienkonformer Anwendung die geschäftliche Handlung ebenfalls mit der geschäft-

lichen Entscheidung. Danach ist das Merkmal des „objektiven Zusammenhangs“ funktional zu verstehen und setzt voraus, dass die Handlung bei objektiver Betrachtung darauf gerichtet ist, durch Beeinflussung der geschäftlichen Entscheidung der Verbraucher (oder sonstigen Marktteilnehmer) den Absatz oder Bezug von Waren oder Dienstleistungen des eigenen oder eines fremden Unternehmens zu fördern.³¹⁾ Der BGH verweist zur Begründung ausdrücklich auf die Definition der Geschäftspraktik in der UGP-Richtlinie sowie auf Erwägungsgrund 7, wonach sich die Richtlinie auf Geschäftspraktiken bezieht, die in unmittelbarem Zusammenhang mit der Beeinflussung der geschäftlichen Entscheidungen des Verbrauchers in Bezug auf Produkte stehen. Außerdem findet sich seit der UWG-Reform 2015 in allen Verbotstatbeständen, die auf die UGP-Richtlinie zurückgehen, ebenfalls die strukturelle Verknüpfung zwischen der geschäftlichen Handlung auf der einen Seite und andererseits der geschäftlichen Entscheidung, die daran anknüpfen muss. Auch insoweit gilt im deutschen UWG entsprechend der UGP-Richtlinie, dass eine geschäftliche Handlung als unlauter nur verboten werden darf, wenn sie die geschäftliche Entscheidung des Verbrauchers beeinflusst. Je enger der Begriff der geschäftlichen Entscheidung dementsprechend definiert wird, desto breiter ist der Bereich unlauterer geschäftlicher Handlungen, die im Wettbewerb hingenommen werden müssen.

c) Selbständigkeit und partielle Wechselwirkung von geschäftlicher Handlung und geschäftlicher Entscheidung

Zwar sind die geschäftliche Handlung und die geschäftliche Entscheidung unmittelbar aufeinander bezogen. Trotzdem sind die beiden Verhaltensweisen streng voneinander zu unterscheiden. Ob eine geschäftliche Handlung unlauter ist, beurteilt sich unabhängig davon, welche Auswirkungen sie auf die geschäftliche Entscheidung des Verbrauchers hat. Dies gilt auch, sofern die unlautere geschäftliche Handlung darin besteht, dem Verbraucher wesentliche Informationen vorzuenthalten, die er für seine geschäftliche Entscheidung benötigt. Das Vorenthalten wesentlicher Informationen ist Teil der unlauteren geschäftlichen Handlung und kein Aspekt der geschäftlichen Entscheidung, die dadurch veranlasst wird.

Unbeschadet dessen kann eine Wechselwirkung zwischen der geschäftlichen Entscheidung und der Bewertung einzelner geschäftlicher Handlungen als unlauter bestehen. So bestimmt sich die Frage, welche Informationen der Durchschnittsverbraucher für seine geschäftliche Entscheidung benötigt und welche Informationen mithin wesentlich sind, danach, was er wissen sollte, um sich so zu entscheiden, wie er will.³²⁾

3. Innere Entscheidungen und äußere Handlungen

Die teleologische und systematische Auslegung legen nahe, dass der Begriff „Entscheidung“ in der UGP-Richtlinie und im UWG nicht stets eine Entscheidung des Durchschnittsverbrauchers sein muss, der sich eine konkrete Handlung, wie der Gang in ein Geschäft, anschließen muss. Dass keine Handlung erforderlich ist, ergibt sich bereits zwanglos daraus, dass nach Art. 2 lit. k) der UGP-Richtlinie auch ein Untätigbleiben eine geschäftliche Entscheidung darstellt.

Entscheidungen werden im Kopf getroffen. Sie können sich in Handlungen niederschlagen. Die Umsetzung in eine Handlung ist aber kein Wesensmerkmal der Entscheidung. Auch der innere Entschluss, eine Ware im Auge zu behalten oder sich bei Gelegenheit weiter informieren zu wollen, stellt bereits eine ge-

28) In vergleichbarer Weise hat der EuGH den Begriff des Gewerbetreibenden in Abgrenzung zum Begriff des Verbrauchers hergeleitet: „Darüber hinaus sind der Sinn und die Bedeutung des Begriffs ‚Gewerbetreibender‘, wie er in der Richtlinie verwendet wird (...) anhand des korrelativen, aber antinomischen Begriffs ‚Verbraucher‘ zu bestimmen, der jeden nicht gewerblich oder beruflich Tätigen bezeichnet“ (EuGH, 03.10.2013 – C-59/12, WRP 2013, 1454, Rn. 33 – BKK Mobil Oil).

29) Die geschäftliche Entscheidung darüber, ob der Verbraucher eine Zahlung insgesamt oder teilweise leisten, ein Produkt behalten oder abgeben oder ein vertragliches Recht im Zusammenhang mit dem Produkt ausüben will, erfasst dementsprechend jedes vom Unternehmer veranlasste Verhalten des Verbrauchers in Bezug auf ein gesetzliches oder vertragliches Sonderschuldverhältnis zu dem oder einen anderen Unternehmer.

