

Professor Dr. Jürgen Oechsler
Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Handelsrecht, Deutsches und
Europäisches Wirtschaftsrecht
Johannes Gutenberg-Universität Mainz

Skript zum UWG
Stand: Januar 2019

Inhaltsverzeichnis

A. Einleitung	4
I. Die Zwecksetzung des UWG	4
II. Die Bedeutung der informierten Verbraucherentscheidung	4
III. Die vollharmonisierende Wirkung der UGP-Richtlinie und das Spürbarkeitskriterium	6
IV. Die Schwarze Liste	9
V. Der Aufbau des Unterlassungsanspruchs	11
1. Aktivlegitimation	11
2. Geschäftliche Handlung	14
3. Wettbewerbsverstoß	15
4. Wiederholungsgefahr	15
5. Verjährung	16
VI. Besondere Rechtsfolgen	16
1. Beseitigungsanspruch, insbesondere Rückrufanspruch	16
2. Auskunftsanspruch nach § 8 Abs. 5 UWG	17
3. Schadensersatzanspruch nach § 9 Satz 1 UWG	18
4. Gewinnabschöpfung nach § 10 UWG	19
VII. Verfahrensrecht	19
1. Überblick	19
2. Zur Abmahnung	20
3. Einstweilige Verfügung	22
4. Klage	24
B. Besonderer Teil	26
I. Aggressive Werbung	26
1. Spezialregelungen	26
2. § 4a UWG	26
Übungsfall 1 Regenwaldprojekt	29
Übungsfall 2 Kunden werben Kunden	35
II. Irreführung nach § 5 UWG	39
1. Irreführungstatbestände der SL	40
2. Prüfung des § 5 UWG	41
2. Heilmittelwerbung	41
3. Sonderfälle in § 5 UWG	42
4. Das Trennungsprinzip und seine Verletzung	42
III. Irreführung durch Unterlassung nach § 5a UWG	43
1. Zur Dogmatik des § 5a Abs. 2 UWG	43
2. Zur Tatbestandsstruktur des § 5a Abs. 2 UWG	43
Übungsfall § 5a UWG	44
3. Bedeutung des § 5a Abs. 1 UWG	51
4. Getarnte bzw. verschleierte Werbung nach § 5a Abs. 6 UWG	52
4. Abgrenzung zwischen § 5 und § 5a UWG	53
IV. § 7 UWG	53
1. Belästigung (§ 7 Abs. 1 UWG)	53
2. Werbung mit Kommunikationsmitteln nach § 7 Abs. 2 und 3 UWG	54
V. Vorsprung durch Rechtsbruch	56
VI. Vergleichende Werbung	60
1. Überblick	60
2. Verbotstatbestände des Abs. 2	62
a) Keine Befriedigung des gleichen Bedarfs (Nr. 1)	62
b) Fehlender objektiver Bezug (Nr. 2)	62

c) Verwechslungsgefahr (Nr. 3)	63
d) Ausnutzen und Beeinträchtigen von Kennzeichen (§ 6 Abs. 2 Nr. 4 UWG)	63
e) Herabsetzung und Verunglimpfung nach § 6 Abs. 2 Nr. 5 UWG	64
f) Warenimitation (§ 6 Abs. 2 Nr. 6 UWG)	66
VII. Behinderungswettbewerb und Leistungsschutz	66
1. Behinderungswettbewerb	66
Übungsfall Werbeblocker	68
2. Leistungsschutz.....	73

A. EINLEITUNG

I. Die Zwecksetzung des UWG

Das Gesetz gegen den Unlauteren Wettbewerb (UWG) verfolgt einen **Doppelzweck**. Es schützt die Beteiligten am Wettbewerbsprozess (§ 1 Satz 1 UWG) und zielt darüber hinaus auf die Herstellung einer bestimmten **Marktordnung** (§ 1 Satz 2 UWG). Unter dem Einfluss des Europarechts überwiegt dieser zweite Zweck den ersten deutlich. Gegenstand des **Marktordnungszwecks** ist die Erreichung von Marktergebnissen zum Wohle der Allgemeinheit (**Wohlfahrtseffekte**). Idealerweise verläuft der Wettbewerb auf dem Markt danach so, dass dort das **effizienteste Angebot** im Kampf der Konkurrenten erfolgreich ist. Ob ein Angebot effizient ist, bestimmen wiederum die Nachfrager auf dem Markt. Für sie sind Preis, Qualität, Lieferzeit, Service, Gewährleistung usw. in unterschiedlicher Priorität wichtig. Das Gesetz kann hier keine inhaltlichen Vorgaben machen, sonst würde es die Freiheit des Wettbewerbs und damit seine Leistungsfähigkeit gerade gefährden. Über den Erfolg eines Angebots befindet daher allein der **Verbraucher in einer wirtschaftlichen Schiedsrichterfunktion**. Entscheidet er sich für das Angebot eines bestimmten Unternehmers, gewinnt dieser auf Kosten der Konkurrenz einen Marktanteil hinzu. Die mit der Umsatzerhöhung verbundenen Mehreinnahmen erlauben ihm eine Ausweitung der Produktion und eröffnen ihm so die Möglichkeit, noch intensiver auf die bisher als richtig eingeschätzten Bedürfnisse der Verbraucher einzugehen. Die Marktgegenseite (die Verbraucherseite) entscheidet daher wie eine Schiedsrichterin über die Effizienzkriterien. Durch ihr Nachfrageverhalten sorgt sie dafür, dass sich auf der Angebotsseite das aus ihrer Sicht vorteilhafteste Angebot durchsetzt. Dieser Vorgang ist jedoch an **zwei Funktionsvoraussetzungen** gebunden:

1. Der Verbraucher darf in seiner rationalen Entscheidung über die Vor- und Nachteile eines Angebots nicht erheblich beeinträchtigt werden (**Gefahr des Nichtleistungswettbewerbs**).
2. Ein Unternehmer darf einen anderen Unternehmer nicht daran hindern, ein effizientes Angebot zu unterbreiten (**Gefahr des Behinderungswettbewerbs**). Dazu noch unten S. 66 ff.

II. Die Bedeutung der informierten Verbraucherentscheidung

Der deutsche Rechtswissenschaftler *Nipperdey* hatte bereits in seiner **Lehre vom Leistungswettbewerb** (dargestellt in RGZ 134, 342, 352 f. – Benrather Tankstellenfall) die beiden, eben beschriebenen Gefahren erkannt. Ihr Beeinträchtigungspotenzial lässt sich an einem einfachen Beispiel deutlich machen.

Das Unternehmen U bietet sein Teppichreinigungsmittel mit folgender Werbung an: „Neue Formel. Reinigt 10mal besser als bisher und entfernt tiefsten Teppichschmutz!“

Ein Käufer, der auf diese Äußerung aufmerksam wird, erkennt zunächst, dass es sich um eine Werbeaussage handelt, für die marktschreierische Anpreisungen und Übertreibungen typisch sind. Er wird ihr daher zurückhaltend begegnen und im Zweifel nicht annehmen, dass sich die Leistungssteigerung exakt auf den Faktor 10,0 quantifizieren lässt. Immerhin entnimmt er der Äußerung jedoch, dass der Hersteller die Wirkungsweise des Mittels grundlegend verbessert hat. Wenn ihm selbst gerade die Reinigung eines stark verschmutzten Teppichs bevorsteht, neigt er folglich dazu, das beworbene Reinigungsmittel auszuprobieren und zu erwerben. Stellt sich nachträglich heraus, dass der Hersteller die Formel überhaupt nicht verändert hat, sondern das Publikum mit seiner Äußerung in die Irre geführt hat, besteht die Gefahr, dass der Verbraucher durch seine irregeleitete Nachfrageentscheidung einem qualitativ höherwertigen Konkurrenzprodukt den Weg zum Markterfolg versagt hat. Im Konkurrenzkampf behauptet sich in diesem Fall ein Anbieter, der erfolgreich täuscht, nicht aber ein Anbieter, der aus Sicht der Marktgegenseite (Nachfrageseite) effizient produziert. Die Irreführung stellt daher einen Fall des Nichtleistungswettbewerbs (Leistung nicht mit effizienter Leistung, sondern mit sonstigen Mitteln) dar.

Diese Wirkung **widerspricht** aber **den Zwecken des UWG**. Denn der Wettbewerb schafft unter den Konkurrenten einen ständigen Druck dahingehend, auf die Bedürfnisse der Verbraucher einzugehen, um bei diesen Nachfragebereitschaft zu erzeugen. Deshalb müssen Anbieter im Wettbewerb sämtliche Parameter ihres Angebotes (Preis, Qualität usw.) ständig verbessern, um konkurrenzfähig zu bleiben. Unter idealen Bedingungen folgen aus diesem Prozess die bereits erwähnten Wohlfahrtseffekte (= erwünschte Marktergebnisse): Es wird vor allem **verhindert, dass die stets knappen Ressourcen innerhalb einer Volkswirtschaft verschwendet werden**. Mit anderen Worten: Die Verbraucher müssen von ihren regelmäßig begrenzten Einkommen nicht mehr als erforderlich für den Produkterwerb verausgaben. Unter anderem wird eine effiziente Versorgung der Verbraucher sichergestellt.

Voraussetzung für solche Marktergebnisse ist eine **informierte Verbraucherentscheidung iSd. §§ 3 Abs. 2, 2 Abs. 1 Nr. 8 UWG**. Denn als Schiedsrichter über den Markterfolg muss der Verbraucher sein **Urteil auf zutreffende und vollständige Informationen stützen** und **darf bei deren Bewertung nicht an einer rationalen Entscheidung gehindert** werden. Nur dann, wird er sich für das Angebot entscheiden, dass seinen Bedarf am effizientesten befriedigt.

Die **Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken (UGP-Richtlinie)** schützt in **Art. 5 Abs. 2 UGP-RL** gerade diese Informiertheit der Verbraucherentscheidung. Eine geschäftliche

Handlung auf dem Markt, die den Verbraucher von einer informierten Entscheidung abhält, wird dort als **unlautere Geschäftspraxis** bezeichnet. Diese Vorgabe setzt das UWG in §§ 3 Abs. 2, 2 Abs. 1 Nr. 8 UWG um. Im Anschluss an die Richtlinie erkennt das Gesetz daher vor allem **zwei Fallkonstellationen**, in denen wettbewerbswidrig in eine informierte Verbraucherentscheidung eingegriffen wird (vgl. Art. 5 Abs. 4 UGP-Richtlinie):

1. Die Irreführung des Verbrauchers durch Tun (§ 5 UWG; S. 39 ff.) und Unterlassen § 5a UWG (S. 43 ff.). Sie sorgt dafür, dass der Verbraucher die für eine informierte Entscheidung erforderlichen Tatsachenkenntnisse nicht erwirbt.
2. Die aggressive Werbung, die Angst, Gefühle oder Verlegenheit des Verbrauchers ausbeutet (§ 4a UWG; S. 26 ff.). Sie verhindert, dass der Verbraucher die erworbenen Tatsachenkenntnisse im Rahmen einer rationalen Entscheidung beurteilt.

III. Die vollharmonisierende Wirkung der UGP-Richtlinie und das Spürbarkeitskriterium

Im Schutz der informierten Verbraucherentscheidung liegt jedoch nicht der einzige Schutzzweck der UGP-Richtlinie. Diese will vielmehr den Schutz der informierten Verbraucherentscheidung auf dem Binnenmarkt vereinheitlichen, um dort das Entstehen unterschiedlicher wettbewerbsrechtlicher Regelungen und damit Handels- und Investitionshemmnisse zu verhindern. Aber das Problem reicht noch tiefer: Der Schutz des lautereren Wettbewerbs birgt nämlich stets auch die **Gefahr einer Beschränkung der Wettbewerbsfreiheit**. Muss ein Unternehmer befürchten, dass er wegen geringster Normenverstöße nach dem UWG belangt werden kann, wird er seinem unternehmerischen Bewegungsspielraum eingeschränkt.

Beispiel im Anschluss an KG MMR 2007, 663: *Unternehmer B veräußert Elektrogeräte über eBay mit der Bemerkung „Versand ins Ausland möglich. Die Transportkosten erfahren Sie hier“. Das „hier“ ist mit einem Link zu einer Transportkostentabelle, gestaffelt nach Ländern, unterlegt. § 1 Abs. 1 Satz 2 Preisangabenverordnung (PAngV) verpflichtet den Unternehmer jedoch dazu, gegenüber Verbrauchern iSd. § 13 BGB einen festen Gesamtpreis bestehend aus Nettopreis und Transportkosten anzugeben. Der Verstoß gegen diese Norm führt wiederum zu einem Wettbewerbsverstoß nach § 3a UWG. Kann B wegen dieses Verstoßes in Anspruch genommen werden, stellt sich die Frage, wie er sein Angebot überhaupt noch gestalten soll, wenn er bereit ist, seine Ware in sämtliche Mitgliedstaaten des EWR zu versenden. Der Schutz der Verbraucher vor einer Täuschung über die auf sie zukommende Effektivbelastung geht dann auf Kosten der Wettbewerbsfreiheit der B. Hier ist deshalb die **Spürbarkeit des Wettbewerbsverstoßes** nach §§ 3 Abs. 2, 2 Abs. 1 Nr. 8 UWG zu verneinen, so dass insgesamt kein Anspruch aus § 8 Abs. 1 Satz 1 UWG besteht (so das KG aaO).*

Hinzu tritt ein **weiterer Aspekt**: Unternehmen kommunizieren mit der Marktgegenseite durch **Werbung**. Für diese sind jedoch marktschreierisches Anpreisen, Übertreibungen usw. charakteristisch. Sachliche, detailgetreue und jederzeit überprüfbare Aussagen sind für das angesprochene Publikum schlicht zu langweilig, um Aufmerksamkeit zu erregen. Eine unbedingter

Schutz der informierten Verbraucherentscheidung würde daher im Extremfall in sein Gegenteil umschlagen: Es gäbe wenig bis nichts mehr zu entscheiden, weil die Unternehmer über ihre Produkte nicht mit dem Verbraucher in einer Weise kommunizieren könnten, die diesen auch erreicht. Der europäische Gesetzgeber hat diese Gefahr in **Erwägungsgrund 6 Satz 2 UGP-Richtlinie** erkannt und beschränkt den Schutz der Verbraucher deshalb auf **wesentliche bzw. erhebliche Einschränkungen** der informierten Entscheidung.

„Im Einklang mit dem Verhältnismäßigkeitsprinzip schützt diese Richtlinie die Verbraucher vor den Auswirkungen solcher unlauteren Geschäftspraktiken, soweit sie als wesentlich anzusehen sind, berücksichtigt jedoch, dass die Auswirkungen für den Verbraucher in manchen Fällen unerheblich sein können.“

Dies geschieht im Wege der Vollharmonisierung. Die UGP-Richtlinie schafft nicht nur einen zwingenden Mindestschutz für die informierte Verbraucherentscheidung, sondern begrenzt den Schutz in Art. 3 und Art. 4 UGP-Richtlinie auch auf ein Höchstmaß (sog. **Vollharmonisierung**). Dies bedeutet: Das UWG darf den Schutz der informierten Verbraucherentscheidung nicht schwächer, aber auch nicht stärker ausgestalten als in der UGP-Richtlinie vorgegeben. Als Untergrenze des Verbraucherschutzes sorgt die UGP-Richtlinie dafür, dass die Verbraucher in ihrer informierten Entscheidung in einem Mindestmaß sicher geschützt sind (vgl. § 1 Satz 1 UWG). Als Obergrenze schützt die UGP-Richtlinie hingegen die Freiheit des Wettbewerbs vor einem Ausufern des Wettbewerbsrecht auf Kosten der Wettbewerbsfreiheit und dient damit einem Marktordnungszweck (vgl. § 1 Satz 2 UWG)! Eine praktische Konsequenz dieser Einsicht besteht darin, dass die Normen der UGP-Richtlinie **wichtige Auslegungshilfen** bei der Anwendung des UWG in den vollharmonisierten Bereichen darstellen. Aggressive Werbung nach § 4a UWG muss daher zB. stets mit systematischem Blick auf Artt. 8 und 9 UGP-Richtlinie ausgelegt werden. Bei Fällen irreführender Werbung nach §§ 5, 5a UWG müssen die Artt. 6 und 7 UGP-Richtlinie beachtet werden.

Die praktische Wirkungsweise der Vollharmonisierung zeigt sich an **Art. 5 Abs. 3 Satz 2 UGP-Richtlinie**. Diese Norm erlaubt typische **Werbung mit ihren marktschreierischen Anpreisungen**. Art. 5 Abs. 3 UGP-Richtlinie bezieht sich in ihrem ersten Satz auf den Schutz der informierten Verbraucherentscheidung. Im zweiten macht sie jedoch eine Ausnahme für folgenden Fall:

„Die übliche und rechtmäßige Werbepraxis, übertriebene Behauptungen oder nicht wörtlich zu nehmende Behauptungen aufzustellen, bleibt davon unberührt.“

Diese Regelung wurde nicht in den Gesetzestext des UWG aufgenommen. Sie kann dort jedoch im Einzelfall von Bedeutung sein, wenn sich bei der Normanwendung die Frage stellt, ob Werbung eine irreführende Behauptung iSd. § 5 UWG darstellt. Dabei muss noch folgender

Systemzusammenhang beachtet werden. Als Richtlinie **bindet** die UGP-Richtlinie die Privatrechtssubjekte **im Verkehr nicht unmittelbar** (Art. 288 Unterabsatz 3 AEUV). Es stellt daher einen schweren Fehler dar, Art. 5 Abs. 3 Satz 2 UGP-Richtlinie unmittelbar auf einen Fall anzuwenden. Die Norm spielt jedoch bei der **richtlinienkonformen Auslegung des UWG** eine erhebliche Rolle. Ausgangspunkt dafür ist die Überlegung, dass der deutsche Gesetzgeber seine Verpflichtungen gegenüber der EU, die er nach Art. 23 Abs. 1 GG eingegangen ist, auch loyal erfüllen will. Deshalb entspricht nur eine Gesetzesauslegung seinem Willen, die den normativen Geltungsanspruch der Richtlinien respektiert (**richtlinienkonforme Auslegung**). Dieser Zusammenhang muss in einer Klausur nicht immer ausführlich dargestellt werden. Es genügt, wenn die Notwendigkeit eines richtlinienkonformen Verständnisses des UWG mit Hinblick auf den Vollharmonisierungsanspruch der UGP-Richtlinie deutlich gemacht wird. Vermeiden Sie aber bitte stets eine unreflektierte, direkte Anwendung der UGP-Richtlinie!

In anderen Fällen, in denen eine ausdrückliche Vorgabe in der Richtlinie fehlt, wird das Prinzip der Vollharmonisierung durch das Kriterium der **Spürbarkeit, Erheblichkeit** oder **Wesentlichkeit** umgesetzt. Vgl. dazu den Wortlaut des Art. 5 Abs. 3 Satz 1 UGP-Richtlinie:

„Die Geschäftspraxis ist unlauter, wenn

a) sie den Erfordernissen der beruflichen Sorgfaltspflicht widerspricht

und

b) sie in Bezug auf das jeweilige Produkt das wirtschaftliche Verhalten des Durchschnittsverbrauchers, den sie erreicht oder an den sie sich richtet oder des durchschnittlichen Mitglieds einer Gruppe von Verbrauchern, wenn sich eine Geschäftspraxis an eine bestimmte Gruppe von Verbrauchern wendet, **wesentlich beeinflusst** oder dazu geeignet ist, es **wesentlich zu beeinflussen**.“

Die wesentliche Beeinflussung wird in Art. 2 lit. c UGP-Richtlinie mit einer spürbaren Beeinträchtigung gleichgesetzt. In Art. 8 UGP findet sich synonym auch der Begriff „erheblich beeinträchtigt“. Der deutsche Gesetzgeber hat diese Regelungen in §§ 3 Abs. 2, 2 Abs. 1 Nr. 8 UWG umgesetzt. Die drei Begriffe sind **Synonyme** für ein bestimmtes normatives Konzept. Liegt eine Verletzung eines UWG-Tatbestandes vor, muss stets eine **Abwägung** stattfinden, **ob die Ahndung der wettbewerbswidrigen Verhaltensweise im Verhältnis zu der mit ihr einhergehenden Beschränkung der Wettbewerbsfreiheit steht**. Denn wie bereits ausgeführt: Wenn der Unternehmer eine bestimmte Werbung nach § 8 Abs. 1 Satz 1 UWG unterlassen muss, verliert er einen Teil seiner wirtschaftlichen Handlungsfreiheit. Dieser Verlust kann wiederum eine Schwächung des Wettbewerbsprozesses bedeuten. Deshalb muss die Schwere des UWG-Verstoßes ins Verhältnis zur Beschränkung der Wettbewerbsfreiheit gesetzt werden. Eine praktisch

bedeutende Norm, die dies ausdrücklich umsetzt stellt § 5a Abs. 5 UWG dar. Vergleiche dazu den Übungsfall ab S. 44!

Art. 5 UGP-Richtlinie beruht schließlich auf einem **Stufensystem aus drei Generalklauseln**:

- (1) Abs. 1 regelt den allgemeinen Auffangtatbestand.
- (2) Nach Abs. 4 beruht die unlautere Geschäftspraktik entweder auf einer irreführenden oder aggressiven Werbung.
- (3) Abs. 5 verweist auf die Schwarze Liste der Per-se-Verbote.

IV. Die Schwarze Liste

Die UGP-Richtlinie zielt auf ein einheitliches wettbewerbliches Schutzniveau im Binnenmarkt. Im Widerspruch dazu steht, dass nach dem Spürbarkeitsprinzip im Einzelfall abgewogen werden muss, ob die Ahndung eines Wettbewerbsverstößes noch im Verhältnis zu der damit einhergehenden Wettbewerbsbeschränkung steht oder nicht. Denn durch Einzelfallentscheidungen nationaler Gerichte droht Rechtsunsicherheit. Die UGP-Richtlinie will dem abhelfen, in dem sie einen Katalog von Verhaltensweisen aufstellt, die **per se als unerlaubte Geschäftspraktiken verboten sind (Schwarze Liste, im Folgenden: SL)**. Dieser Katalog funktioniert im Einzelfall und im Umkehrschluss aus dem einzelnen Verbotstatbestand auch als (negative) **Safe Harbor-Regelung**.

Beispiel: Gemäß **Nr. 28 SL** gilt als unzulässige geschäftliche Handlung die in eine Werbung einbezogene unmittelbare Aufforderung an **Kinder**, selbst die beworbene Ware zu erwerben oder die beworbene Dienstleistung in Anspruch zu nehmen oder ihre Eltern oder andere Erwachsene dazu zu veranlassen (ähnlich Nr. 28 Schwarze Liste zur UGP-Richtlinie)

Das kritische Element liegt hier in der *unmittelbaren* Aufforderung (vgl. dazu BGH WRP 2014, 164 – Runes of Magic I), die die Kinder persönlich und unvermittelt zum Kauf bewegen soll. Denn in diesem Fall wird das typisch impulsive Verhalten der kindlichen Konsumenten ausgebeutet. Geht nun ein Verbraucherverband gegen einen Hersteller von Süßwaren mit der Begründung vor, dieser werbe im Kinderprogramm eines Privatsenders für Gummibären, deren Genuss bei Kindern ein Übergewicht verursachen könne, darf der Hersteller auf einen Umkehrschluss aus Nr. 28 verweisen. Solange er die Kinder nicht unmittelbar zum Erwerb der Süßwaren auffordert und sich mit seinem Produkt an das Lebensmittelrecht hält (§ 3a UWG), darf er sich an Kinder als Zielgruppe wenden. Denn Nr. 28 SL erfasst den Fall der Werbung gegenüber Kindern und beschränkt ihn auf die in der Norm genannten Voraussetzungen! Die **rechtliche Grundlage dieses Arguments liegt im Prinzip der Vollharmonisierung**: Die SL regelt bewusst das Mindest- aber auch das Höchstmaß des Schutzes im Einzelfall. Auf diese Weise fungiert Nr. 28 SL wie ein **sicherer Hafen (safe harbor)** für das eigene wettbewerbliche Handeln.

Die einzelnen Tatbestände der Schwarzen Liste sind sehr unterschiedlich und vielfältig. Für ihre Anwendung gelten jedoch **zwei Prinzipien**:

1. Bei Verwirklichung eines Tatbestandes der Schwarzen Liste darf die **Spürbarkeit** des Wettbewerbsverstoßes **nicht** geprüft zu werden.
2. Die Tatbestände sind **nicht** im Wege der **Analogie** oder **teleologischen Reduktion** anwendbar (hM., aber noch nicht höchstrichterlich geklärt!).