30) Köhler, in: Köhler/Bornkamm (Fn. 1), § 3 Rn. 3.28; Steinbeck, WRP 2011, 1221, 1224; a. A. Scherer, GRUR 2016, 233, 237.

31) BGH, 10.01.2013 – I ZR 190/11, WRP 2013, 1183, Rn. 18 – Standardisierte Mandatsbearbeitung; BGH, 31.03.2010 – I ZR 34/08, WRP 2010, 1475, Rn. 18 – Gewährleistungsausschluss im Internet.

32) Alexander, WRP 2016, 139 Rn. 23; Steinbeck, WRP 2011, 1221, 1223 f.

Omsels, Die geschäftliche Entscheidung

geschäftliche Entscheidung dar. Mit ihr werden Präferenzen gesetzt, die den weiteren Entscheidungsprozess des Verbrauchers leiten und ihn für ein bestimmtes Produkt so einnehmen können, dass er für eine spätere Aufklärung oder ergänzende negative Informationen weniger oder gar nicht mehr aufgeschlossen ist. Denn der Entscheidungsfindungsprozess ist selektiv. Bestimmte Tatsachen werden ungerne oder gar nicht mehr zur Kenntnis genommen, nachdem man sich bereits eine positive oder negative Meinung bspw. zu einem bestimmten Produkt gebildet hat. Würden diese inneren „Entscheidungen“ aus dem Bereich der geschäftlichen Entscheidung ausgeschlossen, wäre das Verbraucherverhalten in wirtschaftlicher Hinsicht nicht so geschützt, wie es die UGP-Richtlinie bezweckt.

4. Abgrenzung zur Wahrnehmung der geschäftlichen Handlung

- 32** Inhalt und Gegenstand einer geschäftlichen Handlung bestimmen sich aus der Sicht des Durchschnittsverbrauchers. Dessen Wahrnehmung der geschäftlichen Handlung ist noch keine geschäftliche Entscheidung im Sinne einer marktbezogenen Reaktion des Verbrauchers auf die geschäftliche Handlung. Die geschäftliche Handlung wird vielmehr durch die Art und Weise, wie der Durchschnittsverbraucher sie versteht, erst näher bestimmt.
- 33** Der Unterschied lässt sich anhand der jüngeren Entscheidungen zu den Stichworten „Schlafzimmer komplett“³³⁾ und „All Net Flat“³⁴⁾ verdeutlichen. Da der Durchschnittsverbraucher die Anzeige für das „Schlafzimmer komplett“ als einheitliche geschäftliche Handlung wahrnimmt, die – unter anderem – aus dem Blickfang „Schlafzimmer komplett“ und dem aufklärenden Fließtext mit einer Erläuterung des Begriffs „komplett“ besteht, konnte auf einen Sternchenhinweis zur Erläuterung dieses Begriffes verzichtet werden. Da die Anzeige deshalb bereits nicht irreführend und damit unlauter war, bedurfte es keiner weiteren Klärung, ob sie den Verbraucher zu einer geschäftlichen Entscheidung veranlasst, die er ohne die unlautere geschäftliche Handlung nicht getroffen hätte.³⁵⁾
- 34** Dem steht die Entscheidung „All Net Flat“ gegenüber, der eine Anzeige zugrunde lag, die der Durchschnittsverbraucher nicht in ihrer Gesamtheit wahrnimmt, weil sie dazu viel zu unübersichtlich war, an den Verbraucher mehrfach mit einem falschen Blickfang appellierte und die ganze Wahrheit erst am Ende einer kaum wahrnehmbaren Fußnote versteckte. Erst nachdem dieser Sachverhalt festgestellt und die Werbung als irreführend beurteilt wurde, stellte sich die ergänzende Frage, ob diese Irreführung den Durchschnittsverbraucher zu einer geschäftlichen Entscheidung (marktbezogenen Reaktion) veranlasst, die er ohne die Irreführung nicht getroffen hätte. Dafür muss er nicht den Weg ins Ladenlokal antreten, in dem er einen Vertrag über das Produkt abschließen kann. Es reicht aus, dass er sich bewusst für das Angebot zu interessieren beginnt, weil er seinen wahren Preis nicht erkennt. Es kommt nicht darauf an, ob er dieses Interesse sogleich oder zu einem späteren Zeitpunkt in eine Handlung umsetzt.

33) BGH, 18.12.2004 – I ZR 129/13, WRP 2015, 851 – Schlafzimmer komplett.

34) BGH, 15.10.2015 – I ZR 260/14, WRP 2016, 184 – All Net Flat.

35) Dieser Differenzierung wird vom BGH nicht gefolgt, der sich die Frage stellt und verneint, ob die nähere Befassung mit der Anzeige eine geschäftliche Entscheidung ist (BGH, 18.12.2014 – I ZR 129/13, WRP 2015, 851, Rn. 20 – Schlafzimmer komplett). Richtig ist zwar, dass die nähere Beschäftigung mit der konkreten Anzeige keine geschäftliche Entscheidung darstellt. Der Grund dafür liegt aber darin, dass die nähere Beschäftigung im konkreten Fall noch Teil der Wahrnehmung der geschäftlichen Handlung durch den Durchschnittsverbraucher ist.