Diese beiden Grundsätze erklären sich aus folgendem systematischen Zusammenhang: Nach **§ 3 Abs. 3 UWG** sind die Tatbestände der Schwarzen Liste **stets unzulässig**. Dies bedeutet, dass es über den Wortlaut eines Tatbestandes der Schwarzen Liste nicht auf Spürbarkeit iSd. §§ 3 Abs. 2, 2 Abs. 1 Nr. 8 UWG ankommen kann. Dies erklärt sich gerade aus dem Zweck der SL, eine Abwägung über die Spürbarkeit im Einzelfall aus Gründen der Rechtssicherheit entbehrlich zu machen.

Art. 5 Abs. 5 UGP-RL trifft ergänzend folgende Regelung:

„Anhang I enthält eine Liste jeder Geschäftspraktiken, die unter allen Umständen als unlauter anzusehen sind. Diese Liste gilt einheitlich in allen Mitgliedstaaten und **kann nur durch eine Änderung dieser Richtlinie abgeändert werden.**“ Vgl. auch Erwägungsgrund 17 dritter Satz UGP-RL.

Dieses **Änderungsverbot** wird im UWG nicht erwähnt. Es muss daher über eine **richtlinienkonforme Auslegung des § 3 Abs. 3 UWG** im deutschen Recht umgesetzt werden. Das Änderungsverbot zielt jedoch auf die Wahrung des Per-se-Verbotscharakters der Tatbestände der SL. Dieser wird durch jede Art der Rechtsfortbildung im Wege der Analogie bzw. der teleologischen Reduktion gefährdet. Die **Analogie** führt nämlich zur Anwendung einer Norm über ihren Wortlaut hinaus; die **teleologische Reduktion** beschränkt den Anwendungsbereich einer Norm auf einen Sachverhalt, auf den diese ihrem Wortlaut nach eigentlich passt. Durch beide Institute **löst sich der Anwendungsbereich der Norm von ihrem Wortlaut**. Die Konsequenz liegt darin, dass der Leser der Norm nicht mehr aufgrund ihres Wortlauts auf ihren Anwendungsbereich schließen kann. Dies **widerspricht den Zielen der Vollharmonisierung**. Die **Analogie** gefährdete dabei **die Investitionssicherheit für Unternehmer** auf dem Binnenmarkt, weil für diese nicht erkennbar wäre, ob der Verbotsbereich der SL vom Wortlautverständnis der Tatbestände abhängt oder von teleologischen Überlegungen der Gerichte der Mitgliedstaaten im Einzelfall. Beispielsweise soll jeder belgische Unternehmer wissen, was ihn auf dem deutschen Markt im Hinblick auf Werbung gegenüber Kindern erwartet. Würde der Tatbestand der Nr. 28 SL aber durch die deutschen Gerichte im Wege der Analogie auf neue, ähnlich gelagerte Fälle ausgeweitet, drohte genau die Rechtszersplitterung, auf deren Bekämpfung das Prinzip der Vollharmonisierung zielt. Die **teleologische Reduktion** gefährdet hingegen das **Vertrauen der Verbraucher** in die

Jürgen Oechsler, Uni Mainz, UWG-Skript, 2019

Funktionsfähigkeit des Binnenmarkts. Der durchschnittliche Verbraucher iSd. § 3 Abs. 4 Satz 1 UWG versteht die Tatbestände der SL nämlich als juristischer Laie idR. nur entsprechend ihrem Wortsinn. Würden die einschlägigen Verbote im Einzelfall aber aufgrund von teleologischen Überlegungen des Gerichtes im Einzelfall nicht zu seinen Gunsten angewendet, könnte das Vertrauen des Verbrauchers in die Sicherheit und Funktionsfähigkeit des Binnenmarktes nachhaltig erschüttert werden. Dem beugt das Veränderungsverbot des Art. 5 Abs. 5 Satz 2 UGP-Richtlinie vor, das im Wege richtlinienkonformer Auslegung in das Verständnis von § 3 Abs. 3 UWG einehen muss. Allerdings ist zu beachten, dass **höchststrichterlich noch nicht entschieden** ist, ob ein solches Analogieverbot bzw. ein Verbot der teleologischen Reduktion besteht.

V. Der Aufbau des Unterlassungsanspruchs

Der Unterlassungsanspruch aus § 8 Abs. 1 Satz 1 UWG stellt die mit Abstand bedeutendste Anspruchsgrundlage im UWG dar. Er folgt folgendem Aufbau:

1. **Aktivlegitimation** des Anspruchstellers nach § 8 Abs. 3 UWG
2. Vorliegen einer **geschäftlichen Handlung** nach § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG.
3. **Unlauterkeit** der geschäftlichen Handlung nach § 3 oder § 7 UWG
4. Wiederholungsgefahr bzw. drohende Wiederholungsgefahr (§ 8 Abs. 1 Satz 1 und Satz 2 UWG)
5. Keine Verjährung nach § 11 UWG.

Im Einzelnen:

1. Aktivlegitimation

Der Gläubiger aus § 8 Abs. 1 Satz 1 UWG bedarf einer besonderen Anspruchsberechtigung, der **Aktivlegitimation**. Der Grund liegt darin, dass das UWG vor allem ein Marktordnungsrecht darstellt, das im Interesse der Allgemeinheit besteht (vgl. § 1 Satz 2 UWG). Aus Ordnungsnormen leiten sich aber nicht automatisch **subjektive Rechte** (Ansprüche, Forderungen) ab. Wer aufgrund des UWG vorgeht, tut dies deshalb nicht allein zum Selbstschutz, sondern auch zum Schutz der Marktordnung. Dadurch entsteht eine vor allem mit **§ 12 Abs. 1 Satz 2 UWG** verbundene **Missbrauchsgefahr**. Weil der Anspruchsberechtigte vom Schuldner Aufwendungsersatz für die Kosten seiner Abmahnung verlangen kann, drohen Popularklagen bzw. –abmahnungen, die allein von Gewinnerzielungsabsicht getragen sind. Darunter leidet wiederum die Freiheit des Wettbewerbs. Wenn ein Unternehmer nämlich wegen eines vergleichsweise geringfügigen Wettbewerbsverstoßes (Beispiel S. 6) durch eine Vielzahl von Abmahnungen und Klagen Nichtbetroffener überzogen werden könnte und mit entsprechenden Aufwendungsersatzforderungen

Jürgen Oechsler, Uni Mainz, UWG-Skript, 2019

rechnen müsste, drohte eine Lähmung des Wettbewerbs. Dadurch würde der unternehmerische Bewegungsspielraum gerade in einem Graubereich, innerhalb dessen die Rechtmäßigkeit bzw. Rechtswidrigkeit unternehmerischen Verhaltens nicht sicher beurteilt werden kann, eingeschränkt. Deshalb schränkt das Gesetz die Aktivlegitimation auf vier Personengruppen ein.

a) Mitbewerber (§ 8 Abs. 3 Nr. 1 UWG). Der Begriff ist in § 2 Abs. 1 Nr. 3 UWG definiert. Beachte, dass es sich um Unternehmen handelt, die mit *einem* oder mehreren Unternehmern als Anbieter oder Nachfrager von Waren oder Dienstleistungen in einem konkreten Wettbewerbsverhältnis stehen. Der Mitbewerber muss nicht unmittelbar *mit dem UWG-Täter* in Wettbewerb stehen. Mitbewerber ist ein Unternehmen, das nur überhaupt mit einem anderen in einem Wettbewerbsverhältnis steht. Das Erfordernis der **Konkretheit** versteht der BGH jetzt so (BGH GRUR 2014, 1114 – **nickelfrei**, Rn 17):

„Ein konkretes Wettbewerbsverhältnis setzt zwar ... nicht voraus, dass die Parteien auf der gleichen Vertriebsstufe tätig sind. Voraussetzung eines konkreten Wettbewerbsverhältnisses ist aber auch bei auf unterschiedlichen Vertriebsstufen tätigen Parteien im Regelfall, dass diese versuchen, gleichartige Waren oder Dienstleistungen (letztlich) innerhalb desselben Endverbraucherkreises abzusetzen.“

Praktisch bedeutet dies, dass der Mitbewerber mit anderen Unternehmen (nicht notwendig dem UWG-Täter) auf einem Markt um dasselbe Produkt konkurrieren muss. Dadurch entsteht das Problem des sog. **Stufenwettbewerbs**. Fraglich ist, ob ein Unternehmer einer Marktstufe bzw. eines ganz anderen Marktes berechtigt ist, gegen einen UWG-Täter vorzugehen.

Berühmtes historisches Beispiel BGH GRUR 1972, 553: Eine Kaffeerösterei wirbt mit dem Text: „Schenken Sie **Kaffee statt Blumen!**“ Ein Blumenhändler will als Mitbewerber dagegen vorgehen.

Sobald ein Unternehmer aber in seinem eigenen wettbewerbsrechtlichen Vorankommen durch die Handlung des UWG-Täters betroffen ist, muss er gegen diesen als Mitbewerber iSd. § 2 Abs. 1 Nr. 3 UWG vorgehen dürfen. Denn unter diesen Voraussetzungen droht keine Popularklage, sondern es besteht ein berechtigtes Interesse, die wettbewerbsrechtliche Zulässigkeit des Verhaltens der anderen Seite zu überprüfen. Eine mögliche **Begründung** dafür fand sich früher im Kommentar von Köhler/Bornkam ist aber nun dort gestrichen. Sie lautet wie folgt: Nach § 8 Abs. 3 Nr. 2 UWG kann ein wirtschaftlicher Interessenverband nur gegen einen UWG-Täter vorgehen, wenn die wirtschaftlichen Interessen seiner Mitglieder betroffen sind. Entsprechend darf dann auch ein einzelner Unternehmer gegen den UWG-Täter nur vorgehen, wenn seine eigenen wirtschaftlichen Interessen betroffen sind.

Vgl. dazu BGH (26. 1. 2017 - I ZR 217/15, GRUR 2017, 918 – **Wettbewerbsbezug**): Ein Anbieter von Beteiligung an geschlossenen Immobilienfonds und eine auf Kapitalmarktrecht spezialisierte Rechtsanwaltskanzlei, die im Internet zum Zwecke der Akquisition anwaltlicher

Beratungsmandate Pressemitteilungen zu dem Fondsanbieter veröffentlicht, sind keine Mitbewerber i. S. d. § 2 Abs. 1 Nr. 3 UWG. Grund: Allein der Umstand, dass die anwaltliche Beratung sich negativ auf die Geschäftstätigkeit des Fondsanbieters auswirken kann, stellt das Verleiht dem Dienstleistungsangebot der Anwaltsgesellschaft angeblich nicht den Charakter eines Wettbewerbsverhaltens. Andernfalls wäre eine ungebührliche Ausweitung der wettbewerbsrechtlichen Anspruchsberechtigung von Unternehmen gegenüber Anwälten zu befürchten. Aus der Begründung:

BGH Rn. 16: „... Nach der Rechtsprechung des Senats ist daher ein konkretes Wettbewerbsverhältnis anzunehmen, wenn zwischen den Vorteilen, die die eine Partei durch eine Maßnahme für ihr Unternehmen oder das eines Dritten zu erreichen sucht, und den Nachteilen, die die andere Partei dadurch erleidet, eine **Wechselwirkung** in dem Sinne besteht, dass der eigene Wettbewerb gefördert und der fremde Wettbewerb beeinträchtigt werden kann... **Nicht ausreichend** ist es allerdings, wenn die Maßnahme den anderen **nur irgendwie** in seinem Marktstreben betrifft. Eine bloße Beeinträchtigung reicht zur Begründung eines Wettbewerbsverhältnisses nicht aus, wenn es an jeglichem Konkurrenzmoment im Angebots- oder Nachfragewettbewerb fehlt... “

Rn. 20: „Im Streitfall besteht zwischen den von den Parteien angebotenen Waren und Dienstleistungen kein wettbewerblicher Bezug. Allein der Umstand, dass die anwaltliche Beratung der Beklagten sich negativ auf die Geschäftstätigkeit der Klägerin auswirken vermag, verleiht dem Dienstleistungsangebot der Beklagten nicht den Charakter eines Wettbewerbsverhaltens... Andernfalls wäre eine ungebührliche Ausweitung der wettbewerbsrechtlichen Anspruchsberechtigung von Unternehmen gegenüber Rechtsanwälten zu befürchten, weil das Unternehmen stets als Wettbewerber des Rechtsanwalts anzusehen wäre, wenn sich seine anwaltliche Tätigkeit - etwa durch die Beratung oder Prozessführung für einen Kunden - sich für das Unternehmen geschäftlich nachteilig auswirken kann. Auch würde der in § 8 Abs. 3 Nr. 1 UWG geregelten Anspruchsberechtigung im Bereich des Mitbewerberschutzes (§ 4 Nr. 1, Nr. 2 und Nr. 4 UWG) ihre eigenständige Bedeutung genommen, weil aus der beeinträchtigenden Wirkung der beanstandeten Handlung nicht nur die Unlauterkeit im Sinne der mitbewerberschützenden Tatbestände, sondern zugleich die Mitbewerbereigenschaft im Sinne des § 8 Abs. 3 Nr. 1 UWG folgte (vgl. Schmitt-Gaedke, [WRP 2016, 111, 112](#)).“

b) Unternehmensvereinigungen (§ 8 Abs. 3 Nr. 2 UWG). Beachte den Wortlaut: Auch Vereinigungen von Freiberuflern fallen darunter. Die Norm setzt eine **doppelte Seriositätsschwelle** voraus: Der Vereinigung muss (1) eine erhebliche Zahl von Unternehmen der gleichen Branche angehören und (2) sie muss personell, finanziell und sachlich seriös ausgestattet sein. Dadurch soll der Gründung sog. Abmahnvereine vorgebeugt werden, die nur auf den Anspruch aus § 12 Abs. 1 Satz 2 UWG als Einkommensquelle zielen. Die Aktivlegitimation setzt ferner voraus, dass die Handlung des UWG-Täters konkret (wirtschaftliche) **Interessen ihrer Mitglieder** berührt. Die **Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs e.V.** (Sitz Bad Homburg) ist eine der bekanntesten Vereinigungen dieser Art.

c) Verbraucherschutzverbände (§ 8 Abs. 3 Nr. 3 UWG). In Betracht kommen nur Rechtsträger, die die Voraussetzungen des § 4 UKlaG erfüllen. Dazu müssen sie in eine vom Bundesjustizamt geführte Liste eingetragen sein (im Internet einsehbar).

d) Industrie- und Handelskammern (§ 8 Abs. 3 Nr. 4 UWG). Es handelt sich um Körperschaften des öffentlichen Rechts mit Zwangsmitgliedschaft, deren Zwecksetzung in der Wahrung berufsständischer Interessen liegt.

2. Geschäftliche Handlung

Der Begriff ist in § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG sehr weit definiert (lies den Wortlaut!). Das Merkmal erfüllt vor allem **zwei Funktionen**:

1. Es grenzt das UWG gegenüber dem **allgemeinen Zivilrecht** ab. Liegt eine geschäftliche Handlung vor, wird vor allem die **Lehre vom eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb**, die auf einer Rechtsanalogie beruht und entsprechend subsidiär ausgestaltet ist, durch das UWG verdrängt.

2. Die Norm grenzt ferner Tätigkeiten aus, deren **Schwerpunkt in der Grundrechtsausübung** (Meinungs-, Presse-, Wissenschafts- oder Kunstfreiheit) liegen. Dabei gilt folgender Zusammenhang. Die Grundrechte werden im Wege der **praktischen Konkordanz** durch gegenläufige Prinzipien von Verfassungsrang konkretisiert. Für eine Grundrechtsbeschränkung durch das UWG sprechen dabei zwei Gesichtspunkte:

- a) die Schutzgebotsfunktion der Grundrechte der durch den Wettbewerbsverstoß betroffenen Verbraucher (Art. 14 GG) und
- b) die Pflichten der Bundesrepublik aus dem AEUV zur vertragsgetreuen Umsetzung der UGP-Richtlinie, die aus den Verpflichtungen nach Art. 23 Abs. 1 GG herrühren.

Eine geschäftliche Handlung liegt nur dann nicht vor, wenn die **Grundrechtsausübung den zentralen Gegenstand der Tätigkeit** darstellt (Beispiel: BVerfGE 102, 347; 107, 275 – **H.I.V. positive**).

In einer neueren Entscheidung verneint das **OLG München**, 27.7.2017 – U 2879/16, NZKart 2017, 538 eine geschäftliche Handlung auch bei der **Ausstrahlung eines werbefreien Hörfunkprogramms** auf UKW-Frequenzen **durch eine öffentlich-rechtliche Rundfunkanstalt**. Dieser Tätigkeit fehle der Bezug zum Absatz von Waren oder Dienstleistungen, da sie in Erfüllung des rundfunkrechtlichen Grundversorgungsauftrags erfolge. Der Begriff des Absatzes erfordere hingegen, dass das Produkt oder die Dienstleistung gegen ein Entgelt erbracht würden. Dies verneint das Gericht, da der Rundfunkbeitrag keine Gegenleistung in diesem Sinne sei (fällt pauschal an, ohnwo an den Umfang der Nutzung anzuknüpfen). Auch lässt das OLG das Argument nicht gelten, dass das Hörfunkprogramm dazu beitrage, den Sender insgesamt als Werbeplatz attraktiver zu gestalten. Man wird auch hier vor allem auf den Schwerpunkt der Tätigkeit abstellen müssen. Diese liegt bei der Ausstrahlung eines werbefreien Hörfunkprogramms aber deutlich im Bereich des Art. 5 Abs. 3 GG.

Dort, wo die Grundrechtsausübung einen Nebenaspekt der unternehmerischen Tätigkeit darstellt, kann die wertsetzende Bedeutung der betroffenen Grundrechte in mittelbarer Drittwirkung auch bei der Konkretisierung der Wettbewerbswidrigkeit des Verhaltens nach §§ 3 ff. UWG berücksichtigt werden. Eine geschäftliche Handlung liegt dann entsprechend vor.

Der **EuGH** versteht den Begriff der **Geschäftspraktiken von Unternehmen** gegenüber Verbraucher iSd. Art. 2 lit. d UGP-RL aus Gründen des wirksamen Verbraucherschutzes in sehr weitem Sinn. ZB. sieht er die Abtretung einer Forderung des Unternehmens an ein Inkassounternehmen als geschäftliche Handlung an (EuGH, 20.7.2017 – C-357/16, NJW 2017, 2980, Rn. 19). Wegen des vollharmonisierenden Charakters der UGP-Richtlinie schränkt dies die Möglichkeit ein, den Begriff der geschäftlichen Handlung bei einem Verhalten mit Grundrechtsbezug einzuschränken.

3. Wettbewerbsverstoß

Hier greifen vier verschiedene Regelungskomplexe:

- a) Die Normen, die auf die UGP-Richtlinie zurückgehen (§ 4a, § 5, § 5a und § 7 Abs. 2 Nr. 1 UWG)
- b) § 6 UWG, der auf die Werberichtlinie zurückgeht (§ 6 UWG).
- c) Die § 7 Abs. 2 Nr. 2 bis 4 UWG, die auf die Datenschutzrichtlinie zurückgehen.
- d) Normen, die allein auf deutsches Recht zurückgehen: §§ 3a, 4 und 7 Abs. 1 UWG.

4. Wiederholungsgefahr

Bei § 8 Abs. 1 Satz 1 UWG handelt es sich um einen **negatorischen Anspruch** (vergleichbar § 1004 Abs. 1 UWG). Dieser setzt kein Verschulden voraus, sondern stattdessen Wiederholungsgefahr. Dabei geht es um die Gefahr, dass sich ein in der Vergangenheit erfolgter Wettbewerbsverstoß (§§ 3 bis 7 UWG) in der Zukunft wiederholen kann. Im Rahmen einer ordentlichen Klage oder eines Antrags auf einstweiligen Rechtsschutz zählt die Wiederholungsgefahr zur Begründetheit. Sie ist materielle Voraussetzung des Unterlassungsanspruchs. § 8 Abs. 1 Satz 2 UWG erweitert den Begriff auf die sog. **Erstbegehungsgefahr**, die Gefahr nämlich, dass sich eine Verletzung der §§ 3 bis 7 UWG erstmals ereignen könnte.

5. Verjährung

Die Verjährung beträgt nach § 11 Abs. 1 UWG sechs Monate; beachte den Zeitpunkt für den Verjährungsbeginn in Abs. 2 der Norm. Da es sich beim UWG um Sonderdeliktsrecht handelt, sind die Normen über den Fristverlauf nach §§ 187 ff. BGB anwendbar.

VI. Besondere Rechtsfolgen

1. Beseitigungsanspruch, insbesondere Rückrufanspruch

§ 8 Abs. 1 Satz 1 UWG kennt auch einen Beseitigungsanspruch. Dieser setzt einen Wettbewerbsverstoß gegen §§ 3 bis 7 UWG und das **Andauern der daraus resultierenden Störung** voraus. Die Abgrenzung zwischen beiden kann Schwierigkeiten bereiten: Denn häufig zeitigt ein bereits begangener Wettbewerbsverstoß noch Nachwirkungen (Beispiel: Konkurrent B hat die unrichtige Behauptung aufgestellt, B erstelle seine Produkte mit Hilfe von Kinderarbeit in Madagaskar). Diese andauernde Wirkung muss mit Hilfe des Beseitigungsanspruchs (Gegendarstellungsanspruch) beseitigt werden. Gleichzeitig besteht in diesen Fällen regelmäßig die Gefahr einer Wiederholung für die Zukunft, der mit einem Unterlassungsanspruch begegnet werden muss.

Der BGH (BGH, 4.5.2017 - I ZR 208/15 – Luftentfeuchter, Rn. 28) misst der Unterscheidung keine große Bedeutung bei. Auf sie kommt es jedoch **in zwei Fällen** an:

(1) Der **Verfügungsgrund** für die einstweilige Verfügung wird im Falle des **§ 12 Abs. 2 UWG** ausdrücklich nur für einen Unterlassungsanspruch vermutet, nicht für einen Beseitigungsanspruch (entspricht der hM). Begründen lässt sich die gesetzgeberische Entscheidung damit, dass bei Eintritt des Zustandes nicht dieselbe Eilbedürftigkeit besteht wie bei der Verhinderung eines Wettbewerbsverstoßes. Denn idR hat es der Betroffene dahin kommen lassen; dann besteht jetzt auch für die Beseitigung *im Zweifel* kein große Eile. Hinzu tritt die Überlegung, dass die Rechtsfolge des Beseitigungsanspruchs teilweise nahe an die Naturalrestitution iSd. § 249 Abs. 1 BGB (Beseitigung des Unrechtszustandes) heranreichen. Dann besteht im Regelfall ein Interesse an einer sorgfältigen Klärung der Anspruchsvoraussetzungen. Die Eilbedürftigkeit kann auch deshalb nicht als Regelfall vermutet werden.

(2) Der **wettbewerbsrechtliche Rückrufanspruch** kann nur durch einen Beseitigungsanspruch begründet werden.

Beispiel: *B hat seinen Babytee mit der irreführenden Aufschrift „ohne Zucker“ auf jeder Flasche vertrieben. K verlangt von ihm Unterlassung des Vertriebs des Tees mit solchen Flaschen und „Rückruf“ der bereits in den Verkehr gebrachten Flaschen von den belieferten Händlern.*

Die Rückrufpflicht zielt auf die Beseitigung eines bestehenden Unrechtszustandes und ist deshalb nur als Beseitigungsanspruch begründbar. Der BGH geht davon aus, dass die Rückrufpflicht eine **Nebenpflicht zu der in die Zukunft gerichteten Unterlassungspflicht** darstellen kann. (BGH, 4.5.2017 - I ZR 208/15 – Luftentfeuchter, Rn. 26; mAnm. *Oechsler* LMK 2017, 394159). Dabei kommt es nicht darauf an, ob der Hersteller die faktische Möglichkeit iSd. § 275 Abs. 1 BGB hat, den Wettbewerbsverstoß vollständig zu beseitigen. Er muss jedoch alle „tatsächlich möglichen und zumutbaren Anstrengungen“ unternehmen, um dieses Ziel zu erreichen (BGH Rn. 29 und 32). Im Beispiel müsste er etwa die Händler kontaktieren und diese bitten, den verbotenen Hinweis auf den Flaschen zu beseitigen oder die Flaschen an ihn gegen Entschädigung zurückzusenden (Rn. 26). Zugrunde liegt das Prinzip von **Treu und Glauben** (§ 242 BGB): Trägt der UWG-Täter Verantwortung für eine Unterlassung seines rechtswidrigen Verhaltens in der Zukunft, dürfen die durch sein Tun gefährdeten Marktteilnehmer auch erwarten, dass er weitere für sie bestehende Gefährdungslagen beseitigt, die durch sein vergangenes Verhalten entstanden sind. Gibt der UWG-Täter auf eine Abmahnung eine strafbewehrte Unterlassungserklärung ab, verspricht er deshalb im Zweifel nach Treu und Glauben unter Berücksichtigung der Verkehrssitte (§ 157 BGB) mit, auch bestehende Gefährdungslagen zu beseitigen, soweit ihm dies möglich ist.

2. Auskunftsanspruch nach § 8 Abs. 5 UWG

Die Norm verweist auf § 13 UKlaG (Schönfelder Nr. 105, Taschenbuch Nr. 4). Dieser Anspruch steht nach § 13 Abs. 1 UKlaG zu:

- a) den qualifizierten Einrichtungen,
- b) den Verbänden zur Förderung gewerblicher und selbständiger Interessen und
- c) den Industrie- und Handelskammern.

Die **Mitbewerber** (§ 8 Abs. 3 Nr. 1 UWG) sind gerade **nicht** aktivlegitimiert. Grund: Es soll eine Ausforschung unter Konkurrenten vermieden werden; insbesondere soll der Auskunftsanspruch kein Kampfmittel im gegenseitigen Wettbewerb sein. Beachte noch: **Auskunftsansprüche** stellen in der Zivilrechtsordnung **seltene Ausnahmefälle** dar (Datenschutzpflichten der Auskunftspflichtigen):

§ 13a UKlaG: Zusendung unbestellter Ware oder der Erbringung unbestellter Dienstleistungen

§ 101 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 UrhG: Der Inhaber von Urheberrechten kann vom Verbindungsnetzbetreiber Auskunft über die Identität eines Kunden des Providers verlangen, der sein Urheberrecht verletzt hat.

3. Schadensersatzanspruch nach § 9 Satz 1 UWG

Der Schadensersatzanspruch richtet sich nach folgendem Aufbau:

a) Die **Aktivlegitimation** liegt nach § 9 S. 1 UWG allein beim Mitbewerber nach § 2 Abs. 1 Nr. 3 UWG

b) Voraussetzung ist eine **geschäftliche Handlung** § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG

c) Zu prüfen ist ein **Wettbewerbsverstoß** nach § 3 oder § 7 UWG.

d) **Haftungsbegründende Kausalität**: Der Wettbewerbsverstoß muss zurechenbar kausal zu einem Grundscha den beim Gläubiger (grundsätzliche Möglichkeit eines Vermögensschadens) geführt haben. Hier kommt es zunächst auf Kausalität iSd. Äquivalenztheorie an. Die Ursachensetzung muss dem Täter jedoch nach der **Lehre vom Schutzzweck der Norm** zugerechnet werden. Dies bedeutet, dass der Gläubiger mit dem von ihm erlittenen Vermögensschaden in den persönlichen und sachlichen Schutzzweck der verletzten UWG-Norm fällt. Schließlich muss ein Rechtswidrigkeitszusammenhang zwischen dem Wettbewerbsverstoß und dem eingetretenen Schaden bestehen. Im Schaden muss sich schließlich gerade der Unwertgehalt des Wettbewerbsverstoßes abbilden.

(BGH, 21.4.2016 – I ZR 276/14 = WRP 2016, 866 – **Lebens-Kost**) K betreibt ein elektronisches Branchenverzeichnis. Am 3.5.2013 ruft ein Mitarbeiter der K bei B an, die unter der Firma „Lebens-Kost“ Bioprodukte vertreibt. Vorher gab es zwischen K und B keine Kontakte. K bietet B die Aufnahme in das Branchenverzeichnis für 723 € an. B ist einverstanden. Als K der B jedoch die Rechnung über diesen Betrag zustellt, rechnet diese mit einem „Schadensersatzanspruch aus UWG“ iHv. 723 € auf und sagt, sie schulde nichts. Hat K einen Anspruch gegen B auf 723 €?

BGH Rn. 15 ff.: Der geltend gemachte Schaden fällt nicht in den Schutzzweck der verletzten Norm (§ 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG). Denn diese schützt den Angerufenen nicht vor der Überrumpelung am Telefon (wie etwa das Fernabsatzwiderrufsrecht) und erlaubt daher keine Rückgängigmachung des Vertrages. Sie schützt den Angerufenen lediglich davor, innerhalb der eigenen Wohnung bzw. des eigenen Unternehmens belästigt zu werden. Deshalb entspricht der Schaden nicht der im Vertrag versprochenen Vergütung, sondern liegt in einer möglichen, durch die Störung verursachten Vermögensbeeinträchtigung. Wie regelmäßig im Rahmen des § 9 UWG ist die Schadenshöhe daher schwer bezifferbar.

e) Verschulden nach § 276 Abs. 1 BGB

f) **Problem: haftungsausfüllende Kausalität**. Aus dem Grundscha den müssen sich konkret bezifferbare Vermögensschäden ergeben. Ist es im Einzelfall vergleichsweise leicht darzulegen und zu beweisen, dass ein UWG-Verstoß grundsätzlich durch Beeinflussung der Wettbewerbsverhältnisse einen Vermögensschaden beim Gläubiger bewirkt (haftungsbegründende

Kausalität), bereitet die genaue Bezifferung des durch die Irritation der Wettbewerbsverhältnisse entstandenen Wettbewerbsschadens (haftungsausfüllende Kausalität) Probleme. In diesen Fällen spricht man häufig von einem sog. **Marktverwirrungsschaden**. Bei ihm liegt es auf der Hand, dass durch die Störung der Wettbewerbsverhältnisse beim Gläubiger aus § 9 Satz 1 UWG ein Vermögensschaden entstanden sein muss. Beziffern lässt sich dieser praktische jedoch nicht.

Problembeispiel: *B1 erhebt von seinen Kunden teilweise keine Umsatzsteuer (Schwarzarbeit). Es liegt auf der Hand, dass der vor Ort tätige redliche Konkurrent K dadurch Einnahmen verloren hat, weil ein Teil seiner potentiellen Kunden zu B1 abgewandert sind. Die Zahl dieser Kunden und die Höhe der von diesen hypothetischerweise an K erteilten Aufträge lässt sich jedoch nicht beziffern. Denn nachträglich kann kein Beweis darüber geführt werden, ob sich diese Kunden an K gewandt hätten und ob sie diesem angesichts der anfallenden Umsatzsteuer gleich hohe Aufträge erteilt hätten.*

Unproblematisches Beispiel: *B2 hat die Ware des K durch unrichtige Tatsachenbehauptung gegenüber dem potenziellen Kunden K iSd. § 6 Abs. 2 Nr. 5 UWG rechtswidrigerweise verunglimpft. K ist bereit, als Zeuge auszusagen, dass er ursprünglich vorhatte, K mit einem Auftrag zu betrauen. Dabei ist unstreitig, dass K an dem Auftrag 100.000 € verdient hätte. Hier kommt ein Schadensersatzanspruch des K nach § 9 Satz 1 UWG iVm. § 252 Satz 1 BGB wegen entgangenem Gewinn unproblematisch in Betracht.*

Beachte:

Bei § 9 Satz 1 UWG handelt es sich um **Sonderdeliktsrecht**. Dies bedeutet, dass allgemeine Regelungen über Kausalität, Zurechnung und Schaden, die im BGB auf die §§ 823 ff. BGB angewendet werden, auch auf § 9 Satz 1 UWG Anwendung finden. Dies gilt für die Regeln über die Schadensberechnung (§§ 249 ff. BGB), insbesondere den Einwand des Mitverschuldens nach § 254 BGB sowie § 830 BGB.

§ 9 Satz 2 UWG dient schließlich dem Schutz der Presse als Institut iSd. Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG (**Presseprivileg**).

4. Gewinnabschöpfung nach § 10 UWG

Die Wirkung der Norm erinnert an §§ 687 Abs. 2, 681 Satz 2, 667 BGB und setzt wie diese Anspruchsgrundlage vorsätzliches Handeln voraus. Die Rechtsfolge zielt auf Abschöpfung des rechtswidrigen Gewinns eines UWG-Täters.

VII. Verfahrensrecht

1. Überblick

Der Gläubiger aus § 8 Abs. 3 Satz 1 UWG hat drei praktische Möglichkeiten gegen einen Wettbewerbsverstoß vorzugehen: durch Abmahnung nach § 12 Abs. 1 Satz 1 UWG, im Wege der

einstweiligen Verfügung nach §§ 935, 940 ZPO oder im Klageweg. Seine Überlegungen werden dabei von folgenden praktischen Überlegungen geleitet:

a) Erhebt der Gläubiger sofort Klage oder stellt einen Antrag auf einstweilige Verfügung, droht ihm **nach § 93 ZPO eine nachteilige Kostenentscheidung**, wenn der UWG-Täter den Antrag sofort anerkennt und **zuvor keine Veranlassung zur Klage gegeben** hat. Die lässt es ratsam erscheinen, gegen den UWG-Täter zunächst im Rahmen der Abmahnung vorzugehen. Lehnt der Täter diese ab, hat er Anlass zur Klage iSd. § 93 ZPO gegeben, und die Gefahr einer negativen Kostenentscheidung ist gebannt.

b) Ist absehbar, **dass der UWG-Täter die Abmahnung nicht annehmen wird**, bedeutet die Abmahnung eine unnötige Zeitverschwendung. Denn der Gläubiger muss dem Täter darin eine angemessene Frist zur Annahme der Abmahnung setzen. Während des Laufs dieser Frist kann der Täter sein schädigendes Handeln aber ohne weiteres fortsetzen. Hier empfiehlt sich ein Antrag auf einstweilige Verfügung, um das Verhalten des Täters rasch zu beenden.

c) Wirft das Verhalten des Täters eine **Grundsatzfrage** des UWG auf, ist der Klageweg am naheliegendsten. Eine sorgfältige rechtliche Würdigung, vor allem durch die Revisionsinstanz, ist hier das eigentliche Ziel der Parteien.

2. Zur Abmahnung

Die in § 12 Abs. 1 Satz 1 UWG geregelte Abmahnung stellt einen **außergerichtlichen Rechtsbehelf** dar. Regelmäßig besteht sie in einem Schreiben des Gläubigers an den UWG-Täter und hat folgenden Mindestinhalt:

- (1) Der Absender muss den Empfänger auffordern, ein **bestimmtes Verhalten** für die Zukunft zu unterlassen.
- (2) Der Absender muss den Täter auffordern, ein **Vertragsstrafeversprechen** nach § 339 Satz 2 BGB in einer vom Absender bestimmten Höhe für den Fall abzugeben, dass der Täter dem Unterlassungsversprechen zuwider handelt.
- (3) Der Absender muss dem Empfänger eine **Frist** für die Erklärungen nach (1) und (2) setzen.
- (4) Der Absender teilt dem Empfänger die Höhe seiner Forderung nach § 12 Abs. 1 Satz 2 UWG mit.

Die Abmahnung enthält unter Punkt 1 und 2 Anträge iSd. § 145 BGB, die der Abgemahnte annehmen kann. Diese Annahme heißt **strafbewehrte Unterlassungserklärung**. Die damit zustande kommende Vereinbarung über die Unterlassung (Punkt 1 der Abmahnung) wird auch als **Unterwerfungsvertrag** bezeichnet, da sich der Abgemahnte darin der Abmahnung der Gegenseite

Jürgen Oechsler, Uni Mainz, UWG-Skript, 2019

untewirft. Dadurch geht zunächst der Unterlassungsanspruch des Abmahnenden nach § 8 Abs. 1 Satz 1 BGB unter, da die Wiederholungsgefahr – eine materielle Voraussetzung dieses Anspruchs – entfällt. An seine Stelle tritt „**eine Novation in der Form eines abstrakten Schuldversprechens**“ nach § 780 BGB (BGHZ 130, 288, 297 – Kurze Verjährungsfrist; ähnlich *Köhler/Bornkamm*, UWG, 35. Auflage 2017, § 12 Rn. 1.155). Ein echter Vergleich nach § 779 Abs. 1 BGB liegt nicht vor, weil der Abmahnende selbst nicht iSd. § 779 Abs. 1 BGB nachgibt. Es lässt sich allenfalls von einer **vergleichsähnlichen Wirkung** sprechen. Damit entsteht ein abstrakter Zahlungsanspruch, der nicht mehr davon abhängt, ob das ursprüngliche Verhalten des Abgemahnten tatsächlich gegen das UWG verstieß. Ob ursprünglich ein Wettbewerbsverstoß bestand, darf daher nicht mehr geprüft werden.

Das **Vertragsstrafeversprechen** (Punkt 2) lässt im Verein mit dem Unterlassungsversprechen (Punkt 1) die Wiederholungsgefahr iSd. § 8 Abs. 1 Satz 1 UWG für eine Klage oder einen Antrag auf einstweilige Verfügung entfallen. Erhebt der Abmahnende dennoch Klage, wird diese als unbegründet (nicht etwa: unzulässig) abgewiesen!

Der Abmahnende hat einen Anspruch auf Ersatz der **erforderlichen Aufwendungen** nach § 12 Abs. 1 Satz 2 UWG (früher wurde hier auch auf einen Anspruch aus Geschäftsführung ohne Auftrag erkannt!). Der Erforderlichkeitsmaßstab nimmt dabei systematisch auf den Tatbestand § 670 BGB Bezug: Ersatzfähig sind nur Kosten die geeignet und erforderlich sind. Vor allem die Erforderlichkeit steht der Möglichkeit des Ersatzes verschwenderischer Ausgaben des Abmahnenden entgegen. Hier stellt sich etwa die Frage, ob **Rechtsanwaltskosten** ersetzt verlangt werden können. Dazu bestehen folgende Grundsätze: Bei einer Abmahnung darf der Aktivlegitimierte regelmäßig einen Rechtsanwalt einschalten (Grenze: Der Aktivlegitimierte ist selbst Rechtsanwalt mit Fachkenntnissen). Dies gilt auch, wenn der Aktivlegitimierte eine **eigene Rechtsabteilung** unterhält, wenn diese nicht mit Wettbewerbssachen befasst ist (BGH GRUR 2008, 928 – Abmahnkostenersatz). Ist die Rechtsabteilung auf Wettbewerbsstreitigkeiten spezialisiert, greifen zwei Überlegungen. (1) Der Aktivlegitimierte hält die Rechtsabteilung nicht vor, um dem Täter Abmahnkosten zu ersparen. Wer gegen das UWG verstößt, hat keinen Anspruch darauf, an den Investitionen des Aktivlegitimierten zu partizipieren. (2) Es gilt jedoch der Grundsatz „**neminem laedere**“ und der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz: Man darf dem anderen nicht mutwillig einen Schaden zu fügen. Im Zweifel muss daher die eigene Rechtsabteilung eingeschaltet werden (strittig).

Dem Aufwendungsanspruch kann ferner die **Einrede des Rechtsmissbrauchs nach § 12 Abs. 4 UWG** entgegenstehen. Das Institut der Abmahnung wird dabei missbraucht, wenn dieses zu reiner Gewinnerzielung eingesetzt wird oder nur deswegen, um dem Abgemahnten durch die

Geltendmachung des Anspruchs aus § 12 Abs. 1 Satz 2 UWG zu schaden. Letzteres spielt vor allem bei der **koordinierten Mehrfachabmahnung** eine Rolle. Es stellt keinen Missbrauch dar, wenn mehrere Mitbewerber voneinander unabhängig auf einen Wettbewerbsverstöß des Täters mit Abmahnung reagieren. Stimmen sich die Mitbewerber jedoch ab und mahnen den Täter mehrfach ab, liegt nach der Lebenserfahrung der Schluss nahe, dass es ihnen vor allem um eine Schädigung des Täters durch eine mehrfache Belastung mit den nach § 12 Abs. 1 Satz 2 UWG zu erstattenden Aufwendungen geht. Dann sind ihre Ansprüche nach § 8 Abs. 4 UWG gesperrt.

3. Einstweilige Verfügung

Der Gläubiger aus § 8 Abs. 1 Satz 1 UWG kann bei Gericht auch einen Antrag auf einstweilige Verfügung nach §§ 935, 940 ZPO stellen.

a) Zulässigkeit

1. **Zuständig** ist sachlich das Landgericht (§ 13 UWG) und **örtlich** am Niederlassungsort des UWG-Täters (§ 14 Abs. 1 UWG). Für die örtliche Niederlassungsfreiheit kennt § 14 Abs. 2 UWG bei der Klage des Mitbewerbers noch eine Ausnahme (Tatortregel). Die Regelung des § 14 Abs. 1 UWG zielt darauf, ein Gericht einheitlich mit dem Täterhandeln zu befassen. Dies ist regelmäßig das Gericht am Sitzort.

Beachte: Beide Zuständigkeiten sind **ausschließlich**, also zwingend. Die Parteien können sich **nicht nach § 39 ZPO** rügelos auf ein eigentlich unzuständiges Gericht einlassen. Dieses muss die Klage in einem solchen Fall aus unzulässig abweisen.

2. Der Antragsteller muss einen **Verfügungsanspruch** iSd. § 8 Abs. 1 Satz 1 UWG behaupten (in der Klausur muss die genaue Rechtsgrundlage genannt, nicht geprüft werden).

3. Der Antrag bedarf eines Verfügungsgrundes (**Eilbedürftigkeit**). Diese wird nach **§ 12 Abs. 2 UWG widerleglich vermutet**. Diese Vermutung kann bei sog. **dringlichkeitsschädlichem Verhalten** widerlegt werden. Dies ist insbesondere der Fall, wenn der Täter mit der einstweiligen Verfügung zu lange wartet. Referenz ist dabei die sechsmonatige Verjährungsfrist nach § 11 Abs. 1 UWG. Ein Zuwarten des Antragsstellers von drei bis vier Monaten nach dem Zeitpunkt des § 11 Abs. 2 UWG dürfte daher idR dringlichkeitsschädlich sein.

b) Begründetheit

Da der Verfügungsgrund nach § 12 Abs. 2 UWG vermutet wird, kommt es idR darauf an, ob der Verfügungsanspruch nach § 8 Abs. 1 Satz 1 iVm... UWG besteht.

c) Schutzschrift

Im Verfahren auf einstweiligen Rechtsschutz muss das Gericht den Gegner **nicht anhören** (§ 940 i.V.m. § 936 i.V.m. § 922 Abs. 1 ZPO). Grund: Die Anhörung verzögert das Verfahren und gibt der Gegenseite die Möglichkeit, wirkungsvolle Maßnahmen zu vereiteln. Es steht also **im freien Ermessen** des Gerichts, auf die bloße eidesstattlich versicherte Behauptung des Antragstellers hin zu entscheiden.

Dadurch entsteht aus Sicht des Antraggegners die Gefahr, von einer einstweiligen Verfügung überrascht zu werden, ohne dass er zu den tatsächlichen und rechtlichen Voraussetzungen des § 8 Abs. 1 Satz 1 UWG rechtlich gehört worden ist. Er muss dann die einstweilige Verfügung im Beschwerdeverfahren angreifen, was erhebliche Zeit und finanziellen Aufwand mit sich bringt.

Die Praxis erlaubt ihm daher, bei den nach §§ 13, 14 UWG zuständigen Gerichten eine **sog. Schutzschrift** zu hinterlegen. Dabei handelt es sich um ein formloses Schreiben, in dem ein Unternehmer vorbeugend Tatsachenbehauptungen und Rechtsansichten zur Rechtmäßigkeit seines Verhaltens niederlegt. Wird bei einem dieser Gerichte ein Antrag auf einstweilige Verfügung gestellt, ist das **Gericht verpflichtet**, das Schutzschreiben zu berücksichtigen, auch wenn es sich gegen eine Anhörung des Gegners nach § 922 Abs. 1 ZPO entscheidet. Dies gebietet der **Grundsatz des rechtlichen Gehörs** (Art. 103 Absatz 1 GG). Denn mit der Kenntnisnahme vom Inhalt der Schutzschrift verbindet sich nicht die Gefahr einer Vereitelung des Verfügungsanspruchs.

d) Abschlusschreiben

Nach Erlass der einstweiligen Verfügung kann ein weiteres langwieriges Verfahren dadurch verhindert werden, dass der Gegner die einstweilige Verfügung auf ein Abschlusschreiben des Klägers hin anerkennt. Dieses sog. **Abschlusschreiben** stellt eine **Sonderform der Abmahnung** zur Erwirkung einer **strafbewehrten Annahmeerklärung und zum Rechtsmittelverzicht** dar. Nimmt der Gegner durch **Abschlusserklärung** an, ist das Verfahren praktisch beendet: Der Gegner gibt die strafbewehrte Unterlassungserklärung ab, verzichtet auf weitere Rechtsmittel gegen die einstweilige Verfügung, und der Anspruchsberechtigte kann nicht weiter klagen, weil keine Wiederholungsgefahr mehr besteht. Es gelten dieselben Grundsätze wie im Falle des Unterwerfungsvertrags.

4. Klage

Im Rahmen der Zulässigkeit ist idR nur die sachliche (§ 13 UWG) und örtliche (§ 14 UWG) Zuständigkeit zu prüfen. Beachte noch einmal deren ausschließliche Wirkung! Stets ist an das Bestehen des Rechtsschutzbedürfnisses zu denken. Nicht immer sind Ausführungen in der Klausur dazu erforderlich

a) Feststellungsklage

Einen Sonderfall stellt die **Feststellungsklage** dar. Hier beantragt der Gläubiger aus § 8 Abs. 1 Satz 1 UWG die Feststellung eines Wettbewerbsverstößes. Weil das auf diese Klage hin ergehende Urteil (sog. Titel) nicht vollstreckt werden kann, ist die Klage weniger rechtsschutzintensiv und bedarf deshalb eines besonderen **Feststellungsinteresses nach § 256 ZPO**. Dieses ist in der Zulässigkeit zu prüfen und kennt zwei Voraussetzungen:

a) Der Antrag muss auf die **Feststellung eines Rechtsverhältnisses** (nicht die Beantwortung einer Rechtsfrage) gerichtet sein. Im UWG besteht das Rechtsverhältnis regelmäßig aus einem Anspruch aus § 8 Abs. 1 Satz 1 iVm. §§ ... UWG wegen eines bestimmten Verhaltens des Beklagten.

b) Ferner muss der Kläger ein **rechtliches Interesse** an der Feststellung haben. Dies ist der Fall, wenn dem Kläger eine **aktuelle Gefährdung seiner Rechte** droht. Dies ist denkbar, wenn der UWG-Täter seinerseits mit Klage droht, wenn der Kläger weiterhin einen UWG-Verstoß behauptet, wenn eine Schadensersatzklage der anderen Seite droht usw.

b) Negative Feststellungsklage

Einen Sonderfall stellt die **negative Feststellungsklage** dar. Hier geht der UWG-Täter gegen den vermeintlichen Gläubiger aus § 8 Abs. 1 Satz 1 UWG mit dem Antrag vor festzustellen, dass ein Anspruch aus §§ 8 Abs. 1 Satz 1 iVm. ... UWG wegen eines bestimmten Verhaltens nicht besteht.

Beachte: Hier findet die **Zuständigkeitsregelung des § 14 UWG spiegelbildliche Anwendung** (BGH GRUR 2012, 1273 – Stadtwerke Wolfsburg), dh. zuständig ist das Gericht am Niederlassungsort des Klägers. Denn nach dem Zweck der Norm kommt es stets auf den Niederlassungsort des UWG-Täters an. Dort soll das zuständige LG einheitlich sämtliche Verstöße des UWG-Täters beurteilen. Dies ist aber bei der negativen Feststellungsklage der Niederlassungsort des Klägers.