V. Relevante geschäftliche Entscheidungen

Die marktbezogene Reaktion auf eine unlautere geschäftliche Handlung erfüllt die Verbotstatbestände der UGP-Richtlinie und des UWG noch nicht. Erforderlich ist des Weiteren, dass sie anders ausfällt, als sie ohne die unlautere geschäftliche Handlung ausgefallen wäre. Erst darin liegt die Relevanz der unlauteren geschäftlichen Handlung.³⁶⁾

Da jede marktbezogene Reaktion des Verbrauchers auf eine geschäftliche Handlung eine geschäftliche Entscheidung im Sinne der UGP-Richtlinie ist, reicht es dafür allerdings aus, dass *irgendeine* marktbezogene Reaktion des Verbrauchers anders ausfällt, als sie ohne das Unlauterkeitsmoment der unlauteren geschäftlichen Handlung ausgefallen wäre.³⁷⁾ Der Schutz des Verbrauchers ist nicht auf besonders gewichtige oder gar auf die finale Entscheidung für oder gegen eine Ware oder Dienstleistung beschränkt.

Ob bspw. eine Information im Sinne des § 5a Abs. 2 UWG wesentlich ist, bestimmt sich danach, ob sie für irgendeine geschäftliche Entscheidung des Verbrauchers benötigt wird. Es ist dafür mithin zu fragen, welche geschäftlichen Entscheidungen der Durchschnittsverbraucher aufgrund einer konkreten geschäftlichen Handlung des Unternehmers treffen könnte. Ist die Information für eine dieser möglichen geschäftlichen Entscheidungen wesentlich, ist sie es insgesamt.³⁸⁾ Dies gilt in gleicher Weise für alle geschäftlichen Handlungen.

Daraus ergibt sich andererseits, dass der Einfluss, den eine unlautere geschäftliche Handlung auf eine geschäftliche Entscheidung haben muss, um den Durchschnittsverbraucher zu einer Entscheidung zu veranlassen, die er ohne das unlautere Moment nicht getroffen hätte, unterschiedlich sein kann. Die Entscheidung, sich bspw. auf ein Verkaufsgespräch in einer Fußgängerzone einzulassen, wird vom Durchschnittsverbraucher leichter getroffen als die Entscheidung, eine Ware auch zu kaufen. Dieser Umstand ist insbesondere bei den aggressiven geschäftlichen Handlungen nach § 4a UWG von Bedeutung. Unzulässig ist eine unlautere geschäftliche Handlung, wenn sie auf den Durchschnittsverbraucher einen ausreichenden Einfluss ausübt, so dass er irgendeine geschäftliche Entscheidung trifft, die er ohne den unlauteren Einfluss nicht getroffen hätte.

Andererseits ist zweifelhaft, ob eine (widerlegbare) Vermutung dafür besteht, dass eine unlautere geschäftliche Handlung zu einer geschäftlichen Entscheidung des Verbrauchers führt, die er andernfalls so nicht getroffen hätte.³⁹⁾ Eine Norm, aus der sich eine gesetzliche Vermutung ergibt, ist nicht ersichtlich. Ein Erfahrungssatz, wonach eine unlautere geschäftliche Handlung zu einer geschäftlichen Entscheidung führt, die der Durchschnittsverbraucher ohne das unlautere Verhalten nicht getroffen hätte, besteht ebenfalls nicht. Dagegen spricht bereits, dass der Durchschnittsverbraucher sich z. B. weiterhin für ein besonders güns-

36) Kritiker (zuletzt Scherer, GRUR 2016, 233, 237 m. w. N.) halten diesem Kriterium entgegen, dass es keinerlei Erkenntnisgewinn bringe, weil auch lautere geschäftliche Handlungen die Entscheidung des Verbrauchers beeinflussen sollen. Diese Kritik ist unberechtigt. Denn es geht darum, ob der Verbraucher gerade durch das Moment, das eine geschäftliche Handlung unlauter werden lässt, zu einer geschäftlichen Entscheidung veranlasst wird, die er ohne dieses unlautere Moment anders getroffen hätte.

37) Vgl. nun BGH, 28.01.2016 – I ZR 231/14, WRP 2016, 459, Rn. 22 ff. – MeinPaket.de, der die Relevanz des Vorenthaltes von Identität und Anschrift nach § 5a Abs. 2, Abs. 3 Nr. 2 UWG nicht auf den Kauf einer Ware auf einem bestimmten Internetportal, sondern im konkreten Fall darauf bezieht, ob der Verbraucher die Angabe für seine geschäftliche Entscheidung benötigt, ob er das Verkaufssportal überhaupt aufrufen möchte.

38) Vgl. BGH, 28.01.2016 – I ZR 231/14, WRP 2016, 459, Rn. 23 – MeinPaket.de

39) Köhler, in: Köhler/Bornkamm (Fn. 1), § 3 Rn. 3.28, § 4a Rn. 1.36, § 5a Rn. 3.44; Köhler, WRP 2014, 259 Rn. 24, 59; Bornkamm, in: Köhler/Bornkamm (Fn. 1), § 5 Rn. 2.178a schließt aus der Irreführung auf die Relevanz; s. a. Fritzsche, in: Teplitzky/Peifer/Leistner (Fn. 7), § 3 Rn. 632; Fezer, in: Fezer (Fn. 7), § 3 Rn. 114; Alexander, WRP, 2016, 139 Rn. 42 Rn. 46.

tiges Angebot, z. B. ein Smartphone zu einem extrem günstigen Preis, interessieren dürfte, auch wenn er wüsste, dass beispielsweise ein Merkmal der Ware oder Dienstleistung, etwa die Pixelzahl des Displays in der Werbung nicht ganz richtig angegeben wurde.