Ansonsten besteht bei der negativen Feststellungsklage das Feststellungsinteresse nach § 256 ZPO regelmäßig in der **Gefahr einer Abmahnung bzw. einer Klage durch die Gegenseite!**

B. BESONDERER TEIL

I. Aggressive Werbung

1. Spezialregelungen

1. Einen Sonderfall für **Kommunikationsmittel** regelt § 7 Abs. 2 Nr. 1 UWG der auf Nr. 26 SL zur UGP-RL zurückgeht: **hartnäckige Ansprache**; dazu ab S. 54)
2. **Zeitdruck** auf Verbraucher (SL Nr. 7)
3. **Sprachbarrieren** gegen Verbraucherrechte (SL Nr. 8)
4. Erwecken des Eindrucks, der **Verbraucher könne eine Räumlichkeit nur bei Abschluss eines Vertrages verlassen** (SL Nr. 25)
5. Maßnahmen, durch die der Verbraucher davon **abgehalten** wird, seine **Rechte** aus einem Versicherungsverhältnis geltend zu machen (SL Nr. 27)
6. **Vertrieb nicht bestellter Ware** (SL Nr. 29)
7. Drohung mit der **Gefährdung des Arbeitsplatzes**, wenn Ware nicht abgenommen wird (SL Nr. 30)

Entsprechend dem Per-Se-Charakter der Tatbestände der SL und ihrer daraus abgeleiteten Funktion als Safe-Harbor-Regelung (dazu S. 9 ff.) verdrängen diese Tatbestände den allgemeinen § 4a UWG in ihrem Anwendungsbereich (noch nicht höchstrichterliche geklärt).

2. § 4a UWG

§ 4a UWG setzt die Artt. 8 f. UGP-RL um, die im Rahmen der richtlinienkonformen Auslegung Bedeutung haben. Die Norm zielt auf den Schutz der informierten Verbraucherentscheidung nach §§ 3 Abs. 2, 2 Abs. 1 Nr. 8 UWG vor einer Beeinflussung durch Druck oder Gewalt. Bei der aggressiven Werbung versucht der Täter das Opfer durch **Ausbeutung von Gefühlen von einer rationalen und damit informierten Entscheidung** abzuhalten. Darin unterscheidet sich die Norm von §§ 5, 5a UWG: Dort wird der Verbraucher nicht an einer rationalen Entscheidung gehindert. Doch sorgt der Täter dafür, dass dem Verbraucher nicht die für eine informierte Entscheidung erforderlichen Informationen zur Verfügung stehen.

Im UWG existieren eine Reihe **Sondertatbestände aggressiver Werbung**:

- a) § 7 Abs. 2 Nr. 1 UWG.
- b) SL Nr. 7, 8, 25, 27, 29, 30

Der Anspruchsaufbau setzt im Falle des § 4a Abs. 1 Satz 1 UWG voraus:

a) eine aggressive geschäftliche Handlung (Abs. 1 Satz 1)

und

b) deren Eignung, den Verbraucher zu einer geschäftlichen Entscheidung zu veranlassen, die dieser andernfalls nicht getroffen hätte (Abs. 1 Satz 1).

Problem: Die zweite Tatbestandsvoraussetzung stellt eine Spürbarkeitskriterium dar, das sich bedauerlicherweise bei der Definition der aggressiven Handlung mehrfach wiederholt; denn:

- (1) Der **Begriff der aggressiven geschäftlichen Handlung** nach § 4a Abs. 1 Satz 2 UWG setzt seinerseits eine **erhebliche** Beeinträchtigung der Entscheidungsfreiheit des Verbrauchers voraus. Erheblich ist diese Beeinträchtigung aber nur, wenn sie potenziell geeignet ist, die Entscheidung des Verbrauchers zu beeinflussen, also ihn zu einer geschäftlichen Entscheidung zu veranlassen, die er andernfalls nicht getroffen hätte.
- (2) Die **unzulässige Beeinflussung** nach § 4a Abs. 1 Satz 3 UWG, der bedeutendste Einzelfall einer aggressiven geschäftlichen Handlung, setzt ebenfalls eine wesentliche Einschränkung der Entscheidungsfreiheit des Verbrauchers voraus.
- (3) Ein ähnliches Spürbarkeitskriterium besteht auch in § 4 Abs. 2 Nr. 3 UWG.

Wegen der vielfachen Wiederholung des Spürbarkeitskriteriums, empfiehlt sich folgender Aufbau:

1. Vorliegen einer aggressiven Handlung (Abs. 1 Satz 1)

- a) Legaldefinition in Abs. 1 Satz 2: Erhebliche Beeinträchtigung der Entscheidungsfreiheit eines Verbrauchers (§ 2 Abs. 2 UWG) oder eines sonstigen Marktteilnehmers (§ 2 Abs. 1 Nr. 2 UWG).
- b) Bestimmung der Art der aggressiven Vorgehensweise:
 - aa) **Belästigung** (§ 4a Abs. 1 Satz 2 Nr. 1): Überwindung von Widerstand beim Betroffenen, der eine bestimmte Handlung nicht will. In Abgrenzung zu Nr. 2 eher durch Hartnäckigkeit (vergleichbar § 7 Abs. 2 Nr. 1 UWG) als durch Zwangswirkung.
 - bb) **Nötigung**, einschließlich der Anwendung körperlicher Gewalt: Entfaltung einer Zwangswirkung, hinter der der Wille des Betroffenen zurücktritt. Hier kann mit Vorsicht auf das Verständnis des § 240 StGB zurückgegriffen werden.
 - cc) Den praktisch wichtigsten Tatbestand stellt die **unzulässige Beeinflussung** (§

4a Abs. 1 Satz 2 Nr. 3) dar. Eine Legaldefinition findet sich in § 4a Abs. 1 Satz 3 UWG: Es handelt sich um eine **Machtausübung**, die eine informierte Verbraucherentscheidung erheblich erschwert: Körperliche Gewalt wird nicht vorausgesetzt, wohl aber eine Druckausübung auf die Entscheidung nach §§ 3 Abs. 2, 2 Abs. 1 Nr. 8 UWG. Aus dem Wortlaut des § 4a Abs. 1 Satz 3 UWG (vgl. auch Art. 2 lit. j UGP-RL!) folgt, dass es nicht notwendig um den Einsatz körperlicher Gewalt gehen muss. Die Machtausübung muss jedoch aufgrund einer **Machtstellung** erfolgen. Diese kann in der einzelnen Situation bestehen (**situative Machtstellung**; Beispiel: der Werbetreibende spricht den Verbraucher unmittelbar nach dem Tod eines Angehörigen aktiv auf Bestattungsdienstleistungen an) oder sie kann sich aus einer etablierten sozialen Struktur ergeben (**strukturelle Machtausübung**). Wichtiger als diese Unterscheidung erscheint jedoch wie **Wirkung auf den Verbraucher**.

In jedem Fall lässt sich Folgendes ausführen:

- (a) Es muss sich um eine Stellung handeln, aus der heraus der Täter **einseitig** auf den Entscheidungsprozess des Verbrauchers nach §§ 3 Abs. 2, 2 Abs. 1 Nr. 8 UWG **einwirken** kann.
 - (b) Dabei ist gedanklich zwischen der **Machtausübung** und ihrer **Spürbarkeit** (Erheblichkeit) ihrer Ausübung zu unterscheiden.
- c) Prüfung der **Unlauterkeit bzw. der Aggressivität im Rahmen einer Gesamtbetrachtung** anhand der qualifizierende Elemente nach Abs. 2
- aa) Katalog des Abs. 2 Nr. 1 bis 4: Bei der Auslegung stets die Art. 2 lit. j, 8 und 9 UGP-RL beachten.
 - bb) Ausnutzung von Unglückssituationen oder ähnlichen Ausnahmelagen (Nr. 3); beachte leicht abweichenden Wortlaut in Art. 9 lit. c UGP-RL!
 - cc) Ausnutzung der Unerfahrenheit, Leichtgläubigkeit, Angst, Alter geistige und körperliche Schwächen (§ 4a Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 iVm Satz 3!)
 - dd) Hindernisse nicht vertraglicher Art, um die Ausübung von vertraglichen Rechten zu verhindern

ee) Drohungen mit rechtlich unzulässigen Handlungen: Beachtlich dürfte hier stets die Zweck-Mittel-Relation sein: Der Zweck der Drohung muss rechtmäßig sein und das eingesetzte Mittel. Ferner muss das Verhältnis von Mittel und Zweck gewahrt werden.

2) Erheblichkeit/Spürbarkeit

= Eignung, den Verbraucher zu einer geschäftlichen Entscheidung zu veranlassen, die er andernfalls nicht getroffen hätte (§ 4a Abs. 1 Satz 1 UWG)

= Erheblichkeit der Beeinträchtigung der Verbraucherentscheidung (§ 4a Abs. 1 Satz 2 UWG)

= wesentliche Einschränkung zur Ausübung der informierten Verbraucherentscheidung (§ 4a Abs. 1 Satz 3 UWG).

Es stellen sich folgen Fragen:

a) Ist eine **geschäftliche Entscheidung** iSd. § 2 Abs. 1 Nr. 9 UWG betroffen?

b) Wird erheblich in diese eingegriffen?

Art des Drucks, Verbreitung der Praxis auf dem Markt usw. Stets ist der Bezug zur informierten Verbraucherentscheidung zu wahren.

In dieser Struktur liegt nur ein Vorschlag, den Sie im Einzelfall flexibel handhaben sollten. Vgl. daher zwei Beispielsfälle:

Übungsfall 1 Regenwaldprojekt

(BGH GRUR 2007, 247 – Regenwaldprojekt I) Bei B handelt es sich um eine Brauerei, die mehrere Monate mit dem sog. „Krombacher Regenwaldprojekt“ warb. In verschiedenen Werbesendungen, vor allem aber auch im nachfolgend abgedruckten Werbebeleg verwendete sie dabei folgenden Text: „Schützen Sie 1 m² Regenwald. Die Krombacher Regenwald-Aktion läuft vom 01.05. bis 31.07. In diesem Zeitraum wird mit jedem gekauften Kasten Krombacher 1 m² Regenwald in Dzanga Sangha nachhaltig geschützt. Dies stellt der WWF Deutschland sicher.“

K, eine konkurrierende Brauerei, stört sich an dieser Kampagne und hat beim Landgericht, das für den Ort der Niederlassung von B zuständig ist, eine einstweilige Verfügung beantragt, in der sie sich auf § 4a UWG stützt. Hat ein Antrag auf dieser Grundlage Erfolg?

Lösungsvorschlag

Der Antrag des K auf Erlass einer einstweiligen Verfügung nach §§ 935, 940 ZPO gegenüber B ist erfolgreich, wenn er zulässig und begründet ist.

1. Zulässigkeit

Hinweis: Ausführungen zur Zulässigkeit i.d.R. knapp halten, es sei denn, es stelle sich eine echte Rechtsfrage, z.B. die nach einem gemäß § 12 Abs. 2 UWG dringlichkeitsschädlichen Verhalten.

a) Zuständig für den Antrag ist das Landgericht (§ 13 UWG) am Ort der gewerblichen Niederlassung des B (§ 14 UWG).

b) K behauptet einen Verfügungsanspruch aus § 8 Abs. 1 Satz 1 iVm. §§ 3, 4a Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 UWG.

c) Der Verfügungsgrund, die Einbedürftigkeit, wird nach § 12 Abs. 2 UWG widerleglich vermutet. Ein dringlichkeitsschädliches Verhalten auf Seiten des K ist nicht erkennbar.

2. Begründetheit

Wegen der unwiderlegten Vermutung des Verfügungsgrundes nach § 12 Abs. 2 UWG kommt es für die Begründetheit der Klage allein darauf an, ob K gegen B ein Anspruch aus § 8 Abs. 1 Satz 1 iVm. §§ 3, 4a UWG zusteht

a) Als unmittelbarer Konkurrent des B ist K aus § 8 Abs. 3 Nr. 1 UWG aktivlegitimiert.

Hinweis: Die Ausführungen an solchen Punkten knapp halten. Stellen Sie sich die Frage, ob es hier über eine Wiederholung der gesetzlichen Tatbestandsvoraussetzungen hinaus etwas zu erörtern gibt. Können Sie die Frage verneinen, stellen Sie die Voraussetzungen der Norm knapp fest. Zeit und Kraft brauchen Sie bei der Problemerkörterung wie der folgenden.

b) Fraglich ist jedoch, ob die Werbeaktion des B eine geschäftliche Handlung nach §§ 3 Abs. 1, 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG darstellt.

Hier liegt ein Problem vor. Deshalb muss im viergliedrigen Aufbau vorgegangen werden:

- 1. Formulierung des Problems*
- 2. Definitionsschritt*
- 3. Subsumtion des Sachverhaltes*
- 4. Ergebnisfeststellung*

Dies setzt voraus, dass das Verhalten des B iSd. § 2 Abs. 1 Nr. 3 UWG mit der Förderung des Absatzes zusammenhängt. In Betracht kommt vorliegend aber auch ein anderer inhaltlicher Zusammenhang, nämlich ein mögliches umweltpolitisches Engagement der B.

Der vorangegangene Absatz leistet den ersten Schritt in der viergliedrigen Subsumtion: die präzise Ausformulierung der Frage. Es folgt der Definitionsschritt, die Darstellung der für die Klärung der

Rechtsfrage geltenden Regeln. Hier greifen Wortlaut, System und Zweck (Savignyscher Auslegungskanon).

Nach dem Wortlaut des § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG stellt die Absatzförderung zunächst jedoch nicht zwingend den einzigen Zweck der Handlung dar. Das Tatbestandsmerkmal der geschäftlichen Handlung dient in erster Linie der Abgrenzung des UWG gegenüber dem Deliktsrecht, und dort gegenüber der Lehre vom eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb. Seine Bedeutung liegt darüber hinaus auch darin, eine Handlung, deren Schwerpunkt im Bereich der Grundrechtsausübung liegt, vom Normanwendungsbereich auszunehmen. So soll etwa wird verhindert, dass die Ausübung der Pressefreiheit durch leichtfertige Abmahnung eines Wettbewerbsverstoßes nach § 12 Abs. 1 UWG faktisch behindert werden kann. Vorliegend kommt keine Grundrechtsausübung in Betracht, wohl aber eine Tätigkeit mit Bezug zur Staatszielbestimmung des Art. 20a GG. Allerdings darf bei der Konkretisierung des § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG auch nicht der der UGP-Richtlinie zugrunde liegende Marktordnungsgedanke verkannt werden: Eine Handlung, deren Schwerpunkt in der Werbung und Vermarktung von Waren liegt, darf danach dem Anwendungsbereich des UWG nicht deshalb entzogen werden, weil sie daneben auch grund- oder verfassungsrechtlich geschützte Interessen berührt. Das UWG wäre andernfalls zu leicht zu umgehen. Der wertsetzenden Bedeutung der Grundrechte und des Verfassungsrechts kann in diesen Fällen stets auch bei der Konkretisierung der Unlauterkeit ausreichend Rechnung getragen werden.

Hinweis: Die Ausführungen zum Definitionsschritt sind bewusst etwas aufwendiger gehalten. An solchen Stellen kann man grundlegendes Systemverständnis demonstrieren. Es folgt nun der dritte Schritt, die eigentliche Subsumtion mit der Feststellung des Ergebnisses.

Vorliegend zielt die Handlung des B in ihrem Schwerpunkt auf den Absatz seines Bieres. Das damit einhergehende Bemühen um einen Schutz des Regenwaldes erscheint hingegen als Mittel, um diesen Absatz als Hauptzweck zu fördern. Der Absatzbezug steht damit eindeutig im Vordergrund. Eine geschäftliche Handlung liegt demnach vor.

3. Voraussetzungen des § 4a UWG

a) Aggressive Handlung nach § 4a Abs. 1 Satz 2 UWG

Fraglich ist, ob eine aggressive geschäftliche Handlung i.S.d. § 4a Abs. 1 Satz 1 UWG vorliegt. Diese setzt nach § 4a Abs. 1 Satz 2 UWG eine erhebliche Beeinflussung der Entscheidungsfreiheit des Verbrauchers oder sonstiger Marktteilnehmer voraus. In Betracht kommt vorliegend eine unzulässige Beeinflussung nach § 4a Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 UWG. Dies setzt die Ausnutzung einer Machtposition gegenüber den Verbrauchern voraus.

Fraglich ist, ob B vorliegend eine solche Machtposition ausgenutzt hat. Problematisch erscheint vor allem, ob sich eine einschlägige Machtposition aus dem Appell des B an das umweltpolitische Gewissen der Verbraucher ergeben kann. Dann müsste die Machtposition des B darauf gründen, einschlägige Skrupel bzw. Wertvorstellungen der Verbraucher aktivieren zu können.

Hinweis: Beachte beim nachfolgenden Definitionsschritt die Arbeit mit dem Savignyschen Auslegungskanon: Wortlaut-System-Zweck!

Fraglich ist deshalb, was unter einer Machtposition im Normsinne zu verstehen ist. Aus dem Wortlaut des § 4a Abs. 1 Satz 3 UWG geht hervor, dass es nicht zwingend auf die Anwendung oder Androhung von körperlicher Gewalt ankommt. Ausreichend ist vielmehr, dass von der Ausnutzung der Machtposition überhaupt ein Druck auf die andere Seite ausgeübt wird. Für das Erfordernis eines vglw. geringen Einwirkungsgrades auf den Verbraucher spricht auch ein systematischer Vergleich mit dem Fall der Belästigung nach § 4a Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 UWG. Bedeutsamer für das Normverständnis dürfte der durch das Merkmal der Druckausübung hergestellte systematische Bezug zum Erfordernis einer informierten Verbraucherentscheidung nach §§ 3 Abs. 2, 2 Abs. 1 Nr. 8 UWG sein. Denn in deren Schutz liegt ein zentraler Schutzzweck des UWG. Auf dem Markt kann sich das ökonomische effizienteste Angebot nämlich nur dann durchsetzen, wenn der Verbraucher eine rationale Nachfrageentscheidung auf der Grundlage möglichst umfassender einschlägiger Informationen treffen kann. Bei der Machtposition muss es sich daher um eine Position der Überlegenheit handeln, aus der dieser Prozess einseitig beeinflusst werden kann. Dabei erscheint es trotz des Wortlauts des § 4a Abs. 1 Satz 2 UWG („erheblich“) wegen der Unterschiede der sachlichen Fragestellungen geboten, die Tatbestandsvoraussetzungen der aggressiven Handlung von den Voraussetzungen der Spürbarkeit bzw. der Erheblichkeit der von der Handlung ausgehenden Druckausübung zu trennen.

Dies spricht zunächst für eine aggressive Handlung. Denn durch den Appell an das umweltpolitische Gewissen der Verbraucher kann B die Entscheidung der Verbraucher potenziell in eine andere Richtung lenken.

b) Spürbarkeit

Fraglich ist nur, ob die von der aggressiven geschäftlichen Handlung ausgehende Druckausübung auch spürbar ist. Nach § 4a Abs. 1 Satz 1 UWG muss die aggressive geschäftliche Handlung den Verbraucher zu einer geschäftlichen Handlung veranlasst haben, die dieser andernfalls nicht getroffen hätte. Der Normwortlaut erinnert an § 2 Abs. 1 Nr. 8 UWG und zielt wie dieser auf die Spürbarkeit der Beeinträchtigung einer informierten Verbraucherentscheidung. Die Spürbarkeit wird dabei durch § 4a Abs. 2 UWG näher qualifiziert.

Hinweis: Der systematische Standort des § 4a Abs. 2 UWG ist nicht ganz klar. Es kann um eine weitere rechtliche Qualifizierung der aggressiven Handlung gehen (weites Tatbestandsmerkmal) oder um die Spürbarkeit der von ihr ausgehenden Druckwirkung. Auch in dem Ihnen zur Verfügung gestellten Aufbauschema sind beide Interpretationsmöglichkeiten angedacht. Vorliegend lässt sich trennschärfer argumentieren, wenn man die Tatbestandsvoraussetzungen des § 4a Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 UWG und das qualifizierende Element Abs. 2 als Konkretisierung der Spürbarkeit trennt. Letztlich sind Sie in Ihrem Aufbau jedoch frei, soweit nur die Sachaspekte angesprochen werden.

Der Vergleich mit den Regelbeispielen der Nr. 2 und Nr. 3 spricht zunächst gegen eine spürbare Beeinträchtigung. Denn beide setzen eine erheblich stärkere Einwirkung auf das Verbraucherverhalten, etwa durch Beleidigung oder die Ausnutzung von Unglückssituationen, voraus. Die darin zum Ausdruck kommenden hohen Anforderungen entsprechen dem in Erwägungsgrund 6 Satz 2 UGP-Richtlinie zum Ausdruck kommenden Verhältnismäßigkeitsprinzip, das einer einseitigen Verwirklichung des Verbraucherschutzes zu Lasten der Wettbewerbsfreiheit entgegensteht. Deshalb genügt für eine aggressive Handlung nach § 4a Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 UWG nicht jedwede Einwirkung auf das Verhalten des Verbrauchers, sondern nur eine Einwirkung von erheblichem Beeinflussungspotential.

Vorliegend ist bereits die grundsätzliche Möglichkeit bejaht worden, dass moralischer Druck auf die Verbraucher ausgeübt wird, das Bier von B zu erwerben, um zugleich ein Stück Regenwald retten zu können. Durch die Tagespresse, aber auch durch das Engagement von Umweltschutzorganisation ist in der Bundesrepublik ein breites Publikum für Umweltbelange sensibilisiert worden. Dieser Effekt wirkt sich zugunsten von B jedoch nicht sonderlich stark aus. Die Nachfrage nach Bier findet in den großen Warenhäusern und Supermärkten weitgehend anonym und ohne konkreten Appell an das Umweltbewusstsein statt. Auch sind für den durchschnittlichen Verbraucher iSd. § 3 Abs. 4 Satz 1 UWG die absatzpolitischen Ziele der B viel zu gut zu durchschauen, als dass er sich von dieser ins Gewissen reden ließe. Deshalb entfaltet die Werbung des B höchstens minimale Ablenkungseffekte, wenn es um die Verbraucherentscheidung nach §§ 3 Abs. 2 Satz 1, 2 Abs. 1 Nr. 8 UWG über die zentralen Merkmale des Angebots von K (Preis, Warenqualität usw.) geht. Der B anzulastenden aggressiven Handlung fehlt daher die spürbare Wirkung auf die informierte Verbraucherentscheidung.

Hinweis: Der vorangehende Abschnitt entspricht dem dritten Prüfungsschritt in der Subsumtionslogik (Anwendung auf den Fall). Er zeigt, dass hier und im Definitionsschritt eigene Überlegungen, das eigene Judiz usw. entwickelt werden sollten. Konzentrieren Sie sich in Ihrer Klausur auf diese Stellen (Definitionsschritt/Anwendung auf den SV) und sparen Sie Zeit bei unproblematischen Punkten (wie etwa hier bei der Aktivlegitimation).

b) Zwischenergebnis

Eine aggressive Handlung liegt nicht vor.

4. Ergebnis

Der Anspruch besteht nicht.

III. Ergebnis

Der Antrag nach §§ 935, 940 ZPO ist zulässig, jedoch unbegründet.

Übungsfall 2 Kunden werben Kunden

(Hinweis: stammt aus einer Originalschwerpunktklausur)

Die Stadt A hat ein neues Thermalbad errichtet und will dessen Besuch unter anderem durch Laienwerber vermarkten. A will zu diesem Zweck Eintrittskarten für die Therme an nicht geschulte Verkaufspersonen ab 18 Jahren (Hausfrauen, Rentner, Studenten usw.) veräußern. Dabei besteht eine Mindestabnahmepflicht für Karten im Wert von 500 €, für die der Werber an A jeweils 400 € zu entrichten hat. Allerdings steht dem Werber kein Umtauschrecht zu, wenn ihm der Verkauf der Eintrittskarten an Dritte misslingt. Mit Blick auf das UWG hat man Skrupel, ob der Markt durch diese Art von Werbern nicht zu aggressiv iSd. § 4a UWG bearbeitet werden könnte. Lohnt es sich eine Schutzschrift beim LG A im Hinblick auf § 4a UWG zu hinterlegen?

Lösungsvorschlag

Die Hinterlegung einer Schutzschrift lohnt sich, wenn A dadurch die Nachteile einer gerichtlichen Entscheidung ohne mündliche Verhandlung auf der Grundlage der §§ 936, 922 Abs. 1 ZPO über einen gegen sie gerichteten Antrag auf einstweilige Verfügung nach §§ 935, 940 ZPO abwenden kann.

Hinweis: Der nachfolgende Absatz versteht sich als Definitionsschritt zur gerade aufgeworfenen Frage.

Die Schutzschrift schützt den Antragsgegner im Verfahren auf einstweilige Verfügung gem. §§ 935, 940 ZPO davor, dass das Gericht ohne mündliche Verhandlung entscheidet, was nach §§ 936 iVm. 922 Abs. 1 ZPO nach freiem richterlichen Ermessen möglich ist, um eine Verfahrensverzögerung oder -vereitelung zu verhindern. Eine gerichtlich hinterlegte Schrift muss das Gericht jedoch im Hinblick auf den verfassungsrechtlich verbürgten Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 103 Abs. 1 AEUV) beachten, da von ihr weder eine Verfahrensverzögerung noch eine Verfahrensvereitelung ausgeht, der Antragsgegner aber seine tatsächlichen und rechtlichen Gegeneinwände vorstellen kann.