- 40 Die Relevanz der unlauteren geschäftlichen Handlung auf eine geschäftliche Entscheidung des Verbrauchers muss deshalb vom Gericht im Einzelfall positiv festgestellt werden. Dabei dürfen sich die Gerichte nach Erwägungsgrund 18 der UGP-Richtlinie aber daran orientieren, wie der Durchschnittsverbraucher auf die gegebene geschäftliche Handlung typischerweise reagiert.⁴⁰⁾ Ergänzend kommt hinzu, dass es ausreicht, dass die unlautere geschäftliche Handlung irgendeine geschäftliche Entscheidung des Verbrauchers beeinflusst; es muss nicht die finale oder sonst eine bedeutsame sein.

VI. Konsequenzen für den Begriff der geschäftlichen Entscheidung

1. Geschäftliche Entscheidung und Entscheidungsfindung

- 41 Rein begrifflich ist die Entscheidungsfindung noch keine Entscheidung, sondern nur eine Vorstufe dorthin. Andererseits können auf dem Weg zur finalen Entscheidung für den Kauf einer Ware oder den Bezug einer Dienstleistung, die Ausübung eines Rechts etc. geschäftliche Entscheidungen getroffen werden, die zur Entscheidungsfindung zählen, weil sie die finale Entscheidung oder andere Zwischenentscheidungen vorbereiten. Die Abgrenzung von Entscheidungsfindung und geschäftlicher Entscheidung ist deshalb kein Kriterium, das für sich genommen näheren Aufschluss über den Begriff der geschäftlichen Entscheidung im Sinne der UGP-Richtlinie und des UWG gibt.

2. Geschäftliche Entscheidung und Geschäft

- 42 In der Rechtsprechung und Literatur besteht eine Tendenz, die geschäftliche Entscheidung auf Zwischenschritte und die finale Entscheidung für eine bestimmte Art von Geschäften zu beschränken. Der Oberste Gerichtshof in Österreich will alle Vorgänge aus dem Bereich der geschäftlichen Entscheidung ausnehmen, die nicht geeignet sind, geldwerte Veränderungen im Vermögen eines Verbrauchers herbeizuführen, jedenfalls soweit die Angebote, für die der Verbraucher sich entscheidet, diesem nicht zumindest die Möglichkeit eröffnen, entgeltliche Geschäfte abzuschließen.⁴¹⁾ Dieser Auffassung schließt sich *Sosnitza* an.⁴²⁾ Auch *Köhler* reduziert mittlerweile die geschäftliche Entscheidung auf alle Entscheidungen im Zusammenhang mit gegenseitigen entgeltlichen Verträgen über Waren oder Dienstleistungen.⁴³⁾
- 43 Diese Auffassung schränkt den Anwendungsbereich der UGP-Richtlinie und des UWG allerdings drastisch ein. In weiten Teilen des modernen Wirtschaftslebens könnten unlautere ge-

schäftliche Handlungen nicht mehr verboten werden, weil sie auf keine entgeltlichen oder sonst wirtschaftlich nachteiligen Geschäfte gerichtet sind oder im Zusammenhang damit stehen. Ein Beispiel sind Gratis-Dienstleistungen im Internet. Wenn ein Verbraucher sich bspw. über das Weltgeschehen informieren möchte, hat er die Möglichkeit, sich bei Spiegel Online, Focus Online, dem Stern, Bild und vielen Angeboten mehr umzusehen. Das kostet ihn nichts. Ist die Entscheidung für *spiegel.de* und gegen *bild.de* deshalb keine geschäftliche Entscheidung? In der Konsequenz wäre selbst eine hochgradig irreführende Werbung für Spiegel Online nicht verboten, weil sie den Verbraucher nicht zu einer entgeltlichen geschäftlichen Entscheidung bewegen möchte. Aus dem gleichen Grunde wäre auch die Entscheidung, nach einem bestimmten Produkt oder einer bestimmten Information bei Google und nicht bei Bing oder Yahoo! zu suchen, keine geschäftliche Entscheidung, weil Google, Bing oder Yahoo! den Verbraucher nichts kosten. Steht die Werbung für Google, Bing oder Yahoo! deshalb außerhalb des Anwendungsbereichs des UWG?

Wenn es dem Durchschnittsverbraucher bei seiner geschäftlichen Entscheidung in letzter Konsequenz immer ans Portmonee gehen müsste, würden zahlreiche Entscheidungen des Verbrauchers für dieses oder jenes kostenlose Waren- oder Dienstleistungsangebot von der Suchmaschine über Pressesubstitute bis hin zu Lexika oder Wörterbücher nicht unter den Begriff der geschäftlichen Entscheidung fallen. Geschäftliche Handlungen der jeweiligen Anbieter könnten nicht verboten werden, auch wenn sie unlauter sind, weil sie den Verbraucher nicht veranlassen, eine Entscheidung für oder im Hinblick auf ein entgeltliches oder wirtschaftlich nachteiliges Geschäft zu treffen.

Diese Beurteilung widerspräche der Rechtsprechung des EuGH.⁴⁴⁾ Danach gibt es keine unlauteren geschäftlichen Handlungen gegenüber Verbrauchern, die generell vom Anwendungsbereich der UGP-Richtlinie ausgenommen sind. Es besteht kein Grund, den Begriff des Kaufs in der UGP-Richtlinie und des Geschäfts im UWG auf entgeltliche oder wirtschaftlich nachteilige Geschäfte oder den Abschluss von Verträgen zu reduzieren. Die Beispiele bestätigen, dass die geschäftliche Entscheidung jede marktbezogene Reaktion des Verbrauchers auf eine geschäftliche Handlung des Unternehmers ist, gleich welche wirtschaftlichen Auswirkungen sie für den Verbraucher hat. Jede Entscheidung des Verbrauchers, sich mit einem Angebot näher zu befassen oder sich für ein Angebot zu entscheiden, das im Wettbewerb um die Gunst des Verbrauchers steht, ist eine geschäftliche Entscheidung.

3. Geschäftliche Entscheidung und Geschäftsfähigkeit

Die geschäftliche Entscheidung steht in keinem Verhältnis zur Geschäftsfähigkeit. Kinder, die nach § 104 BGB geschäftsunfähig oder nach § 106 BGB beschränkt geschäftsfähig sind, werden vom Schutz der UGP-Richtlinie nicht ausgenommen. Die Einbeziehung geschäftlicher Entscheidungen von Kindern (und Jugendlichen) ergibt sich zum einen aus Art. 5 Abs. 3 der UGP-Richtlinie. Danach sollen Geschäftspraktiken, die voraussichtlich in einer für den Gewerbetreibenden vernünftigerweise vorhersehbaren Art und Weise das wirtschaftliche Verhalten nur einer eindeutig identifizierbaren Gruppe von Verbrauchern wesentlich beeinflussen, die aufgrund von u. a. Alter im Hinblick auf diese Praktiken oder die ihnen zugrunde liegenden Produkte besonders schutzbedürftig sind, aus der Perspektive eines durchschnittlichen Mitglieds dieser Gruppe beurteilt werden. Erwägungsgrund 18 nennt als Beispiel dafür eine Geschäftspraxis, die sich speziell an Kinder richtet. Daraus ergibt sich zwanglos,

40) EuGH, 18.10.2012 – C-428/11, WRP 2012, 1509, Rn. 53 – Purely Creative; *Köhler*, in: *Köhler/Bornkamm* (Fn. 1), § 3 Rn. 3.28.

41) OGH, 18.11.2008 – 4 Ob 186/08v, Medien und Recht, 2009, 89 am Beispiel eines kostenlosen Online-Angebots.

42) *Sosnitza*, in: *Ohly/Sosnitza*, Kommentar zum Wettbewerbsrecht, 6. Aufl. 2014, § 3 Rn. 75 und in: *MünchKomm* (Fn. 9), § 3 Rn. 116.

43) *Köhler*, in: *Köhler/Bornkamm* (Fn. 1), Einl. UWG Rn. 3.60a und § 2 Rn. 151. Er schließt in die Begriffsbestimmung auch alle unmittelbar damit zusammenhängenden Entscheidungen, d. h. der finalen Entscheidung vorgelagerte oder sie ergänzende Entscheidungen ein. Im Zweifel sei darauf abzustellen, ob der Unternehmer an der geschäftlichen Entscheidung des Verbrauchers ein wirtschaftliches Interesse habe. Dieses Interesse hat aber auch ein Unternehmer, der seine Leistungen gegenüber dem Verbraucher unentgeltlich erbringt. In *Köhler*, WRP 2014, 259 Rn. 10 f. wurde das Aufsuchen einer Internetseite noch als geschäftliche Entscheidung genannt. Von Entscheidungen im Hinblick auf den Abschluss von Verträgen gehen auch OLG Düsseldorf, 30.04.2015 – I-15 U 100/14, GRUR-RR 2015, 347 Rn. 38 und *Fritzsche*, in: *Teplitzky/Peifer/Leistner* (Fn. 7), § 3 Rn. 635 aus.

44) Siehe Fn. 23 ff.

Omsels, Die geschäftliche Entscheidung

dass Kinder gleich welchen Alters zu den Verbrauchern zählen, die geschäftliche Entscheidungen treffen können und deren geschäftliche Entscheidungen gegen unlautere Geschäftspraktiken geschützt werden sollen.

- 47 Nr. 28 des Anhangs zu Art. 5 Abs. 5 der UGP-Richtlinie (§ 3 Abs. 3 UWG) erwähnt darüber hinaus zwei Auswirkungen einer geschäftlichen Handlung gegenüber Kindern, die als geschäftliche Entscheidungen angesehen werden müssen, nämlich einerseits – insoweit zweifelsfrei – den Kauf der beworbenen Produkte und andererseits aber auch die Überredung der Eltern oder anderer Erwachsener, das Produkt für das Kind zu kaufen.⁴⁵⁾ Das Kleinkind, das die Mutter im Kassensbereich des Supermarkts quengelnd drängt, ihm ein Überraschungsei zu kaufen, setzt damit eine geschäftliche Entscheidung um.