Hinweis: Es folgt die Anwendung auf den Fall, die zu einer umfangreichen Prüfung führt.

Aus Sicht des A erscheint die Hinterlegung sinnvoll, wenn mit einem Antrag auf einstweilige Verfügung beim LG A zu rechnen ist und A sich mit der Schutzschrift gegen einen zulässigen und begründeten Antrag des Gegners verteidigen kann.

A. Zulässigkeit eines Antrags

A muss nach §§ 13, 14 Abs. 1 UWG mit einem Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung beim Landgericht in A rechnen.

Dabei kann ein Verfügungsanspruch aus §§ 8 Abs. 1 Satz 1, 3, 4a UWG behauptet werden, wobei der Verfügungsgrund nach § 12 Abs. 2 UWG vermutet würde.

B. Begründetheit

Wenn die Vermutung des Verfügungsgrundes nach § 12 Abs. 2 UWG nicht widerlegt werden kann, wäre der Antrag nach §§ 935, 940 ZPO begründet, wenn dem Antragsteller ein Unterlassungsanspruch nach §§ 8 Abs. 1 Satz 1, 3, 4a UWG zustünde.

I. Allgemeine Voraussetzungen

Dies kommt nur in Betracht, wenn dem Antragsteller eine Aktivlegitimation nach § 8 Abs. 3 UWG zusteht.

Fraglich ist, ob eine geschäftliche Handlung der A vor nach §§ 3 Abs. 1, 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG vorliegt. Dies setzt voraus, dass das Verhalten des B iSd. § 2 Abs. 1 Nr. 3 UWG mit der Förderung des Absatzes zusammenhängt. Zweifel daran bestehen, Zweifel bestehen, weil A als öffentlich-rechtliche Gebietskörperschaft verfasst ist und dabei Dienstleistungen einen kommunalen Betriebs vermarktet.

Ausgehend vom Marktordnungszweck des UWG müssen beim Handeln öffentlich-rechtlich verfasster Träger jedoch zwei Fälle unterschieden werden. Hoheitliches Handeln staatlicher Träger kann mangels Bezugs zur Absatztätigkeit nicht am Maßstab des UWG gemessen werden und stellt daher keine geschäftliche Handlung teil. Wird der Staat jedoch fiskalisch tätig, nimmt er also wie jeder andere Unternehmer am Wettbewerb teil, müssen für ihn auch die allgemeinen Marktordnungsregeln gelten. Vorliegend nimmt A keine hoheitliche Tätigkeit wahr, sondern vertreibt wie ein privater Träger seine Dienstleistungen im Bäderbereich. Dann muss für ihn auch das UWG anwendbar sein. Eine geschäftliche Handlung liegt danach vor.

II. § 4a UWG

1. Aggressive geschäftliche Handlung

Fraglich ist, ob eine aggressive geschäftliche Handlung i.S.d. § 4a Abs. 1 Satz 1 UWG vorliegt.

Diese setzt nach § 4a Abs. 1 Satz 2 UWG eine erhebliche Beeinflussung der Entscheidungsfreiheit des Verbrauchers oder sonstiger Marktteilnehmer voraus. In Betracht kommt vor allem eine unzulässige Beeinflussung nach § 4a Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 UWG. Dies setzt die Ausnutzung einer Machtposition gegenüber den Verbrauchern voraus. Wie aus § 4a Abs. 1 Satz 3 UWG hervorgeht, kommt es dabei nicht auf die Ausübung oder Androhung körperlicher Gewalt, sondern nur auf eine Druckausübung an. Damit ist die systematische Verbindung zum Zweck der §§ 3 Abs. 2, 2 Abs. 1 Nr. 8 UWG hergestellt, dem Verbraucher eine informierte Verbraucherentscheidung zu ermöglichen. Das UWG zielt dabei auf eine Ordnung der Marktverhältnisse, bei der das effizienteste Produkt auf dem Markt erfolgreich ist, weil der Verbraucher über seine Vorteile informiert ist und in seiner Nachfrageentscheidung nicht durch sachfremde Erwägungen beeinträchtigt ist. Vorliegend kommt jedoch gerade eine sachwidrige Beeinflussung durch Druckausübung in Betracht.

Die unzulässige Handlung der A könnte in der Einschaltung von Laienwerbern bestehen, da diese einerseits im Vertrieb ungeschult sind und andererseits von A unter erheblichen finanziellen Druck gesetzt werden. Dies impliziert die Gefahr, dass sich diese Werber vor allem an den eigenen Freundes-, Verwandten- und Bekanntenkreis wenden und dort Gefühle der persönlichen

Verbundenheit ausnutzen (BGH NJW 2006, 3203 – Kunden werben Kunden, Rn. 18). In der Leitentscheidung hält der BGH die Einschaltung von Laienwerbern grundsätzlich für zulässig, erkennt jedoch die Gefahr, dass durch eine zu hohe positive oder negative Anreizsetzung zum Vertrieb Laienwerber einen erheblichen leistungsfremden Druck auf Freunde, Verwandte und Bekannte ausüben können, weil ihnen aus geschäftlicher Unerfahrenheit andere Absatzmöglichkeiten verschlossen sind. Vorliegend droht die Gefahr, dass A neue Kunden nicht dadurch gewinnt, dass diese sich aufgrund einer informierten Verbraucherentscheidung nach §§ 3 Abs. 2, 2 Abs. 1 Nr. 8 UWG für das Angebot der A entscheiden, sondern weil die Laienwerber der A den Kunden gegenüber Gefühle persönlicher Verbundenheit, Schamgefühle, nein zu sagen bzw. den schlichten Wunsch der Kunden ausnutzen werden, dem Laienwerber einen Vorteil zukommen zu lassen (vgl. dazu BGH a.a.O. Rn. 19). Damit würde die gesetzliche Regelung, die dem effizientesten Angebot zum Markterfolg verhelfen will, ihre Wirkung verfehlen.

bb) Spürbarkeit

Fraglich ist, ob die Laienwerber die Schwelle der Spürbarkeit nach § 4a Abs. 1 i.V. § 2 Abs. 1 Nr. 8 UWG überschreiten werden. In § 4a Abs. 1 UWG ist die Spürbarkeit sowohl Voraussetzung des Verbotstatbestandes (Satz 1), als auch Tatbestandsmerkmal des Begriffs der aggressiven geschäftlichen Handlung (Satz 2). § 2 Abs. 1 Nr. 8 UWG stellt klar, dass die unterschiedlichen Wendungen in Satz 1 und 2 einheitlich auf das Spürbarkeitskriterium zielen.

Maßgeblich für die Konkretisierung der Spürbarkeit ist dabei der Vergleich mit den Regelbeispielen des § 4a Abs. 2 UWG. Das Gesetz setzt Umstände von einiger Schwere (vgl. § 4a Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 UWG) bzw. sogar eine Zwangslage (§ 4a Abs. 2 Satz 2 UWG) voraus. Dies entspricht Art. 9 lit. c UGP-RL (RL 2005/29/EG), der wegen seiner vollharmonisierenden Wirkung (Artt. 3 Abs. 4, 4 UGP-RL) hier als Auslegungshilfe zu beachten ist. Deshalb muss der mögliche Druck der Laienwerber auf die Freunde, Verwandten und Bekannten besonders groß sein. Dies setzt voraus, dass die positiven und negativen Anreize, die der Prinzipal gegenüber dem Laienwerber setzt, ein erhebliches Gewicht erreichen.

Der BGH hat in der Leitentscheidung aus dem Jahre 2006 eine Prämie i.H.v. 30 € im Hinblick auf den erforderlichen Einwirkungsgrad nicht ausreichen lassen. Diese allein genüge nicht, um die Laienwerber zu der erforderlichen aggressiven Art der Marktbearbeitung zu veranlassen (BGH a.a.O. Rn. 16 f.). Vorliegend tritt allerdings hinzu, dass Laienwerber geworben werden, die erfahrungsgemäß über vglw. kleine Einkommen verfügen: Hausfrauen, Studenten, Rentner. Wenn diese gegenüber A i.H.v. 400 € in Vorlage treten müssen, entstehen zwei Arten von Anreize: der erste liegt in der Verdienstmöglichkeit von 100 €, der zweite aber im Verlust der 400 €, der aus Sicht dieser Werber eine erhebliche negative Anreizsetzung auf die Laienwerber entfalten dürfte.

Dadurch droht die Gefahr, dass die Laienwerber einen ebenso erheblichen Druck auf die ihnen persönlich verbundenen Personen ausüben, von einer informierten Verbraucherentscheidung nach §§ 3 Abs. 2, 2 Abs. 1 Nr. 8 UWG abzuhalten. Dies wiederum entspricht eine erhebliche Beeinträchtigung der Entscheidungsfreiheit iSd. § 4a Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 UWG.

3. Beteiligung der A nach § 830 Abs. 2 BGB

A wird die aggressive Werbung gegenüber den Verbrauchern nicht in eigener Person betreiben. Fraglich ist, ob sie als Beteiligte nach § 830 Abs. 2 BGB für die aggressiven Werbepraktiken der Laienwerber verantwortlich wäre. Das UWG kennt nach herrschendem Verständnis keine allgemeine Störerhaftung, wie sie etwa im Bereich des Immaterialgüterrechtes Anwendung findet (BGH GRUR 2011, 152 – Kinderhochstühle im Internet I, Rn. 48). Deshalb ist – außerhalb von Spezialnormen (§ 8 Abs. 2 UWG) – eine Person nicht ohne eigenes Verschulden für die Wettbewerbsverstöße einer anderen verantwortlich. Allerdings wird auch im UWG für Täterschaft und Teilnahme gehaftet (allgemein jetzt, ohne ausdrückliche Erwähnung des § 830 BGB: BGH GRUR 2015, 1025 – TV-Wartezimmer, Rn. 16 f.). Dies spricht für die Anwendbarkeit des § 830 Abs. 2 BGB, weil es sich beim UWG um Sonderdeliktsrecht handelt. Eine Anstiftung nach § 830 Abs. 2 BGB setzt wiederum ein Bestimmen des Haupttäters zur Tat und den doppelten Anstiftervorsatz im Hinblick auf die Haupttat und die Anstiftung selbst voraus. Beides liegt bei A vor, sobald er sich wie vorliegend rechtliche bearten lässt. A würde ohnehin die Laienwerber objektiv zur Tat bestimmen und handelte mit Vorsatz im Hinblick auf den aggressiven Vertrieb der Ware, wenn er in Kenntnis der Problemlage dies Vertriebspraktik betreiben würde. A wäre danach verantwortlich.

4. Ergebnis:

Die geplante Vertriebsstrategie ist als aggressive geschäftliche Handlung nach § 4a Abs. 1 Satz 1 UWG unlauter, wofür A einstehen müsste. Ein Antrag nach §§ 935, 940 ZPO wäre deshalb zulässig und begründet, was A durch eine Schutzschrift nicht verhindern kann. A wäre daher zur Vermeidung dieses Verhaltens nicht aber zum Hinterlegen der Schutzschrift zu raten.

II. Irreführung nach § 5 UWG

1. Irreführungstatbestände der SL

Die **Irreführungstatbestände der SL** gehen dem allgemeinen Tatbestand des §§ 5, 5a UWG gegenüber als Spezialregelungen vor. Im Überblick handelt es sich um folgende Tatbestände:

1. Täuschung darüber, einem **Verhaltenskodex beigetreten** zu sein (SL Nr. 1)
2. Täuschung über **Billigung eines Verhaltenskodex** durch öffentliche Stelle (SL Nr. 3)
3. Täuschung über eine öffentliche Billigung oder **Genehmigung der eigenen Tätigkeit** (SL Nr. 4)
4. **Lockvogelangebote**, bei denen nur geringe Warenmengen gehalten werden = Täuschung über Günstigkeit des Gesamtangebots (SL Nr. 5)
5. Erfüllung mit **anderer als beworbener Ware** (SL Nr. 6)
6. Täuschung über **Verkehrsfähigkeit** der Ware (SL Nr. 9)
7. Täuschung darüber, dass gesetzlich bestehende Rechte auf einem **besonderen Entgegenkommen** des Unternehmers beruhen (SL Nr. 10)
8. Verstoß gegen das **Prinzip der Trennung von Werbung und redaktionellem Inhalt** (SL Nr. 11). Dazu noch unten.
9. Täuschung über eine **Gefahr und ihre Behebung** durch die Sache (SL Nr. 12)
10. Besonderer Fall der **Herkunftstäuschung** (SL Nr. 13)
11. Täuschung über **Geschäftsaufgabe** (SL Nr. 15)
12. Täuschung über die **Beeinflussungsmöglichkeit eines Glückspiels** (SL Nr. 16)
13. Täuschung über das **Gewinnen eines Preises** (SL Nr. 17)
14. Täuschung über die **Eignung einer Ware, Krankheiten zu heilen** (SL Nr. 18)
15. Täuschung über den **Marktpreis bzw. die Marktbedingungen** (SL Nr. 19)
16. Veranstaltung eines **Preis Ausschreibens, bei dem die Preise nicht vergeben werden** (SL Nr. 20)
17. Täuschung über die **Unentgeltlichkeit der Warenabgabe** (SL Nr. 21)
18. Täuschung über einen vermeintlichen **Vertragsschluss**, der tatsächlich noch nicht stattgefunden hat (SL Nr. 22)
19. Täuschung des Unternehmers, **Verbraucher** zu sein (SL Nr. 23)
20. Täuschung über die **Existenz eines Kundendienstes** in einem anderen Mitgliedstaat als dem Verkaufsort (SL Nr. 24)
21. Erweckung des Eindrucks, der **Verbraucher könne eine Räumlichkeit nur bei Abschluss eines Vertrages verlassen** (SL Nr. 25)

Entsprechend dem Per-Se-Charakter der Tatbestände der SL und ihrer daraus abgeleiteten Funktion als Safe-Harbor-Regelung (dazu S. 9 ff.) verdrängen diese Tatbestände den allgemeinen § 4a UWG in ihrem Anwendungsbereich (noch nicht höchstrichterlich geklärt).

2. Prüfung des § 5 UWG

- a) Angaben nach § 5 Abs. 1 UWG. Beachte die Erweiterung durch § 5 Abs. 3 UWG
- b) Fehlvorstellung auf Seiten der Verbraucher, wobei der **Horizont des § 3 Abs. 4 UWG** maßgeblich ist.
- c) **Spürbarkeit** folgt aus dem Tatbestandsmerkmal des § 5 Abs. 1 Satz 1 UWG „geeignet ist, den Verbraucher zu einer geschäftlichen Entscheidung...“ Der Begriff der geschäftlichen Entscheidung ist in § 2 Abs. 1 Nr. 9 UWG definiert. Erforderlich ist stets eine Gesamtbetrachtung: Schutz der wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit des Täuschenden (vgl. Erwägungsgrund 6 Satz 2 UGP-RL) muss abgewogen werden gegenüber dem Interesse an einer informierten Verbraucherentscheidung und dem daran anknüpfenden Funktionieren des Marktes.

Beispiele für fehlende Spürbarkeit:

Eine Firma iSd. § 17 HGB ist irreführend gestaltet. Unter ihr wurde jedoch über Jahren ein wertvolles Unternehmen geschaffen (sog. **wohlerworbener Besitzstand**; BGH GRUR 2012, 1273 – **Stadtwerke Wolfsburg**).

Das beworbene Produkt ist technisch so kompliziert, dass es in der Werbung verkürzt dargestellt werden muss (LG Düsseldorf, 18.2.2015 – 12 O 70/14).

2. Heilmittelwerbung

§ 3 Abs. 1 Heilmittelwerbegesetz (HWG): *Unzulässig ist eine irreführende Werbung. Eine Irreführung liegt insbesondere dann vor,*

1. wenn Arzneimitteln, Medizinprodukten, Verfahren, Behandlungen, Gegenständen oder anderen Mitteln eine therapeutische Wirksamkeit oder Wirkungen beigelegt werden, die sie nicht haben,...

Anspruchsgrundlage: §§ 8 Abs. 1 Satz 1, 3, 5 Abs. 1 Satz 1 UWG iVm. § 3 Abs. 1 Satz 2 HWG.

- a) Herstellerbehauptung
- b) Unrichtiges Verständnis durch die angesprochenen durchschnittlichen Verbraucher (§ 3 Abs. 4 Satz 1 UWG); beachte hier: Ärzte und Patienten. Die behauptete Heilwirkung des Präparats muss durch eine **randomisierte, placebokontrollierten Doppelblindstudie** nachgewiesen sein (dazu BGH GRUR 2013, 649 – **Basisinsulin mit Gewichtsvorteil**). Placebokontrolliert: Bei der Studie

darf nicht nur das getestete Medikament zum Einsatz kommen, sondern auch Placebos müssen verabreicht werden. Randomisiert: Die Verabreichung von Placebos muss nach dem Zufallsprinzip erfolgen. Doppelblindstudie: Sowohl die Testperson wie der Durchführende dürfen nicht wissen, ob ein Placebo oder das Medikament verabreicht wird.

c) **Spürbarkeit** (Abwägung): Wegen Gesundheitsbezugs gelten strenge Anforderungen bei der Vermeidung von Missverständnissen. Denn Verbraucher sind von Gesundheitsgefahren persönlich betroffen und reagieren auf Informationen besonders sensibel.

3. Sonderfälle in § 5 UWG

a) **Lockvogelangebote** nach § 5 Abs. 4 UWG.

b) Fälle der **Herkunftstäuschung nach § 5 Abs. 2 UWG**, die mit § 4 Nr. 3 lit. c und § 6 Abs. 2 Nr. 3 UWG (dazu S. 63) konkurriert. Diese Norm schützt die Verbraucher. §§ 4 Nr. 3 lit. c, 6 Abs. 2 Nr. 3 UWG den Konkurrenten vor Behinderung.

4. Das Trennungsprinzip und seine Verletzung

Nach einem allgemeinen Prinzip des Medienrechts müssen redaktionelle Inhalte von Werbung klar unterschieden; Schutzzweck:

- Verhinderung von Irreführung über den werblichen Charakter;
- Eindämmung des Einflusses von Finanziers auf die journalistische Berichterstattung.

Es bestehen **Spezialregelungen** in den Landespressegesetzen und dem Rundfunkstaatsvertrag.

Beachte daneben vor allem: **§ 3 Abs. 3 UWG iVm. SL Nr. 11**: Verboten ist der vom Unternehmer finanzierte Einsatz redaktioneller Inhalte zu Zwecken der Verkaufsförderung, ohne dass sich dieser Zusammenhang aus dem Inhalt oder aus der Art der optischen oder akustischen Darstellung eindeutig ergibt (als Information getarnte Werbung).

Keine analoge Anwendung des SL Nr. 11 auf andere Fälle anwendbar wie z.B. **Product Placement** in Kinofilmen wegen des Analogieverbotes.

Zweck der Nr. 11 SL: Die Adressaten treten der Werbung auf Grund der Verschleierung **unkritischer** gegenüber und **messen dem Werbetext größere Bedeutung bei**, als sie dies bei offenkundiger Werbung tun würden.

1. Redaktionelle Inhalte: Inhalte, die typischerweise Gegenstand journalistischer Berichterstattung sind (politisch, ökonomisch, kulturell). Entscheidend: § 3 Abs. 2 UWG = Werte des durchschnittlichen Verbrauchers, der diese Abschnitte in der Erwartung liest, journalistisch aufbereitete Informationen zu erhalten und nicht Werbung.

=> Werbecharakter darf **nicht erkennbar** sein. Maßgeblich ist der Horizont nach § 3 Abs. 4 Satz 1 UWG. Auch der **flüchtige Leser** (Passant, der am Kiosk schmökert) darf nicht getäuscht werden!

2. Finanzierung durch einen Unternehmer zu Zwecken der Verkaufsförderung. Jede Art der Unterstützung; es muss nicht nachgewiesen werden, dass der Unternehme eine bestimmte Aussage erkauft hat.

III. Irreführung durch Unterlassung nach § 5a UWG

1. Zur Dogmatik des § 5a Abs. 2 UWG

Die Norm beruht auf Art. 7 UGP-RL. Eine Besonderheit liegt darin, dass sie den Zwängen der Werbekommunikation in § 5a Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 UWG und Abs. 5 UWG besondere Rechnung trägt. Sie setzt damit den Rechtsgedanken des Art. 5 Abs. 3 Satz 2 UPG-Richtlinie um, der den Unternehmen die Möglichkeit einer Werbekommunikation ganz grundsätzlich erhalten will.

Problematisch gestaltet sich das **systematische Verhältnis zu § 5 UWG**. § 5a UWG ist immer anwendbar, wenn eine wesentliche Information (§ 5a Abs. 3 UWG) überhaupt nicht gewährt wird. Wird eine Information aber unrichtig wiedergegeben, liegt darin sowohl ein Fall der irreführenden geschäftlichen Handlung nach § 5 Abs. 1 Satz 1 UWG als auch der Irreführung durch Unterlassen (§ 5a Abs. 2 UWG). Beide Normen sind dann wohl nebeneinander anwendbar. Entscheidend kommt es darauf an, wo der Schwerpunkt des Verhalten liegt: in der Nichtinformation (dann § 5a Abs. 2 UWG) oder in der Handlung (dann § 5 Abs. 1 Satz 1 UWG). Es empfiehlt sich dann, die in erster Linie betroffene Norm zu prüfen und die andere gegen Ende der Klausur mit einem Hinweis auf den Gleichlauf der Ergebnisse kurz zu erwähnen. Sollte ein Fall die **Zwänge der Werbekommunikation** thematisieren, erscheint § 5a UWG schon wegen Abs. 5 die einschlägige Norm.

2. Zur Tatbestandsstruktur des § 5a Abs. 2 UWG

Ich empfehle zur Orientierung folgenden Aufbau:

a) Wesentliche Information iSd. § 5a Abs. 3 UWG

Die genannten Informationen werden nur dann als wesentlich angesehen, der Unternehmer seine Ware **anbietet** (vgl. den Wortlaut des § 5a Abs. 3 Satz 1 UWG).

Dabei kann es jedoch nicht um ein Angebot iSd. Rechtsgeschäftslehre gehen. Beachte nämlich Art. 7 Abs. 4 UGP-RL, wo von einer **Aufforderung zum Kauf** die Rede ist. Diese wiederum wird in Art. 2 Nr. i UPG-RL als kommerzielle Kommunikation definiert, die Merkmale des Produkts und den Preis so konkret angibt, dass der Käufer eine Nachfrageentscheidung treffen kann. Für dieses weite Verständnis spricht neben dem bei der richtlinienkonformen Interpretation zu beachtenden Gebot der Vollharmonisierung auch der Zweck des § 5a Abs. 2 Nr. 1 UWG: Denn der Schutz der informierten Verbraucherentscheidung ist als Thema nicht erst berührt, wenn der Verbraucher ein konkretes Angebot abgibt, sondern bereits dann, wenn er sich unter dem Eindruck einer Vorinformation des Unternehmers Gedanken über die Frage macht, ob er ein solches Angebot abgeben sollte. Deshalb fällt auch eine **Invitatio ad offerendum** unter das Tatbestandsmerkmal „angeboten“ in § 5a Abs. 3 UWG.

b) Vorenthalten iSd. § 5a Abs. 2 Satz 2 UWG

Beachten Sie bitte die einleitende Wendung bei § 5a Abs. 2 Satz 1 UWG: Unter Berücksichtigung aller Umstände darf die Information nicht an den Adressaten gelangen. Maßgeblich ist der Horizont des durchschnittlichen Verbrauchers nach § 3 Abs. 4 Satz 1 UWG. Auf dessen Fähigkeiten, aus den äußeren Umständen auf eine wesentliche Information zu schließen, darf der Unternehmer jedoch setzen.

c) Berücksichtigung der Zwänge der Werbekommunikation (§ 5a Abs. 3 Nr. 1 und Abs. 5 UWG)

Das Gesetz berücksichtigt vor allem in § 5a Abs. 2 Nr. 1 UWG die äußeren Zwänge kommerzieller Kommunikation (geringer Raum, um die Aufmerksamkeit der Verbraucher zu gewinnen, geringe Zeit, um die Werbebotschaft zu platzieren). Damit eine kommerzielle Kommunikation überhaupt möglich bleibt, darf der Unternehmer Mittel einsetzen, um dem Verbraucher die Information in anderer Weise zukommen zu lassen.