4. Geschäftliche Entscheidung und Geschäftspartner

- 48 Aus Nr. 28 des Anhangs zu Art. 5 Abs. 5 der UGP-Richtlinie (§ 3 Abs. 3 UWG) ergibt sich, dass die geschäftliche Entscheidung nicht zwingend von Personen getroffen werden muss, die die Ware typischerweise erwerben oder die Dienstleistung typischerweise beziehen. Weitere Beispiele sind der Kauf einer Ware oder der Bezug einer Dienstleistung durch einen Berechtigten für und auf Bitte eines Unberechtigten, etwa der Erwerb von Alkohol oder Zigaretten auf Bitten eines Jugendlichen durch einen Erwachsenen oder der Erwerb eines verschreibungspflichtigen Arzneimittels in der Apotheke durch einen Arzt für einen Bekannten. Die UGP-Richtlinie und das UWG schützen auch die geschäftliche Entscheidung von Personen, die die Ware oder Dienstleistung, auf die sich die geschäftliche Handlung bezieht, gar nicht erwerben oder beziehen dürfen, soweit sie sich nur dafür interessieren können.

VII. Geschäftliche Entscheidung, Relevanz und Spürbarkeitsschwelle

- 49 Nach § 3 Abs. 1 UWG a. F. waren unlautere geschäftliche Handlungen unzulässig, wenn sie geeignet waren, die Interessen von Mitbewerbern, Verbrauchern oder sonstigen Marktteilnehmern spürbar zu beeinträchtigen. Geschäftliche Handlungen gegenüber Verbrauchern waren nach § 3 Abs. 2 UWG a. F. außerdem unzulässig, wenn sie nicht der für den Unternehmer geltenden fachlichen Sorgfalt entsprachen und dazu geeignet waren, die Fähigkeit von Verbrauchern, sich aufgrund von Informationen zu entscheiden, spürbar zu beeinträchtigen und ihn damit zu einer geschäftlichen Entscheidung zu veranlassen, die er andernfalls nicht getroffen hätte. Das Verhältnis beider Bestimmungen zueinander blieb bis zuletzt unklar.⁴⁶⁾
- 50 In der Praxis wurde das Kriterium der Veranlassung zu einer ungewollten geschäftlichen Entscheidung selten bemüht. Im Rahmen der Irreführungstatbestände wurde die Relevanz einer Irreführung im Rahmen des § 5 UWG geprüft. Wettbewerbsrechtlich relevant waren nach der Rechtsprechung des BGH unrichtige Angaben, wenn sie geeignet sind, das Marktverhalten der Gegenseite zu beeinflussen. Das Kriterium ähnelte der voraussichtlichen Veranlassung zu einer geschäftlichen Entscheidung, war damit aber nicht deckungsgleich. In der Regel wurde bei § 5 UWG aus dem Hervorrufen einer Fehlvorstellung auf die wettbewerbsrechtliche Relevanz der Irreführung geschlossen.

45) Vgl. KG, 15.01.2013 – 5 U 84/12, WRP 13, 638 Rn. 3 – Klick und wirf zurück; OLG Köln, 12.04.2013 – 6 U 132/12, GRUR-RR 2014, 83 Rn. 31; zweifelhaft deshalb BGH, 12.07.2007 – I ZR 82/05, WRP 2008, 214 Rn. 17 – Tony Taler; Sosnitzka, in: Ohly/Sosnitzka (Fn. 42), § 3 Rn. 75.

46) Sosnitzka, in: Ohly/Sosnitzka (Fn. 42), § 3 Rn. 67; s. a. Köhler, WRP 2014, 259, 267.

Anders sollte es sich nur verhalten, wenn über Umstände getäuscht wird, die für das Marktverhalten des Verbrauchers oder anderer Marktteilnehmer lediglich eine unwesentliche Bedeutung haben.⁴⁷⁾

- Bei § 3 Abs. 1 UWG a. F. wurde die Überschreitung der Spürbarkeitsschwelle stets angenommen, wenn eine geschäftliche Handlung gegen verbraucherschützende Normen verstoßen hat.⁴⁸⁾ Es wurde weiterhin unwiderleglich vermutet, dass sich eine Informationspflichtverletzung auf die geschäftliche Entscheidung des Kunden auswirken kann.⁴⁹⁾ In anderen Fällen wurde im Rahmen der Spürbarkeit geprüft, wie viele Marktteilnehmer von einem Verhalten betroffen sind, wie groß die Nachahmungsgefahr für Mitbewerber ist, welche Rechtsgüter gefährdet werden etc.⁵⁰⁾ Ob die geschäftliche Handlung den Verbraucher veranlassen konnte, eine geschäftliche Entscheidung zu treffen, die er ohne sie nicht getroffen hätte, wurde selten gefragt, obwohl die UGP-Richtlinie gerade dies voraussetzt.

Deshalb war das Kriterium der spürbaren Beeinträchtigung der Interessen von Verbrauchern nach § 3 Abs. 1 UWG a. F. nicht mit dem Tatbestandsmerkmal der Veranlassung zu einer ungewollten geschäftlichen Entscheidung deckungsgleich.⁵¹⁾ Auch die Annahme, dass die Verletzung einer wesentlichen Informationspflicht unwiderleglich zu einer geschäftlichen Entscheidung führt, die der Verbraucher andernfalls nicht getroffen hätte, deckte sich schon vor der UWG-Reform 2015 nicht mit dem Wortlaut der UGP-Richtlinie.⁵²⁾ Entscheidend war nicht nur, ob dem Verbraucher eine Information vorenthalten wird, die er je nach den Umständen benötigt, um eine informierte geschäftliche Entscheidung zu treffen, sondern auch, ob das Vorenthalten dieser Informationen den Verbraucher voraussichtlich zu einer geschäftlichen Entscheidung veranlasst, die er nicht getroffen hätte, wenn ihm die Information mitgeteilt worden wäre.⁵³⁾

Dieser Zusammenhang wird durch die Neuformulierung der §§ 3 Abs. 2, 4a, 5 und 5a Abs. 1, Abs. 2-4 UWG nunmehr besser zum Ausdruck gebracht. Der klare Wortlaut des Gesetzes verbietet es, aus dem unlauteren Verhalten darauf zu schließen, dass der Verbraucher voraussichtlich zu einer geschäftlichen Entscheidung veranlasst wird, die er andernfalls nicht getroffen hätte.⁵⁴⁾ Alle weiteren Kriterien, die bei § 3 Abs. 1 UWG a. F. für eine Spürbarkeit einer unlauteren geschäftlichen Handlung gegenüber einem Verbraucher herangezogen wurden, sind für das Relevanzkriterium, wonach der Verbraucher voraussichtlich zu einer geschäftlichen Entscheidung veranlasst wird, die er ohne die unlautere geschäftliche Handlung so nicht getroffen hätte, ohne Bedeutung.

47) BGH, 29.03.2007 – I ZR 122/04, WRP 2007, 1346 – Bundesdruckerei; BGH, 20.11.2008 – I ZR 122/06, WRP 2009, 951 – 20% auf alles.

48) BGH, 04.02.2010 – I ZR 66/09, WRP 2010, 1143, Rn. 21 – Gallardo Spyder; BGH, 30.07.2015 – I ZR 29/12, WRP 2016, 467, Rn. 23 – Buchungssystem II; BGH, 07.05.2015 – I ZR 158/14, WRP 2015, 1464, Rn. 37 – Der Zauber des Nordens m. w. N.; zuletzt BGH, 04.02.2016 – I ZR 194/14, WRP 2016, 450, Rn. 25 – Fressnapf, allerdings nun mit dem Zusatz, dass der Verbraucher „damit“ zu einer geschäftlichen Entscheidung veranlasst wird, die er andernfalls nicht getroffen hätte.

49) BGH, 29.04.2010 – I ZR 99/08, WRP 2011, 55, Rn. 33 – Preiswerbung ohne Mehrwertsteuer.

50) Siehe z. B. Köhler, in: Köhler/Bornkamm (Fn. 1), § 3 Rn. 120 ff.; Sosnitzka, in: Ohly/Sosnitzka (Fn. 42), § 3 Rn. 62; Podzun, in: Harte/Henning (Fn. 7), § 3 Rn. 139 ff.

51) Vgl. Fritzsche, in: Teplitzky/Peifer/Leistner (Fn. 7), § 3 Rn. 620; Köhler, WRP 2014, 259, 267; Steinbeck, WRP 2011, 1221, 1224.

52) Fritzsche, in: Teplitzky/Peifer/Leistner (Fn. 7), § 3 Rn. 642ff.; Steinbeck, WRP 2011, 121, 1224; a. A. Bergmann, in: FS Krämer, 2009, 163, 171.

53) OLG Köln, 26.09.2014 – 6 U 56/14, MMR 2015, 391; dazu jetzt BGH, 28.01.2016 – I ZR 231/14, WRP 2016, 459 – MeinPaket.de; s. a. Köhler, WRP 2014, 259 Rn. 23, 41 f., 46.

54) Köhler, in: Köhler/Bornkamm (Fn. 1), § 5a Rn. 3.43; Ohly, GRUR 2016, 3, 5f.; Alexander, WRP 2016, 139 Rn. 46.

VIII. Zusammenfassung

54 Die geschäftliche Entscheidung ist das Pendant zur Geschäftspraktik oder geschäftlichen Handlung. Eine geschäftliche Entscheidung ist jede marktbezogene Reaktion eines Verbrauchers auf eine geschäftliche Handlung eines Unternehmens. Die geschäftliche Entscheidung muss auf kein Geschäft im Sinne eines Vertragsabschlusses bezogen sein oder damit unmittelbar im Zusammenhang stehen. Der Begriff der geschäftlichen Entscheidung schließt rein kognitive Vorgänge ein. Die Umsetzung einer geschäftlichen Entscheidung in eine Handlung ist nicht erforderlich.

Die UGP-Richtlinie und das UWG schützen den Verbraucher vor allen geschäftlichen Entscheidungen, die ihre Ursache in einer unlauteren geschäftlichen Handlung eines Unternehmers haben. Die unlautere geschäftliche Handlung ist zwar nicht per se verboten. Unzulässig ist eine unlautere geschäftliche Handlung aber bereits dann, wenn sie den Durchschnittsverbraucher zu irgendeiner geschäftlichen Entscheidung veranlasst, die er ohne das unlautere Moment der geschäftlichen Handlung so nicht getroffen hätte. Diese Wirkung muss im Einzelfall positiv festgestellt werden.