Übungsfall § 5a UWG

(Hinweis: Die Aufgabenstellung entspricht dem ersten Teil einer Original-Schwerpunktklausur. Wie Sie leicht feststellen können, folgt die Klausur dem Aufbauvorschlag nicht sklavisch, sondern variiert ihn leicht)

Unternehmer K verkauft Geräte der Unterhaltungselektronik über das Internet. Am 1. März 2017 beantragt er beim LG Mainz den Erlass einer einstweiligen Verfügung gegen Unternehmer B (niedergelassen in Düsseldorf). B betreibt eine Verkaufs- und Versteigerungsplattform im Internet, auf der nicht er selbst, sondern private bzw. unternehmerisch organisierte Drittverkäufer gebrauchte und neue Waren versteigern oder gegen einen Festpreis veräußern. Am 27. Februar 2017 hatte B in der Mainzer Allgemeinen Zeitung (MAZ) eine Anzeige geschaltet, in der sieben Haushaltsgegenstände abgebildet waren, die zu dort genannten Festpreisen auf seiner Plattform erworben werden konnten. Diese bezogen sich auf die Offerten von Drittanbietern, was dem Anzeigentext jedoch nicht zu entnehmen war. Darunter befand sich auch das Angebot eines Ultra HD Blu-ray-Players, der von einem US-amerikanischen Unternehmen ohne Filiale in Deutschland angeboten wurde und aus den Vereinigten Staaten geliefert werden sollte. Beim LG Mainz, das über den Antrag des K ohne mündliche Verhandlung entscheiden will, ist eine Schutzschrift des B hinterlegt. Darin weist B darauf hin, dass am unteren Rand der betreffenden Annonce folgende Zeile in Kleinschrift eingerückt war: „Sind Sie an näheren Informationen zu unseren Angeboten interessiert, senden Sie uns eine E-Mail an info@b-shopping.de. Wir antworten Ihnen gern.“ Ferner weist B in der Schutzschrift darauf hin, dass sein Unternehmen, vergleichbar dem Konkurrenten eBay, ausschließlich als Verkaufs- und Versteigerungsplattform für Drittanbieter allgemein bekannt sei und ein Verbraucher daher nicht auf den Gedanken komme, B selbst sei der Anbieter der Haushaltsgeräte. Wird der Antrag erfolgreich sein, wenn K ihn auf § 5a Abs. 2 Satz 1 UWG stützt?

Hinweis: Erwägen Sie die Möglichkeit eines Hilfsgutachtens, wenn Ihre Lösung nicht alle Probleme des Falles ausschöpfen sollte!

Lösungsvorschlag

Der Antrag nach §§ 935, 940 ZPO wird erfolgreich sein, wenn er zulässig und begründet ist.

I. Zulässigkeit

1. Zuständigkeit

Fraglich ist zunächst die Zuständigkeit des LG Mainz.

a) Örtliche Zuständigkeit

Die örtliche Zuständigkeit richtet sich ausschließlich nach § 14 UWG (arg. § 14 Abs. 2 Satz 1 UWG: „nur“; Köhler/Feddersen, in: Köhler/Bornkamm, UWG, 35. Aufl. 2017, § 14 Rn. 1), so dass insbesondere § 39 Satz 1 ZPO keine Anwendung findet. Nach § 14 Abs. 1 Satz 1 UWG ist der Ort der Niederlassung maßgeblich; dies wäre vorliegend Düsseldorf und nicht Mainz. Gemäß § 14

Jürgen Oechsler, Uni Mainz, UWG-Skript, 2019

Abs. 2 Satz 1 UWG kommt in den Fällen des § 8 Abs. 3 Nr. 1 UWG jedoch auch eine Zuständigkeit des Gerichtes am Begehungsort in Betracht.

aa) § 8 Abs. 3 Nr. 1 UWG

Fraglich ist daher, ob ein Fall des § 8 Abs. 3 Nr. 1 UWG vorliegt, K also als Mitbewerber agiert. Problematisch erscheint, dass K und B nicht unmittelbare Konkurrenten sind, da B selbst keine Unterhaltungselektronik veräußert, sondern nur eine Plattform betreibt, auf der dies erfolgt. Der Begriff des Mitbewerbers richtet sich nach § 2 Abs. 1 Nr. 3 UWG. Dem Normwortlaut entsprechend muss der Mitbewerber mit *einem* anderen Unternehmen in einem konkreten Wettbewerbsverhältnis stehen. Dies ist nach dem natürlichen Wortsinn zunächst nicht notwendig der Rechtsverletzer selbst. Nach hM. setzt der Begriff des Mitbewerbers daher nicht voraus, dass Verletzer und Berechtigter auf derselben Marktstufe tätig sind (*Köhler*, in: Köhler/Bornkamm a.a.O. § 2 Rn. 102). Der Zweck des § 8 Abs. 3 Nr. 1 UWG besteht vielmehr darin, Popularklagen zu verhindern, die darauf zielen, Aufwendungsersatzansprüche nach § 12 Abs. 1 Satz 2 UWG zu begründen. Angesichts dieses Zwecks liegt ein systematischer Rechtsgedanke im Anschluss an das in § 8 Abs. 3 Nr. 2 UWG genannte Merkmal des Eigeninteresses nahe: Wie die *Vereinigung* von Unternehmen für die Aktivlegitimation ein Interesse ihrer Mitglieder vorweisen muss, ist auch der *einzelne* Unternehmer auf ein eigenes Interesse an der Rechtsverfolgung angewiesen. Dieses ergibt sich nach der Rechtsprechung des BGH immer dann, wenn der Rechtsverletzer den Berechtigten durch das konkret beanstandete Verhalten in seinem Absatz tatsächlich behindern oder stören kann (BGH, Urt. v. 28.4.2016 – I ZR 23/15 – Geo-Targeting, Rn. 18). Dies ist vorliegend der Fall: Aus Sicht des K wird auf der Plattform des B durch den amerikanischen Anbieter des Ultra HD Blu-ray-Players Konkurrenzware offeriert. Der dabei möglicherweise begangene Wettbewerbsverstoß stellt eine Störung des Absatzes dar, die auch K betrifft. K ist somit Mitbewerber nach § 2 Abs. 1 Nr. 3 UWG und daher nach § 8 Abs. 3 Nr. 1 UWG aktivlegitimiert.

bb) Begehungsort

Nach § 14 Abs. 2 Satz 1 UWG ist das Gericht zuständig, in dessen Bezirk die Handlung begangen ist. Bei Druckschriften ist dies der Ort des Erscheinens sowie das regelmäßige Verbreitungsgebiet (*Köhler/Feddersen*, in: Köhler/Bornkamm a.a.O. § 14 Rn. 15). Folglich ist das Gericht am Ort des von der Werbung adressierten Marktes örtlich zuständig. Die MAZ erscheint in Mainz und ist gerade unter den Bewohnern der Stadt verbreitet. Findet der Wettbewerbsverstoß in einer Annonce der MAZ statt, ist er somit in Mainz begangen. Deshalb besteht für den Antrag des K eine örtliche Zuständigkeit in Mainz.

b) Sachliche Zuständigkeit

Sachlich ist nach § 13 Abs. 1 Satz 1 UWG das Landgericht zuständig.

2. Verfügungsanspruch

Der Verfügungsgrund könnte in einem Unterlassungsanspruch nach §§ 8 Abs. 1 Satz 1, 3, 5a Abs. 2 Satz 1 UWG bestehen.

3. Verfügungsgrund

Die Eilbedürftigkeit des Antrags wird nach § 12 Abs. 2 UWG widerleglich vermutet. Dringlichkeitsschädliche Umstände, die zu einer Widerlegung dieser Vermutung führen könnten, sind nicht ersichtlich.

II. Begründetheit

Wegen der nicht widerlegten Vermutung nach § 12 Abs. 2 UWG ist der Antrag bereits begründet, wenn K gegen B ein Anspruch aus §§ 8 Abs. 1 Satz 1, 3, 5a Abs. 2 Satz 1 UWG zusteht.

1. Aktivlegitimation

Als Mitbewerber nach § 8 Abs. 3 Nr. 1 UWG ist K aktivlegitimiert (s. oben).

2. Geschäftliche Handlung

Eine geschäftliche Handlung nach §§ 3 Abs. 1, 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG liegt vor.

3. Verletzung des § 5a Abs. 2 Satz 1 UWG

Fraglich ist, ob B den § 5a Abs. 2 Satz 1 UWG verletzt hat. Dazu müsste B dem Verbraucher eine wesentliche Information vorenthalten haben, die dieser benötigt, um eine informierte geschäftliche Entscheidung zu treffen, und deren Vorenthaltung geeignet ist, ihn zu einer geschäftlichen Entscheidung zu veranlassen, die er andernfalls nicht getroffen hätte.

a) Verschweigen einer wesentlichen Information

B könnte mit der Identität der Drittanbieter eine nach § 5a Abs. 3 Nr. 2 UWG wesentliche Information verschwiegen haben.

aa) Angebot

Voraussetzung ist zunächst, dass B Waren unter Hinweis auf deren Merkmale und Preis so angeboten hat, dass der Verbraucher das Geschäft abschließen kann. Problematisch erscheint zunächst, ob ein Angebot iSd. § 5a Abs. 3 UWG vorliegt. Dagegen könnte zunächst sprechen, dass

B die Leser der MAZ nur zur Abgabe eines Angebots auffordert (Invitatio ad offerendum). Danach liegt zumindest ein Angebot (Antrag) iSd. § 145 BGB nicht vor. Ausschlaggebend für das Normverständnis ist jedoch nicht allein der Wortlaut der deutschen Norm. Im Rahmen einer richtlinienkonformen Auslegung ist zu berücksichtigen, dass Art. 7 Abs. 4 UGP-Richtlinie (Richtlinie 2005/29/EG) eine Aufforderung zum Kauf voraussetzt, was dem natürlichen Wortsinne und der Definition des Art. 2 lit. i UGP-Richtlinie nach auch eine Invitatio ad offerendum erfasst (so auch EuGH GRUR 2011, 930 – Ving Sverige, Rn. 28 f. und 32 f.; Köhler, in: Köhler/Bornkamm a.a.O. § 5a Rn. 4.17 ff.). Angesichts der vollharmonisierenden Wirkung der Richtlinie (Artt. 4 und 3 Abs. 5 Satz 1 UGP-Richtlinie) ist davon auszugehen, dass auch der deutsche Gesetzgeber diesem Begriffsverständnis folgen wollte. Dafür spricht auch der in Abs. 2 Satz Nr. 1 ausdrücklich normierte Zweck des § 5a UWG, dem Verbraucher eine informierte Entscheidung nach §§ 3 Abs. 2, 2 Abs. 1 Nr. 8 UWG zu ermöglichen. Diese Möglichkeit setzt voraus, dass die Nachfrageentscheidung des Verbrauchers auf zutreffenden Informationen über die wesentlichen Leistungsmerkmale der Ware beruht. Denn nur dadurch ist sichergestellt, dass auf dem Markt das ökonomisch effizienteste Angebot erfolgreich ist. Dieser Regelungszweck ist aber bereits dann berührt, wenn sich der Verbraucher aufgrund einer Werbeannonce Gedanken über eine mögliche Nachfrageentscheidung macht. Gerade weil in der Anzeige die Ware und der Preis deutlich herausgestellt sind, kann der Verbraucher vorliegend eine konkrete Vorentscheidung in diesem Sinne treffen. Diese Vorentscheidung muss aber unter Beachtung von §§ 3 Abs. 2, 2 Abs. 1 Nr. 8 UWG getroffen werden. Ein Angebot iSd. § 5a Abs. 3 UWG liegt demnach vor.

bb) Vorenthaltene Information

B hat in der Annonce weder die Anschrift der Drittanbieter noch deren Identität iSd. § 5a Abs. 3 Nr. 2 UWG offenbart.

Hinweis: Bereits an dieser Stelle kann geprüft werden, ob B den Voraussetzungen des § 5a Abs. 5 UWG genügt hat. Die Norm zielt jedoch ihrem Wortlaut nach („Bei der Beurteilung, ob...“) auf eine Abwägung zwischen dem Marktordnungszweck des UWG und dem Schutz der Freiheit des Wettbewerbs im Einzelfall ab. Dies verweist sie systematisch eher in den Bereich der Spürbarkeit (Wesentlichkeit, Erheblichkeit), bei dem es gerade um diese Frage geht. Es stellt jedoch eine gleichwertige Leistung dar, wenn der Bearbeiter das Tatbestandsmerkmal „vorenthält“ in § 5a Abs. 2 Satz 1 UWG durch Abs. 5 der Norm konkretisiert.

b) Beeinträchtigung der informierten Verbraucherentscheidung (Gefahr der Erzeugung einer Fehlvorstellung auf der Verbraucherseite)

Fraglich ist, ob B durch das Verschweigen der wesentlichen Tatsache eine informierte Verbraucherentscheidung nach §§ 3 Abs. 2, 2 Abs. 1 Nr. 8 UWG beeinträchtigt. In seiner Schutzschrift führt er tatsächliche Gründe für eine gegenteilige Betrachtungsweise an.

aa) Berücksichtigung der Schutzschrift

Fraglich ist zunächst, ob das Gericht die Schutzschrift berücksichtigen darf. Dafür könnte der Anspruch des B auf rechtliches Gehör nach Art. 103 Abs. 1 GG sprechen (*Köhler*, in: *Köhler/Bornkamm aaO.* § 12 Rn. 3.40b). Durch die Schutzschrift kann ein Unternehmer vorbeugend dem Umstand Rechnung tragen, dass das Gericht über den Antrag auf einstweilige Verfügung gem. §§ 936, 922 Abs. 1 Satz 1 ZPO nach freiem Ermessen auf ohne Anhörung des Antragsgegners entscheiden kann. Dies ist vor allem zur Vermeidung von Verfahrensverzögerungen bzw. einer Vereitelung des Verfahrenszwecks möglich. Beide Gründe sind jedoch nicht durch die gerichtliche Befassung mit einer hinterlegten Schutzschrift berührt. Deren Inhalt muss das Gericht nach Art. 103 Abs. 1 GG in jedem Fall zur Kenntnis nehmen, da dadurch das Verfahren nicht beeinträchtigt wird.

bb) Beeinträchtigung der informierten Verbraucherentscheidung (Fehlvorstellung auf Verbraucherseite)

Fraglich ist, ob ein durchschnittlicher Verbraucher nach § 3 Abs. 4 Satz 1 UWG überhaupt insoweit keiner Fehlvorstellung unterliegt, als er von vornherein nicht damit rechnet, dass B selbst die Ware verkauft, sondern nur die einschlägige Verkaufsplattform betreibt. Maßgeblich ist auch hier das rechtlich geschützte Interesse an einer informierten Verbraucherentscheidung nach §§ 3 Abs. 2, 2 Abs. 1 Nr. 8 bzw. § 5a Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 UWG. In diese geht aber nicht nur die Überlegung ein, ob B selbst oder ein Drittunternehmen die Ware anbietet. Bedeutsam erscheinen auch die Vorstellungen des Verbrauchers darüber, um welche Art von Anbieter es sich genau handelt. Ohne weitere Vorgaben besteht nämlich die Gefahr, dass ein durchschnittlicher Verbraucher von inländischen Anbietern bzw. von Unternehmen aus dem Europäischen Wirtschaftsraum ausgeht. Mit dem Angebot eines amerikanischen Unternehmens, das aus den Vereinigten Staaten liefert, rechnet er in diesem Rahmen schon wegen der anderen Lieferbedingungen, insbesondere der veränderten Leistungszeit, nicht.

c) Spürbarkeit (Wesentlichkeit, geschäftliche Relevanz)

Das Vorenthalten der Information muss geeignet sein, die Verbraucherentscheidung zu beeinflussen und den Verbraucher nach § 5a Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 UWG zu einer Geschäftsentscheidung zu

veranlassen, die er andernfalls nicht getroffen hätte. Auch dieser Tatbestand ist im Zusammenhang mit dem rechtlich geschützten Interesse an einer informierten Verbraucherentscheidung nach §§ 3 Abs. 2, 2 Abs. 1 Nr. 8 bzw. 5a Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 UWG zu verstehen und setzt entsprechend die Spürbarkeit des Wettbewerbsverstoßes (*ebenfalls übliche Formulierung: geschäftliche Relevanz*) voraus.

Für Spürbarkeit spricht vor allem, dass das Gesetz selbst die Angabe nach § 5a Abs. 3 Nr. 2 UWG bereits als wesentlich bezeichnet. Hinzu treten praktische Überlegungen: Bei der Lieferung einer mangelhaften Sache durch den amerikanischen Verkäufer gestaltet sich die praktische Durchsetzung von Ansprüchen (etwa §§ 439 Abs. 1, 437 Nr. 1 BGB) schwerer; vor allem aber erscheint der Vollstreckungszugriff deutlich erschwert. Darin liegt ein Umstand, der die Nachfrageentscheidung des Verbrauchers beeinflusst.

Allerdings gebietet eine richtlinienkonforme Auslegung des § 5a Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 UWG mit Blick auf Erwägungsgrund 6 Satz 2 der UGP-Richtlinie, den Verbraucherschutz durch das Verhältnismäßigkeitsprinzip zu beschränken. In dessen Rahmen muss das gegenläufige Interesse an einem Erhalt der Wettbewerbsfreiheit auf der Unternehmenseite berücksichtigt werden. Zugrunde liegt die Überlegung, dass ein Übermaß an Verbraucherschutz die für den Wettbewerb erforderlichen Freiräume erheblich gefährdet. § 5a Abs. 5 UWG trägt diesem Aspekt dadurch Rechnung, dass bei der Beurteilung der Vorenthaltung wesentlicher Informationen den begrenzten Darstellungsmöglichkeiten innerhalb des verwendeten Kommunikationsmittels Rechnung getragen werden muss (Nr. 1) und es dem Werbetreibenden vorbehalten bleibt, dem Informationsinteresse des Verbrauchers außerhalb dieses Kommunikationsmittels Rechnung zu tragen (Nr. 2).

Fraglich ist, ob B diesen Anforderungen durch den in der Schutzschrift vorgetragenen Verweis auf eine Verbraucheranfrage durch E-Mail an die eigene Unternehmensadresse Rechnung getragen hat. Maßgeblich für das Verständnis des § 5a Abs. 5 UWG erscheint dabei der erwähnte Zweck, dem Unternehmer eine Werbekommunikation, die ja stets durch räumliche und zeitliche Beschränkungen gekennzeichnet ist, grundsätzlich zu ermöglichen. Bereits die auf Blickfangwirkung zielende graphische Gestaltung einer Annonce steht wohl der Möglichkeit entgegen, dass B die genauen Anschriften der sieben Anbieter nebst Firma aufführen könnte. Der dafür benötigte Platz würde es schlicht unmöglich machen, die Produkte selbst im Rahmen einer normal dimensionierten Anzeige herauszustellen. Die Rechtsprechung billigt daher dem Werbetreibenden die Möglichkeit zu, wegen solcher Detailangaben in seiner Annonce auf die

eigene Website zu verweisen, wo dann alle Details aufgeführt werden können (EuGH GRUR 2011, 930 – Ving Sverige, Rn. 59; BGH GRUR 2016, 399 – MeinPaket.de, Rn. 19 f.).

Fraglich ist, ob diesen Anforderungen auch eine Aufforderung genügt, die wesentlichen Informationen durch E-Mail-Anfrage beim Werbetreibenden zu erfragen. Dagegen spricht zunächst, dass der interessierte Verbraucher zu diesem Zweck seine E-Mail-Adresse, also personenbezogene Daten, preisgeben müsste. Damit könnte eine tatsächliche Hemmungswirkung für den Verbraucher einhergehen, die wesentlichen Informationen vom Werbetreibenden anzufordern. Während er beim Besuch der Website des Werbetreibenden anonym bleibt, müsste der Verbraucher nun mit einer Werbemitteilung auf seine E-Mail-Anfrage hin rechnen. Problematisch erscheint in diesem Zusammenhang, dass B den Verbrauchern nicht von vornherein die Möglichkeit eines Opting-Outs nach § 7 Abs. 3 Nr. 4 UWG einräumt, so dass diese sich nicht zeitgleich mit ihrer Informationsanfrage vor Werbebotschaften des B schützen können. Bedenkt man, dass B die Verbraucher hier ohne nennenswerte Mühe auf einer eigens eingerichteten Website informieren könnte, deren Adresse leicht im Anzeigentext zu benennen wäre, überschreitet der Anzeigentext die nach § 5a Abs. 5 Nr. 2 UWG bestehende Grenze erlaubter Werbekommunikation. Effiziente Wirkung erzielt der Verbraucherschutz nämlich nur, wenn der Verbraucher die nach § 5a Abs. 3 Nr. 2 UWG zur Verfügung zu stellende Information ohne tatsächliche oder rechtliche Nachteile einholen kann. Dies ist vorliegend nicht gewährleistet, so dass das Verschweigen der wesentlichen Information auch spürbar ist.

4. Wiederholungsgefahr und fehlende Verjährung

Es besteht die Wiederholungsgefahr iSd. § 8 Abs. 1 Satz 1 UWG, dass B künftig ähnliche Annoncen in der MAZ und anderen Tageszeitungen schaltet. Eine Verjährung nach § 11 UWG ist noch nicht eingetreten.

5. Ergebnis

Der Antrag ist zulässig und begründet. Er wird daher erfolgreich sein.

3. Bedeutung des § 5a Abs. 1 UWG

Entstehungsgeschichte: Die Norm geht auf ältere Vorlagen aus dem deutschen Recht zurück. In der UWG-Novelle 2015 hat der Gesetzgeber in § 5a Abs. 2 bis 6 UWG den Art. 7 UGP-RL umgesetzt, dabei aber in Abs. 1 die alte Norm aufrechterhalten. Wegen der **vollharmonisierenden Wirkung** der UGP-Richtlinie kann die Anwendung von Abs. 1 im Verhältnis Unternehmer-

Verbraucher **nicht** zu anderen Ergebnissen führen als die Anwendung von § 5a Abs. 2 bis 6 UWG
=> **drei Verständnismöglichkeiten:**

- (1) Abs. 1 als Generalklausel, die Abs. 2 bis 6 UWG iSd. der UGP-RL zusammenfasst, aber keine eigenständige Regelung enthält.
- (2) Abs. 1 gilt nur im Verhältnis zwischen Unternehmen (B2B); Gegenargument: Dazu müsste die Norm in § 4 UWG stehen.
- (3) Abs. 1 ist funktionslos; Gegenargument: Gesetzesauslegung ist stets auf möglichst umfassende Geltung der Norm gerichtet (ut magis valeat).

Praktischer Hinweis: Erwähnen Sie die Norm höchstens hilfsweise kurz gegen Ende der Klausur, wenn die allgemeine Rechtslage erfolgt ist.

4. Getarnte bzw. verschleierte Werbung nach § 5a Abs. 6 UWG

Vorgabe in Art. 7 Abs. 2 UGP-RL:

„Als irreführende Unterlassung gilt es auch, wenn ein Gewerbetreibender wesentliche Informationen gemäß Absatz 1 unter Berücksichtigung der darin beschriebenen Einzelheiten verheimlicht oder auf unklare, unverständliche, zweideutige Weise oder nicht rechtzeitig bereitstellt oder **wenn er den kommerziellen Zweck der Geschäftspraxis nicht kenntlich macht**, sofern er sich nicht unmittelbar aus den Umständen ergibt, und dies jeweils einen Durchschnittsverbraucher zu einer geschäftlichen Entscheidung veranlasst oder zu veranlassen geeignet ist, die er ansonsten nicht getroffen hätte.“

Zwecke des Tatbestandes:

1. Der Verbraucher soll im Rahmen der informierten Verbraucherentscheidung nach §§ 3 Abs. 2, 2 Abs. 1 Nr. 8 UWG frei darüber entscheiden, ob er Werbeinhalte zur Kenntnis nehmen will oder nicht. Verschleierte Werbung nimmt er jedoch unfreiwillig intensiver zur Kenntnis als Werbeinhalte, die äußerlich als solche gekennzeichnet sind. Der damit verbundene Vorteil für den Werbetreibenden kann zu einer unsachlichen Beeinflussung der Verbraucherentscheidung führen.
2. Werbeaussagen misst der Verbraucher im Rahmen seiner Entscheidung nach §§ 3 Abs. 2, 2 Abs. 1 Nr. 8 UWG nicht dieselbe Bedeutung zu wie sonstigen Informationen. Erkennt er die **Interessengeleitetheit einer Information** daher nicht, ist der Schutzzweck des § 5a Abs. 6 GWB ebenfalls berührt, weil die Gefahr besteht, dass der Verbraucher **den Wert einer Information zu Unrecht überbewertet**.

Aufbau:

1. Geschäftliche Handlung iSd. § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG
2. Kommerzieller Zweck der geschäftlichen Handlung = objektiver Zweck ist die Absatzförderung

3. Ergibt sich nicht unmittelbar aus den Umständen: Verständnis der Verbraucher nach § 3 Abs. 4 UWG maßgeblich. Nicht erforderlich ist das aktive Verschleiern: vgl. Wortlaut jArt. 7 Abs. 2 UGP-Richtlinie. Es darf auch kein Kenntlichmachen vorliegen. Dann ergibt sich der kommerzielle Zweck für den Verbraucher. Hier liegt meist der **kritische Punkt der Klausur**. Maßgeblich für das Verständnis der Horizont eines durchschnittlichen Verbrauchers nach § 3 Abs. 4 Satz 1 UWG. Stets muss geprüft werden, ob dessen informierte Entscheidung nach §§ 3 Abs. 2, 2 Abs. 1 Nr. 8 UWG beeinträchtigt wird.
4. Eignung, den Verbraucher zu einer geschäftlichen Handlung zu veranlassen, die er andernfalls nicht getroffen hätte: **Erheblichkeitsschwelle**. Der Wortlaut erinnert nicht ohne Grund an das Spürbarkeitskriterium nach § 2 Abs. 1 Nr. 8 UWG. Hier können vor allem die Zwänge der Werbekommunikation eine Rolle spielen.

4. Abgrenzung zwischen § 5 und § 5a UWG

1. Fallgruppe: Der Verletzer informiert die Verbraucher **unrichtig**. Dieser fällt sowohl unter § 5 UWG (Irreführung durch unrichtige Information) als auch unter § 5a UWG (Verschweigen einer wesentlichen Information) => Kein Sachunterschied zwischen den Fallgruppen.

2. Fallgruppe: Der Verletzer informiert die Verbraucher in einem wesentlichen Punkt **gar nicht**. Hier liegt ein Fall des § 5a Abs. 1 UWG vor und nicht des § 5 UWG.

IV. § 7 UWG

1. Belästigung (§ 7 Abs. 1 UWG)

Die Norm beruht auf deutschem Recht und schöpft die durch **Erwägungsgrund 7, Sätze 3 bis 5 UGP-RL** eröffnete Regelungsmöglichkeit aus:

³*Sie (die UGP-Richtlinie, Anm. J.O.) bezieht sich nicht auf die gesetzlichen Anforderungen in Fragen der guten Sitten und des Anstands, die in den Mitgliedstaaten sehr unterschiedlich sind.*

⁴*Geschäftspraktiken wie beispielsweise das **Ansprechen von Personen auf der Straße zu Verkaufszwecken** können in manchen Mitgliedstaaten aus kulturellen Gründen unerwünscht sein.*

⁵*Die Mitgliedstaaten sollten daher im Einklang mit dem Gemeinschaftsrecht in ihrem Hoheitsgebiet weiterhin Geschäftspraktiken aus Gründen der guten Sitten und des Anstands verbieten können, auch wenn diese Praktiken die Wahlfreiheit des Verbrauchers nicht beeinträchtigen.*

Es geht um Belästigungen der Verbraucher als solche, **ohne dass durch sie eine informierte**

Entscheidung nach §§ 3 Abs. 2 iVm. 2 Abs. 1 Nr. 8 UWG beeinflusst wird. **Beachte bei der Auslegung:** § 7 Abs. 1 Satz 1 UWG setzt eine Erheblichkeitsschwelle voraus („unzumutbar“), während die Sondertatbestände des Abs. 2 diese nicht kennen.

Anwendungsfälle:

- Fälle unerwünschter Werbung, die von Abs. 2 nicht erfasst werden (Briefkastenwerbung trotz Aufklebers „Bitte keine Werbung einwerfen“).
- Haustürvertrieb; beachte: Aus § 312b BGB folgt nicht, dass der Haustürvertrieb generell erlaubt wäre.
- Werbeansprache auf öffentlichen Plätzen (vgl. UGP-RL Erwägungsgrund 7 Satz 3; oben).

2. Werbung mit Kommunikationsmitteln nach § 7 Abs. 2 und 3 UWG

a) § 7 Abs. 2 Nr. 1 UWG

§ 7 Abs. 2 Nr. 1 UWG: **hartnäckige Werbung** -> geht auf SL Nr. 26 der UGP-RL (nicht SL des UWG!) zurück. **Konsequenz:** Tatbestand muss wie alle übrigen Tatbestände der SL behandelt werden, also

- a) keine Spürbarkeit erforderlich und
- b) keine Analogien möglich.

Problem: Was ist eine **hartnäckige Ansprache**. Anhang I Nr. 26 UGP-Richtlinie („persistent, répété, ripertute“), => **wiederholte Ansprache**, nicht eine besonders intensive oder sonst aggressive. Verbraucher muss diese Art der Werbung **ausdrücklich nicht** wünschen. **Grund:** § 7 Abs. 2 Nr. 1 UWG setzt anders als § 7 Abs. 1 Satz 1 UWG **keine Erheblichkeitsschwelle** voraus, so dass jede unter die Norm fallende Begehungsform **per se** verboten ist => Der entgegenstehende Wille des Verbrauchers muss also **ohne jeglichen Interpretationsspielraum** und **unmissverständlich** sein.

Tatbestand ist **subsidiär** gegenüber § 7 Abs. 2 Nr. 2 und 3 UWG, weil beide Normen bereits Sonderfälle der hartnäckigen Ansprache erfassen und auf das unionsrechtlich harmonisierte Datenschutzrecht zurückgehen. Dies entspricht Art. 3 Abs. 4 der UGP-Richtlinie.

b) § 7 Abs. 2 Nr. 2 bis 4 UWG entsprechen Art. 13 der Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation: RICHTLINIE 2002/58/EG (ePrivacy-Richtlinie)

Konsequenz: Es geht nicht um die spürbare Beeinflussung der informierten Entscheidung, sondern

um **informationelle Selbstbestimmung** (Datenschutz).

Nr. 2 = Art. 13 Abs. 2 RL: **Telefonwerbung**

Nr. 3 = Art. 13 Abs. 1: **E-Mail-Werbung** mit Opt-Out (Abs. 3)

Nr. 4 = Art. 13 Abs. 4: **Identitätsverschleierung**, Fehlen der Transparenz im Hinblick auf § 6 TMG und fehlende Adresse.

Der Belästigungseffekt beruht auf folgenden Faktoren:

1. Die Werbenachricht erreicht den Adressaten **unmittelbar und persönlich**, was Werbung sonst nicht gelingt.
2. Der Adressat wird von Telefonwerbung **überrumpelt**, weil er auf sie nicht gefasst ist.
3. Der Adressat bringt die **Kosten für eine Telefonanlage** nicht auf, um einem Unternehmen eine Werbeplattform zu bieten.
4. Die **Funktionsfähigkeit der Telefonanlage** leidet darunter, wenn sämtliche Interessenten zu dieser Art der Werbung übergehen können.

Eine **Einwilligung** des Adressaten ist erforderlich (**Opt-in**) im Falle der Telefonwerbung § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG. Im Falle der E-Mail-Werbung (§ 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG) besteht die Möglichkeit eines **Opt-out** (Abs. 3 Nr. 3 und 4 UWG).

Zentrales Tatbestandsmerkmal bei der Telefonwerbung: **Vorherige ausdrückliche Einwilligung des Verbrauchers**.

a) Ausdrücklichkeit

Der Kunde muss zunächst klar erkennen, dass er in spätere Werbeanrufe und eine entsprechende Kontaktaufnahmen einwilligt. Die Einwilligung muss **in Kenntnis der Sachlage** abgegeben werden. Dabei greift ein Umkehrschluss aus Abs. 3 => Wenn der Kunde mit bestimmten Werbekontakten in einem Kontext rechnen muss, ist er nicht so schutzwürdig. Die Einwilligung muss unmissverständlich sein.

b) Konkretheit

Der Gegenstand der Anrufe (Person des Werbetreibenden, Gegenstand der Werbung) müssen vor Erteilung der Einwilligung konkretisiert werden und dürfen später nicht überschritten werden.

In diesen Fallkonstellationen stellt sich die Frage, wie sich der **Verbraucher** selbst **gegen die unerbetene Mail verteidigen kann**. Denn der Weg über §§ 8 Abs. 1 Satz 1, 3 Abs. 1, 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG ist ihm mangels Aktivlegitimation versperrt. Der **BGH** räumt ihm jedoch den **quasi-negatorischen Unterlassungsanspruch** nach §§ 1004 Abs. 1 Satz 1 analog, 823 Abs. 1 BGB wegen **Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts (APR)** ein (BGH, 10.7.2018 – VIII ZR 225/17): Ein Kunde hatte bei Amazon eine Ware erworben und wurde aufgefordert, diese auf der Amazon-Seite zu bewerten. Das APR gibt diesem Kunden jedoch das Recht, in seiner Privatsphäre „in Ruhe gelassen zu werden“ (BGH Rn. 14). Die Nachfrage nach der Kundenzufriedenheit sieht der BGH dabei als Werbung an (BGH Rn. 17 f.). Bei der Feststellung der Rechtswidrigkeit der Verletzung des APR ist, zwecks Vermeidung von Wertungswidersprüchen, auf die grundlegenden Wertungen des § 7 Abs. 2 und Abs. 3 UWG abzustellen (BGH Rn. 23). Danach ist die unerbetene Nachfrage von Amazon verboten (BGH Rn. 25).

Beachte auch: Bei einem **sonstigen Marktteilnehmern** (§ 2 Abs. 1 Nr. 2 UWG: Unternehmer!) kommt es nach § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG auf die **mutmaßliche Einwilligung** an. Entscheidend ist, dass der Werbende davon ausgehen durfte, dass der Angerufene mit der Werbung rechnen oder ihr aufgeschlossen gegenüberstehen würde (BGH GRUR 2008, 189 Rn. 15, 17 – Suchmaschineneintrag). Dabei reicht ein allgemeine **allgemeine Sachbezogenheit** des Anrufs nicht aus, weil diese für bestimmte Produkte (Versicherung, Suchmaschineneinträge) bei einem unternehmerisch organisierten Empfänger stets gegeben wäre (BGH GRUR 2001, 1181, 1183 – Telefonwerbung für Blindenwaren). Erforderlich ist vielmehr eine **konkrete Sachbezogenheit**: Gerade beim Angerufenen muss ein eindeutiges Interesse an der Telewerbung vermutet werden dürfen. Hier kommt es regelmäßig zu einer **Abwägung** zwischen

aa) den Nachteilen für den Angerufenen:

- Störung des Betriebs (Belegung der Leitung)
- tiefes Eindringen in die Hierarchie des Unternehmens (Direktanruf).

bb) dem Interesse des Anrufenden (1) an einer Werbung durch Telefon und (2) am Gegenstand der Werbung (Köhler/Bornkam/Feddersen § 7 Rn. 164 f.)

V. Vorsprung durch Rechtsbruch

Rechtsgedanke: Ein Konkurrent erlangt auf dem Markt einen **Vorsprung durch Rechtsbruch**, wenn er sich nicht an Normen hält, die das Marktverhalten aller Wettbewerber regeln. Deshalb haben die anderen Wettbewerber ein **Kontrollrecht in Bezug auf die Einhaltung von Marktverhaltensregeln nach §§ 8 Abs. 3 Nr. 1, 3a UWG**.

a) **Gesetzliche Vorschrift** iSd. § 3a UWG ist jede Norm, die in Deutschland gilt (BGH GRUR 2017, 422 – **ARD Buffet**, Rn. 28), also etwa auch eine Gemeindesatzung oder der durch Landesgesetz umgesetzte Rundfunkstaatsvertrag. Grund: Unabhängig vom Gesetzgebungsorgan können diese Normen das Verhalten im Wettbewerb regeln und verschaffen dem Rechtsverletzer daher einen möglichen Vorsprung durch Rechtsbruch.

Dabei muss jedoch eine **Einschränkung** beachtet werden. § 3a UWG darf **nicht zu einer Durchbrechung des vollharmonisierten Wettbewerbsrechts** führen. Schützt eine Norm des nationalen Rechts daher die Informiertheit der Verbraucherentscheidung iSd. Art. 5 Abs. 2 UGP-RL, kann ihre Verletzung nur dann über die §§ 4a bis 5a UWG hinaus zu einem Anspruch aus § 3a UWG führen, wenn einer der Ausnahmetatbestände des Art. 3 Abs. 2 bis 4 UGP-RL greift (BGH WRP 2015, 1464 Rn. 19– *Der Zauber des Nordens*). Vergleiche dazu noch die Ausführungen zu § 43b BRAO (S. 58). Ähnliches gilt für vergleichende Werbung wegen Art. 8 Abs. 1 Unterabsatz 2 UGP-RL (BGH GRUR 2009, 845 Rn. 38 – *Internet-Videorecorder*).

b) Erforderlich ist zunächst eine **verhaltensbezogene Regelung (Marktverhaltensregelung)**. Diese liegt nicht vor, wenn es nicht um das Verhalten auf dem Markt, sondern allein den **Marktzugang** zu diesem geht. Dies gebietet der Wortlaut des § 3a UWG und folgende Zwecküberlegung (BGHZ 150, 342, 347 – *Elektroarbeiten*): Der Anspruch aus §§ 8 Abs. 1 Satz 1, 3a iVm. § 8 Abs. 3 Nr. 1 UWG darf einem Konkurrenten kein Mittel liefern, einen unliebsamen Wettbewerber vom Markt auszuschließen, der objektive Zulassungsvoraussetzungen nicht erfüllt, die selbst keinen Bezug zur Lauterkeit des Wettbewerbs haben. Sonst würde das UWG zu einem Schutzinstitut vor Wettbewerb. Aus diesem Grund fällt eine reine Marktzugangsregelung nicht unter § 3a UWG, wohl aber eine Marktzugangsregelung, die auch auf den Schutz der Lauterkeit des Wettbewerbs gerichtet ist.

Im Original (**BGHZ 150, 342, 347 – Elektroarbeiten**): „Ein Anspruch aus § 1 UWG ist nicht immer schon dann gegeben, wenn ein Wettbewerber Vorschriften verletzt, bei deren Einhaltung er aus dem Markt ausscheiden müßte. Als Grundlage deliktsrechtlicher Ansprüche von Wettbewerbern bezweckt § 1 UWG nur den Schutz vor unlauterem Wettbewerb. Es ist nicht Sinn des § 1 UWG, den Anspruchsberechtigten zu ermöglichen, Wettbewerber unter Berufung darauf, daß ein Gesetz ihren Marktzutritt verbiete, vom Markt fernzuhalten, wenn das betreffende Gesetz den Marktzutritt nur aus Gründen verhindern will, die den Schutz des lautereren Wettbewerbs nicht berühren. Unter dem Gesichtspunkt des Wettbewerbsrechts, zu dessen Zielen der Schutz der Freiheit des Wettbewerbs gehört, ist vielmehr jede Belebung des Wettbewerbs, wie sie unter Umständen auch vom Marktzutritt der öffentlichen Hand ausgehen kann, grundsätzlich erwünscht.... Auch bei einem Verstoß gegen Vorschriften über den Marktzutritt muß daher anhand einer - am Schutzzweck des § 1 UWG auszurichtenden - Würdigung des Gesamtcharakters des Verhaltens geprüft werden, ob es durch den Gesetzesverstoß das Gepräge eines wettbewerbsrechtlich unlauteren Verhaltens erhält.

Der Gesetzesverstoß kann dazu allein nicht genügen, wenn die verletzte Norm nicht zumindest eine sekundäre wettbewerbsbezogene, d.h. - entsprechend dem Normzweck des § 1 UWG - eine auf die Lauterkeit des Wettbewerbs bezogene, Schutzfunktion hat.... Eine solche Schutzfunktion besitzen z.B. Vorschriften, die als Voraussetzung für die Ausübung bestimmter Tätigkeiten - etwa ärztlicher Behandlungen - im Interesse des Schutzes der Allgemeinheit den Nachweis besonderer fachlicher Fähigkeiten fordern...”

c) Erforderlich für eine Marktverhaltensregel ist vor allem ihr **Marktbezug**. Sie muss den Markt und seine Teilnehmer betreffen. Daran fehlt es etwa bei Hinterziehung von Einkommensteuer, nicht aber, wenn es darum geht die Umsatzsteuer in Netto-, Bruttobetrag und Steuersatz bei einem Warenangebot auszuweisen.

c) Spürbarkeit

Erfasst sind (Beispiele):

- a) Sämtliche Verbraucherschutznormen (Widerrufsbelehrung)
- b) Impressumspflicht nach § 5 TMG
- c) Preisangabepflichten nach der Preisangabenverordnung (PreisAngV).

Prüfung eines Verstoßes gegen § 3a UWG

(1) Die Norm muss ganz grundsätzlich (auch) das **Marktverhalten** regeln. Hier kommt es auf den oben erwähnten Verhaltens- und den Marktbezug an. Darin muss nach dem Normwortlaut nicht der einzige Zweck liegen.

(2) Zu klären ist dann, worin der eigentliche **Schutzzweck** der Regelung besteht. Denn nur dann können sie deren Wirkungsweise im dritten Schritt bestimmen.

(3) Die Regelung muss **auch im Interesse der Marktbeteiligten** nach § 2 Abs. 1 Nr. 2 UWG (auch Verbraucher) bestehen

(4) Die Norm darf die durch die UGP-RL und die Werbe-RL vollharmonisierten Regelungsbereiche nicht durchkreuzen.

(5) Prüfen Sie dann, ob ein Normverstoß vorliegt

(6) Die Normverletzung nach (4) muss schließlich im Einzelfall **spürbar** sein?

Beispiel: **Rechtsanwaltswerbung**. Beachte dabei § 43b BRAO:

Werbung ist dem Rechtsanwalt nur erlaubt, soweit sie über die berufliche Tätigkeit in Form und Inhalt sachlich unterrichtet und nicht auf die Erteilung eines Auftrags im Einzelfall gerichtet ist.

Die Norm muss jedoch nach Inkrafttreten der Dienstleistungsrichtlinie richtlinienkonform ausgelegt

werden (BGHZ 199, 43 – Kommanditistenbrief). Maßgeblich ist dabei **Art. 24 Abs. 1 Dienstleistungsrichtlinie 2006/123/EG**

(1) Die Mitgliedstaaten heben sämtliche absoluten Verbote der kommerziellen Kommunikation für reglementierte Berufe auf.

(2) Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass die kommerzielle Kommunikation durch Angehörige reglementierter Berufe die Anforderungen der berufsrechtlichen Regeln erfüllt, die im Einklang mit dem Gemeinschaftsrecht je nach Beruf insbesondere die Unabhängigkeit, die Würde und die Integrität des Berufsstandes sowie die Wahrung des Berufsgeheimnisses gewährleisten sollen. Berufsrechtliche Regeln über die kommerzielle Kommunikation müssen nicht diskriminierend, durch einen zwingenden Grund des Allgemeininteresses gerechtfertigt und verhältnismäßig sein.

Art. 24 Abs. 1 Dienstleistungsrichtlinie verbietet **absolute Kommunikationsbeschränkungen** (BGH Rn. 14 ff.). Deshalb darf **§ 43b BRAO nicht mehr als absolutes Verbot** verstanden werden, sondern im Rahmen einer Einzelfallprüfung bei umfassender Abwägung der Gesamtumstände konkretisiert werden. Ausschlaggebend sind dabei die in Art. 24 Abs. 2 Dienstleistungsrichtlinie genannten Umstände, die in sich wiederum nicht abschließend sind (vgl. den Wortlaut „insbesondere“).

BGH Rn. 21: „Daraus folgt, dass ein Werbeverbot zum Schutz des potentiellen Mandanten vor einer Beeinträchtigung seiner Entscheidungsfreiheit durch **Belästigung, Nötigung und Überrumpelung** gerechtfertigt sein kann. Aus der gesetzlichen Anordnung einer Verhältnismäßigkeitsprüfung ergibt sich ferner, dass eine Interessenabwägung im Einzelfall vorzunehmen ist. Dabei sind neben der **Beeinträchtigung der Unabhängigkeit, der Würde oder der Integrität der Rechtsanwaltschaft auch Art und Grad der Beeinträchtigung der Entscheidungsfreiheit des Verbrauchers durch Form, Inhalt oder das verwendete Mittel der Werbung zu berücksichtigen**. Außerdem kommt es darauf an, ob und inwieweit die Interessen des Verbrauchers deshalb nicht beeinträchtigt sind, weil er sich in einer Situation befindet, in der er auf Rechtsrat angewiesen ist und ihm eine an seinem Bedarf ausgerichtete sachliche Werbung Nutzen bringen kann.“

§ 43b BRAO verfolgt nach dieser Rechtsprechung also einen **Doppelzweck**:

Die Norm schützt das Berufsbild des Rechtsanwalts als eines unabhängigen Organs der Rechtspflege (§ 1 BRAO). Gleichzeitig verfolgt sie einen an Art. 5 Abs. 2 lit. b UGP-RL angelehnten Schutzzweck, in dem sie die informierte Verbraucherentscheidung vor störenden Einflüssen schützt. Eine solche Auslegung des § 43b BRAO bedeutet wegen **Art. 3 Abs. 4 UGP-RL** keinen Verstoß gegen das Prinzip der Vollharmonisierung. Denn sie ist durch die Dienstleistungsrichtlinie getragen.

VI. Vergleichende Werbung

1. Überblick

Schutzzweck: Vergleichende Werbung ist ein Mittel der Werbekommunikation, das der europäische Gesetzgeber insbesondere wegen seines Bezugs zur **informierten Verbraucherentscheidung** nach §§ 3 Abs. 2, 2 Abs. 1 Nr. 8 UWG als schützenswert ansieht: Der Vergleich soll dem Verbraucher vor allem Informationen für seine Auswahlentscheidung zwischen zwei Produkten liefern. Vgl. dazu **Erwägungsgrund 8 der Werberichtlinie 2006/114/EG**: *„Vergleichende Werbung kann, wenn sie wesentliche, relevante, nachprüfbare und typische Eigenschaften vergleicht und nicht irreführend ist, ein **zulässiges Mittel zur Unterrichtung der Verbraucher über ihre Vorteile darstellen.**“*

Stellungnahme: Diese Vorstellungen erscheinen indes sehr idealistisch, da es dem Werbetreibenden regelmäßig an Zeit und/oder an Raum fehlt, das eigene Produkt nach konkreten Funktionsmerkmalen mit dem Produkt des anderen werbend zu vergleichen. Auch bedeutet vergleichende Werbung stets ein Urteil in eigener Sache, das aus seiner Natur heraus schon nicht objektiv sein kann. Deshalb erscheint ein anderer Aspekt vergleichender Werbung hervorhebenswert: Durch vergleichende Werbung kann ein Unternehmen den Verbraucher auf eine bisher vielleicht von diesem nicht bedachte **Produktalternative** hinweisen. In Erwägungsgrund 13 der Werberichtlinie geht der europäische Gesetzgeber in diesem Sinne davon aus, dass die Marken (=Warenkennzeichnungen) des Konkurrenten ebenso geschützt sind wie seine Unternehmenskennzeichen. Allerdings finden diese nach **Erwägungsgrund 14 der Werberichtlinie** folgende Schranke: *„Indessen kann es für eine wirksame vergleichende Werbung unerlässlich sein, Waren oder Dienstleistungen eines Mitbewerbers dadurch erkennbar zu machen, dass auf eine ihm gehörende Marke oder auf seinen Handelsnamen Bezug genommen wird.“*

*Von dieser Möglichkeit wird vor allem beim sog. **Adwortising** Gebrauch gemacht (Neologismus aus „advertising“ und „word“, besser: „keyword“; zB. Werbung bei Google). Gibt der Benutzer „iPhone“ in die Suchmaschine ein, wird am Seitenrand der Google-Seite – als Werbung gekennzeichnet – die Werbung eines mittelständischen Unternehmens angezeigt, dass Schutzhüllen für das iPhone anbietet. Mit Hilfe der fremden Marke („iPhone“) macht der Nutzer daher auf das eigene Produkt aufmerksam: Er informiert den Verbraucher über eine Produktalternative und verschafft sich selbst einen erleichterten Marktzugang.*

*Vgl. in diesem Sinne auch **BGH, GRUR 2015, 1136 – Staubsaugerbeutel im Internet**: B wirbt für die eigenen Staubsaugerbeutel, die unter unbekannten Marken vertrieben werden, indem er die geschützte Marke „Swirl“ des Konkurrenten K in Bezug nimmt. Seine Werbung lautet etwa „4 Vlies - für AEG - alternativ (ähnlich Swirl PH 86)“. Der BGH sieht diese Praxis als erlaubt an, weil B den durchschnittlichen Verbraucher nur auf eine Produktalternative hinweist.*

Das Beispiel zeigt: Vergleichende Werbung beschränkt sich nicht auf den Produktvergleich im

engeren Sinne, sondern umfasst alle Fälle der **bezugnehmenden Werbung**. Es handelt sich also um Werbung für ein Produkt unter Kenntlichmachung des Konkurrenten. Dabei kann der Bezug auf positive oder negative Weise hergestellt werden: Bei der positiven Bezugnahme knüpft der Vergleich an das positive Image des in Bezug genommenen Produktes an; bei der negativen Bezugnahme versucht sich der Hersteller mit seinem Produkt auf Kosten eines anderen zu profilieren.