Dr. Alexander Eufinger, Frankfurt a. M. und Andreas Maschmer, Bern*

Durchsetzung von Vorzugsbedingungen als Missbrauch relativer Marktmacht

Zugleich Anmerkung zu OLG Düsseldorf, 18.11.2015 – VI-Kart 6/14 (V)

INHALT

- I. Einführung
- II. Materiell-rechtlicher Hintergrund der Entscheidung des OLG Düsseldorf
 - 1. Bedeutung der Vorschrift
 - 2. Anzapfverbot nach § 20 Abs. 2 i. V. m. § 19 Abs. 2 Nr. 5 GWB
 - 3. Normadressaten
- III. Aktuelle Entwicklungen zur Auslegung des Anzapfverbots nach § 19 Abs. 1, 2 Nr. 5 i. V. m. § 20 Abs. 2 GWB
 - 1. Hintergrund des Verfahrens
 - 2. Die Entscheidung des BKartA
 - 2. Die Entscheidung des OLG Düsseldorf
 - a) Grundtenor
 - b) Bestwertgleich
 - c) Partnerschaftsvergütung
 - d) Sonstige Tatbestandsvoraussetzungen
 - e) Rechtsbeschwerde
- IV. Würdigung der Entscheidung des OLG Düsseldorf
- V. Praktische Relevanz des Anzapfverbots in anderen Branchen
- VI. Fazit

I. Einführung

- 1 Das Thema „Nachfragemacht des Handels“ beschäftigt das BKartA seit geraumer Zeit. Zu diesem Themenkomplex hat die

Kartellbehörde eigens eine – im September 2104 abgeschlossene – Sektoruntersuchung durchgeführt, die zu dem wenig überraschenden Ergebnis gelangte, dass insbesondere der deutsche Lebensmitteleinzelhandel hochkonzentriert sei und die Gefahr einer weiteren Verschlechterung der Marktbedingungen drohe. Zudem seien die Unternehmen der Spitzengruppe des deutschen Lebensmittelhandels weitestgehend in der Lage, ihre starke Marktposition in den Verhandlungen mit ihren Lieferanten zu ihrem Vorteil zu nutzen. Bei diesen Verhandlungen ist jedoch die Grenze zum verbotenen Anzapfen nach § 19 Abs. 1, 2 Nr. 5 i. V. m. § 20 Abs. 2 GWB fließend. Marktmächtigen Unternehmen ist es hiernach verboten, ihre starke Stellung auf dem Lebensmittelmarkt dazu auszunutzen, ihre Lieferanten aufzufordern oder zu veranlassen, ihnen ohne sachlich gerechtfertigten Grund Vorteile zu gewähren (sog. Anzapfen). Die im Rahmen der Sektoruntersuchung gewonnenen Erkenntnisse der Problematik, konnte das BKartA nach eigener Aussage bereits im Verfahren gegen die EDEKA-Gruppe nutzen, gegen die wegen eines Verstoßes gegen das Anzapfverbot ermittelt wurde. Mit Beschluss vom 03.07.2014 stellte das BKartA daher eine Zuwiderhandlung der EDEKA-Gruppe gegen das Anzapfverbot der § 19 Abs. 1, 2 Nr. 5 i. V. m. § 20 Abs. 2 GWB wegen rechtswidriger Konditionengewährung im Rahmen der Sonderverhandlungen nach Übernahme der Discounterkette PLUS fest. Das BKartA betonte bei der Bekanntgabe des Beschlusses ausdrücklich die Bedeutung der Entscheidung für die Branche, verbunden mit der Hoffnung, anderen Unternehmen eine kartellrechtliche „Orientierung“ bieten zu können. Dieser Auffassung ist das OLG Düsseldorf jedoch nicht gefolgt. Vielmehr habe das BKartA zu Unrecht einen Verstoß gegen das Anzapfverbot festgestellt, da keine der vom BKartA im Beschluss als kartellrechtswidrig festgestellten Handlungen die Voraussetzungen der § 19 Abs. 1, 2 Nr. 5 i. V. m. § 20 Abs. 2 GWB erfüllten. Das Gericht hat damit für die Auslegung der Tatbestandsvoraussetzungen des § 19 Abs. 2 Nr. 5 GWB eine wesentliche Entscheidung getroffen, die nachfolgend dargestellt und gewürdigt werden soll.

* Dr. iur. Alexander Eufinger ist Justiziar einer Stiftung in Frankfurt a. M. und Lehrbeauftragter an der Universität Siegen sowie der Hochschule Heilbronn. Andreas Maschmer ist wissenschaftlicher Mitarbeiter des Schweizer Staatssekretariats für Wirtschaft SECO und Doktorand von Prof. Dr. Peter Krebs, Universität Siegen und von Prof. Dr. Roger Zäch, Universität Zürich im Rahmen einer Cotutelle de thèse. Der vorliegende Beitrag widerspiegelt die Meinung des Autors und nicht zwingend diejenige des SECO. Mehr über die Autoren erfahren Sie auf S. 664.