Daraus erklären sich zugleich die **Gefahren vergleichender Werbung**: Die in positiver Weise bezugnehmende Werbung kann zu einer Ausbeutung des fremden Rufs führen (§ 6 Abs. 2 Nr. 3, 4 und 6 UWG). Die in negativer Weise bezugnehmende Werbung aber kann zu einer Behinderung des Herstellers des in Bezug genommenen Produkts führen (§ 6 Abs. 2 Nr. 4 und 5 UWG). Darüber hinaus kann jede Art von vergleichender Werbung auch zu einer **Irreführung** des Publikums führen (§ 6 Abs. 2 Nr. 1 und 2 UWG, § 5 Abs. 2 UWG). Grundsätzlich birgt vergleichende Werbung daher die **Gefahr von Behinderungswettbewerb** (dazu S. 4): Im effizienten Wettbewerb strebt der Unternehmer den Markterfolg idealerweise mit der eigenen Leistung an. Der Konkurrent darf ihm dabei nicht in einem positivem, aber auch nicht in einem negativen Sinne als Steigbügelhalter dienen. Denn sonst wird der Markterfolg mit der Behinderung des Konkurrenten erkaufte. Vor allem erscheint ein Vergleich in eigener Sache – trotz des Gebotes von § 6 Abs. 2 Nr. 2 UWG – nie objektiv, sondern aufgrund der eigenen Absatzinteressen des Vergleichenden befangen.

Dieses Spannungsverhältnis zwischen den positiven und negativen Aspekten vergleichender Werbung löst die WerbeRL durch eine vollharmonisierende Regelung auf: Nach Art. 8 Abs. 1 Unterabsatz 2 Werberichtlinie ist die vergleichende Werbung in der Werberichtlinie vollharmonisiert. Dies hat Konsequenzen für die Prüfung des UWG. Liegt daher **vergleichende Werbung** iSd. § 6 Abs. 1 UWG vor, richtet sich der Fall allein nach § 6 Abs. 2 UWG bzw. noch § 5 Abs. 2 UWG. **§ 4 Nr. 1 und 2 UWG sind regelmäßig verdrängt.**

Die Prüfung des § 6 UWG erfolgt daher stets **in zwei Schritten**:

- (1) Im ersten wird überprüft, ob vergleichende Werbung iSd. Abs. 1 vorliegt.
- (2) Lässt sich dies bejahen, wird im zweiten untersucht, ob einer der Verbotstatbestände des Abs. 2 verwirklicht ist.

Nach **§ 6 Abs. 1 UWG** liegt vergleichende Werbung beim **Erkennbarmachen des Mitbewerbers** oder seiner Waren vor (= **Bezugnahme** im positiven oder negativen Sinn). Dabei entspricht der Begriff des **Mitbewerbers nicht** dem des **§ 2 Abs. 1 Nr. 3 UWG**; denn diese Norm geht auf die Jürgen Oechsler, Uni Mainz, UWG-Skript, 2019

UGP-Richtlinie zurück, § 6 Abs. 1 UWG aber auf die Werberichtlinie (Art. 2 lit. c RL 2006/114/EG). Dazu der EuGH: Gemessen an den Zwecken des Verbots vergleichender Werbung kommt es auf einen **gewissen Grad an Substituierbarkeit** der Angebote des Mitbewerbers mit dem des Täters an.

2. Verbotstatbestände des Abs. 2

a) Keine Befriedigung des gleichen Bedarfs (Nr. 1)

Geht man davon aus, dass vergleichende Werbung den Verbraucher auf **Produktalternativen** aufmerksam machen soll (S. 60), wird der Zweck dieser Werbeform in den Fällen des § 6 Abs. 2 Nr. 1 UWG gerade verfehlt. Denn die in der vergleichenden Werbung herausgestellte Ware erfüllt keine Substitutionsfunktion. Insoweit wird die informierte Entscheidung des Verbrauchers nach §§ 3 Abs. 2, 2 Abs. 1 Nr. 8 UWG gerade beeinträchtigt.

b) Fehlender objektiver Bezug (Nr. 2)

Der Zweck ergibt sich aus **Erwägungsgrund 8 Werberichtlinie**: *„Vergleichende Werbung (als) ... ein zulässiges Mittel zur Unterrichtung der Verbraucher über ihre Vorteile darstellen.“*

Die Normanwendung bereitet insoweit Schwierigkeiten, als Werbung nie objektiv (unvoreingenommen) ist und auch nicht umfassend und detailliert unterrichten kann (vgl. Art. 5 Abs. 3 Satz 2 UGP-Richtlinie). **Objektiver Bezug** bei vergleichender Werbung bedeutet deshalb von vornherein nicht wissenschaftliche Überprüfbarkeit, sondern nur keine übertriebene, über das marktschreierische Anpreisen hinausgehende Verzerren. Die Maßstäbe in der Praxis sind dabei äußerst großzügig (vgl. BGH GRUR 2010, 161-Gib mal Zeitung, wo der Vergleich im Ergebnis für rechtmäßig angesehen wird, obwohl praktisch keine Produktmerkmale verglichen werden).

Positiv gewendet geht es daher um einen Vergleich gehen, der grundlegend ungeeignet erscheint, als Kommunikationsmittel eine informierte Verbraucherentscheidung nach §§ 3 Abs. 2, 2 Abs. 1 Nr. 8 UWG zu fördern.

Negativ ausgedrückt, müssen vor allem **Irreführungsgefahren** vermieden werden (vgl. Art. 4 lit. a Werberichtlinie)

Dazu (OLG Nürnberg WRP 2019, 128): § 6 Abs. 2 Nr. 2 UWG ist anwendbar auf eine Werbung wie „Willst Du günstigere Preise als bei K, dann gehe zu B“, wenn die Preise von B gerade nicht günstiger sind als die von K. Dabei trifft B eine Aktualisierungsobliegenheit, wenn K seine Preise auf die Werbung hin senkt!

c) Verwechslungsgefahr (Nr. 3)

In der Sache geht es darum, dass die angesprochenen Verkehrskreise (gerade *nicht* die Verbraucher nach § 3 Abs. 4 Satz 1 UWG) zu Unrecht davon ausgehen, dass

(1) die Ware von einem ganz bestimmten Unternehmen stammt (Verwechslungsgefahr **im engeren Sinne**)

oder

(2) die Ware von einem mit dem anderen Unternehmen wirtschaftlich verbundenen Unternehmen stammt (Verwechslungsgefahr **im weiteren Sinne**).

Beachte jedoch: Soweit die Verwechslungsgefahr **gegenüber Endverbrauchern** erzeugt wird, ist wohl **§ 5 Abs. 2 UWG** der speziellere, auf die UGP-Richtlinie zurückgehende Tatbestand. § 6 Abs. 2 Nr. 3 UWG betrifft nur die „Verwechslungsgefahr bei den Gewerbetreibenden“. Dies folgt nicht aus dem Wortlaut des § 6 Abs. 2 Nr. 3 UWG, ergibt sich jedoch aus einer richtlinienkonformen Auslegung nach Maßgabe des Art. 4 lit. h WerbeRL (lesen!). Ansonsten tritt die praktische Bedeutung des Tatbestands hinter den Normen des Markenrechts (§§ 14 Abs. 2 Nr. 2, 15 Abs. 2 MarkenG) zurück.

d) Ausnutzen und Beeinträchtigen von Kennzeichen (§ 6 Abs. 2 Nr. 4 UWG)

Beispiel: BGH GRUR 2011, 1158 –**Teddybär**.

a) Erfasste Kennzeichen

Der Begriff ist nicht an bestimmte Rechtsformen bzw. Typen von Kennzeichen gebunden. Unter ihn fallen daher nach Art. 4 lit. d und f RL 2006/114/EG die echten Marken, Handelsnamen oder Unternehmenskennzeichen. **Aber auch** alle anderen Symbole und Zeichen sind erfasst, die aus Sicht der angesprochenen Verkehrskreise (§ 3 Abs. 2 Satz 2 UWG) einen Schluss auf die Herkunft der Ware als von einem bestimmten Unternehmen her stammend erkennen lassen (**Herkunftsfunktion**). Nicht erfasst: Allerweltsmotive. Grund: Die Kennzeichen müssen geeignet sein, den Mitbewerber iSd. § 6 Abs. 1 UWG kenntlich zu machen. Allerweltssymbole aber gehören zum Vorrat an Kommunikationsmitteln, der der Allgemeinheit zusteht, und sind folglich keine Schutzobjekte nach Abs. 2 Nr. 3.

b) Unlautere Ausnutzung des Rufs

Grundsätzlich ist die Bezugnahme auf ein fremdes Kennzeichen problematisch, **wenn dessen Inhaber sie nicht erlaubt** hat. Die Erlaubnis erfolgt in der Regel durch Lizenzvertrag (vgl. § 30 MarkenG).

Liegt keine Erlaubnis vor, greift folgender **systematischer Zusammenhang**: Vergleichende Werbung macht den Mitbewerber stets kenntlich (arg. e § 6 Abs. 1 UWG). Die unlautere Ausnutzung muss daher **über eine Bezugnahme hinausgehen, die bei einem Vergleich ganz grundsätzlich vorausgesetzt ist**. Vgl. in diesem Zusammenhang **Erwägungsgründe 14 und 15** Werberichtlinie:

„(14) Indessen kann es für eine wirksame vergleichende Werbung unerlässlich sein, Waren oder Dienstleistungen eines Mitbewerbers dadurch erkennbar zu machen, dass auf eine ihm gehörende Marke oder auf seinen Handelsnamen Bezug genommen wird.

(15) Eine solche Benutzung von Marken, Handelsnamen oder anderen Unterscheidungszeichen eines Mitbewerbers verletzt nicht das Ausschließlichkeitsrecht Dritter, wenn sie unter Beachtung der in dieser Richtlinie aufgestellten Bedingungen erfolgt und nur eine **Unterscheidung bezweckt, durch die Unterschiede objektiv herausgestellt werden sollen**.“

Ob eine bloße Bezugnahme zum Zwecke des Vergleichs oder eine darüber hinausgehende unlautere Rufausbeutung vorliegt, bestimmt sich aufgrund einer **Interessenabwägung** (dazu BGH GRUR 2011, 1158 –**Teddybär**, Rn 21 ff). Wirkt die Bezugnahme wie ein **Verweis auf die Artikelnummer eines fremden Produkts**, liegt nur ein unproblematischer Vergleich vor. Gerät die Bezugnahme hingegen **in die „Sogwirkung des fremden Kennzeichens“**, liegt eine Ausbeutung vor. Mit der Metapher ist der Umstand gemeint, dass die Kenntlichmachung nach § 6 Abs. 1 UWG über das hinausgeht, was nach dieser Norm für die Bezugnahme unbedingt **erforderlich** ist. Eine solche Überschreitung ist stets anzunehmen, wenn der Mitbewerber nicht nur kenntlich gemacht wird, sondern darüber hinaus das Image seiner Ware in irgendeiner Weise auf die Ware des UWG-Täters transferiert werden muss. Dies hängt ua. davon ab, wie die andere Ware dargestellt wird und welche Bezüge der UWG-Täter zu dieser herstellt.

e) Herabsetzung und Verunglimpfung nach § 6 Abs. 2 Nr. 5 UWG

Herabsetzung: Angriff auf die Wertschätzung (sozialen Achtungsanspruch), die der Mitbewerber bzw. sein Produkt im Verkehr genießen.

Verunglimpfung: Gesteigerte Form der Verächtlichmachung, die über eine Herabsetzung hinausgeht. Hier kommen auch unbeweisbare Tatsachenbehauptungen (vgl. § 186 StGB) bzw. falsche Tatsachenbehauptungen (§ 187 StGB) durch den Rechtsverletzer in Betracht.

In der Sache zielt der Angriff auf **das Image** (das Bild, das der Mitbewerber von sich und seinem Produkt zeichnet) bzw. den damit verbundenen **Markterschließungserfolg** des Mitbewerbers.

Das zentrale **Problem der Normanwendung** liegt darin, dass die WerbeRL negative vergleichende Werbung erlaubt. Diese ist aber regelmäßig mit einer Herabsetzung des Achtungsanspruchs des Mitbewerbers verbunden. Für eine Herabsetzung und erst Recht eine Verunglimpfung muss die Herabsetzung **über das erlaubte Maß der Ehrbeeinträchtigung hinausgehen**. Beispiel: BGH GRUR 2010, 161-Gib mal Zeitung!

Maßgeblich ist stets eine **Gesamtbetrachtung**:

a) Äußerungen über die Ware können in den **Schutzbereich der Meinungs- und Pressefreiheit** nach Art. 5 Abs. 1 GG fallen. UU. stellen sie keine geschäftlichen Handlungen iSd. § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG dar, wenn der Schwerpunkt der Täterhandlung darin liegt.

b) Werbeaussagen dürfen auch nach europäischem Recht übertreibend und verkürzend sein. Hier greift ein Argument aus **Art. 5 Abs. 3 Satz 2 UGP-Richtlinie**. Zwar regelt diese Richtlinie die vergleichende Werbung nicht unmittelbar. Sie beinhaltet insoweit aber eine zentrale Wertung des europäischen Privatrechts.

c) Entscheidend ist der **Maßstab des § 3 Abs. 4 UWG**, wobei die allgemeinen **Regeln für Medienäußerungen** gelten dürften. Daher braucht der betroffene Unternehmer keine unwahren Tatsachenbehauptungen bzw. nicht erweislich wahre Tatsachenbehauptungen gegen seine Waren gelten zu lassen (§§ 187 f. StGB). Bei Meinungsäußerungen des Konkurrenten greift hingegen die wertsetzende Bedeutung der Meinungsfreiheit (Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG). Verboten dürfte jedoch auch hier eine Äußerung sein, die im Medienrecht als **Schmähkritik** bezeichnet wird: Ihr Schwerpunkt liegt in der Herabsetzung des anderen und nicht in einem eigenen, darüber hinausgehenden Interesse. Der BGH verbietet in Sachen „Gib mal Zeitung“ **pauschale Herabsetzungen**, was dem entsprechen dürfte.

d) Besondere Beachtung findet jedoch, wenn der Vergleich **ironisch und humorvoll** erfolgt. Denn durch beide Gestaltungsmittel verdeutlicht der Werbetreibende selbst, dass er seine Aussage nicht ernst genommen wissen will, sondern als heiteren Schlagabtausch ansieht (**Distanzierungsfunktion**; vgl. BGH GRUR 2010, 161-Gib mal Zeitung, Rn. 20). Ferner ist der Angegriffene dann nicht besonders schutzwürdig, wenn er zuvor selbst einen Angriff iSd. § 6 Abs. 1 Nr. 1 UWG vornimmt.

2 Nr. 5 UWG gestartet hat und **der UWG-Täter sich gegen vorangegangene vergleichende Werbung verteidigt**.

f) Warenimitation (§ 6 Abs. 2 Nr. 6 UWG)

Beispiel: BGH GRUR 2011, 1153 – **Creation Lamis**

Die Norm ist rechtspolitisch umstritten und setzt die sog. **Parfumsklausel** des Art. 4 lit. g Werberichtlinie um. Der Name erklärt sich aus L'Oréal-Entscheidung des EuGH (18.9.2009 – C-487/08 – **L'Oréal SA/Bellure NV**), wo dieser zu einer mittlerweile überholten Vorgängerregelung Folgendes ausführt (Rn. 75):

„Besonderer Gegenstand der Bedingung ... ist das dem Werbenden auferlegte Verbot, in der vergleichenden Werbung erkennen zu lassen, dass die von ihm vertriebene Ware oder erbrachte Dienstleistung eine Imitation oder Nachahmung der Markenware oder -dienstleistung ist. Wie der Generalanwalt in Nr. 84 seiner Schlussanträge ausgeführt hat, sind nicht nur Werbebotschaften verboten, die den Gedanken an eine Imitation oder Nachahmung ausdrücklich wecken, sondern auch solche Botschaften, die in Anbetracht ihrer Gesamtdarstellung und des wirtschaftlichen Kontextes im jeweiligen Fall geeignet sind, den betreffenden Verkehrskreisen diesen Gedanken implizit zu vermitteln.“

Es geht mit anderen Worten um eine Bezugnahme iSd. § 6 Abs. 1 UWG, **die sich dem Konkurrenten zu stark nähert**. Diese Annäherung muss über das nach § 6 Abs. 1 UWG stets erlaubte und erforderliche Maß der Bezugnahme hinausgehen. Die Norm ist dabei eng auszulegen, weil durch sie die **Nachahmungsfreiheit** auch dort beschränkt wird, wo keine geschützten Ausschließlichkeitsrechte bestehen. Denn es handelt sich um Fälle, in denen die **Imitation erlaubt** ist, der Unternehmer **mit dem Imitationscharakter aber nicht werben darf**.

Dieser problematische Gesetzeszweck gebietet eine enge Auslegung. Erforderlich ist daher eine **„deutliche Imitationsbehauptung“** (EuGH). Wichtig ist auch die Abgrenzung zwischen der **Imitationsbehauptung** und der **Behauptung der technischen Gleichwertigkeit** zwischen den Waren. Letzteres genügt nämlich nicht. Eine bloße Gegenüberstellung, wie sie nach § 6 Abs. 1 UWG als vergleichende Werbung stets erlaubt ist, erfüllt die Voraussetzungen des § 6 Abs. 2 Nr. 6 UWG erst recht nicht. Praktisch erfolgt die Abgrenzung im Wege der Interessenabwägung.

VII. Behinderungswettbewerb und Leistungsschutz

1. Behinderungswettbewerb

Nach den einleitend geschilderten Vorstellungen *Nipperdeys* (S. 4) stellt Behinderungswettbewerb die zweite wettbewerbswidrige Handlung dar. Denn sie vereitelt die Wohlfahrtseffekte von Wettbewerb dadurch, dass ein Wettbewerber den anderen an der Unterbreitung eines überlegenen Angebots auf dem Markt hindert. Fälle des Behinderungswettbewerbs sind in § 4 UWG geregelt,

wobei § 4 Nr. 4 GWB Generalklauselcharakter hat. Die Norm verbietet die gezielte Behinderung des Mitbewerbers.

Das zentrale Anwendungsproblem des **§ 4 Nr. 4 UWG** liegt darin, dass der freie Wettbewerb gerade auf die gegenseitige Behinderung der Konkurrenten gerichtet ist. Der Erfolg des einen, schränkt nämlich den wirtschaftlichen Bewegungsspielraum des anderen ein, weil dieser Einnahmen und die daraus erwachsenden Finanzierungsmöglichkeiten verliert. Für die Konkretetheit des Wettbewerbsverhältnisses ist die Wechselwirkung der Handlungen der Konkurrenten maßgeblich (S. 13). Deshalb liegt der Schwerpunkt der Normanwendung in der **Gezieltheit** der Behinderung.

Eine **Behinderung** iSd. liegt demnach in jeder Einschränkung der wettbewerbsrechtlichen Entfaltungsmöglichkeit des Konkurrenten. Von **Gezieltheit** ist dabei auszugehen, wenn die objektive Zielrichtung (der Schwerpunkt) der Täterhandlung nicht im eigenen Fortkommen liegt, sondern in der Einschränkung der wettbewerbsrechtlichen Freiräume des Konkurrenten (**Behinderungswettbewerb**; vgl. zur einschlägigen Lehre *Nipperdeys* S. 4). Die Behinderung des Konkurrenten darf nicht nur Auswirkung (Reflex) des Bemühens um das eigene wettbewerbliche Fortkommen sein, sondern muss den eigentlichen Gegenstand des Verhaltens ausmachen. Als **Indizien** für eine Gezieltheit werden angesehen:

-) die Verletzung von Normen, die den anderen schützen (dann auch § 3a UWG);
-) die Verletzung der absolut geschützten Rechtsgüter des anderen;
-) subjektive Motive. Der Nachweis einer Absicht ist keine Tatbestandsvoraussetzung des § 4 Nr. 4 UWG, entfaltet aber Indizcharakter für die Gezieltheit.

Eine besondere, im Bereich des § 4 Nr. 4 UWG angesiedelte Fallgruppe stellt die **Verleitung zum Vertragsbruch** dar. Dabei überredet der Täter eine Vertragspartei (Schuldner) dazu, ihre Pflichten gegenüber der anderen Vertragspartei (Gläubiger) nicht zu erfüllen. Ein klassischer Fall liegt im Abwerben von Arbeitnehmern mit wettbewerbswidrigen Mitteln. Im Rahmen der Konkretisierung der **Gezieltheit** iSd. § 4 Nr. 4 UWG stellt sich als Problem, dass Verträge nur die Vertragsparteien, nicht aber Dritte binden. Der Dritte verletzt also keine den Vertragsgläubiger schützende Norm dadurch, dass er den Vertragsschuldner zum Vertragsbruch überredet. Denn schuldrechtliche Verträge (zB. Arbeitsverträge) wirken nur **relativ** und gelten daher auch nur **inter partes**, dh. zwischen den Vertragsparteien. Der Anknüpfungspunkt für die Unlauterkeit liegt daher nicht in der Verletzung der Vertragspflicht durch den Partner des Konkurrenten, sondern im eigenständigen Unwert der Handlung des UWG-Täters, der den Schuldner zum Vertragsbruch **verleitet**.

In diesem Zusammenhang unterscheidet die hM zwischen Verleiten und Ausnutzen des Vertragsbruchs. Ein **Verleiten** liegt im aktiven Bestimmen des Partners bzw. in einem direkten steuernden Eingriff in dessen Entscheidung (Anstiftung, Erleichterung des Vertragsbruchs durch Übernahme von Schadensersatzpflichten). Es stellt eine gezielte Behinderung dar. Das bloße **Ausnutzen** eines fremden Vertragsbruchs ist hingegen nicht gezielt. Die Anforderungen der Rechtsprechung an ein Verleiten und damit eine Verletzung des § 4 Nr. 4 UWG sind – was das Abwerben von Arbeitnehmern betrifft – allerdings sehr hoch (BGHZ 171, 73 – Außendienstmitarbeiter).

Übungsfall Werbeblocker

(BGH GRUR 2004, 877 – **Fernsehfee**; vergleiche jetzt auch BGH, 19.4.2018 – I ZR 154/16 – **Werbeblocker II**) K (niedergelassen in Mainz) hat das Steuerungsgerät „Fernsehfee“ entwickelt. Dieses kann an Fernsehgeräte und Video- bzw. Festplattenrekorder mit dem Ziel angeschlossen werden, sog. „Werbeinseln“ im Fernsehprogramm zu erkennen und in diesem Fall auf ein vom Kunden voreingestelltes werbefreies Alternativprogramm umzuschalten. K erhebt vor dem LG Mainz negative Feststellungsklage gegen B. Bei B handelt es sich um einen privaten Fernsehsender mit Sitz in Köln. Dieser bietet sein Programm als „Free-TV“ an und finanziert sich über Werbeeinnahmen, die er gegenüber Unternehmen erzielt, die in den Werbeinseln seines Programms Werbung in Form von Kurzsendungen (Spots) schalten. K verlangt von B Feststellung, dass B kein Unterlassungsanspruch gegenüber ihm (K) auf der Grundlage des § 4 Nr. 4 UWG zustehe. B hatte K nämlich zuvor telefonisch mit einer schriftlichen Abmahnungen und einer „saftigen Abmahngebühr“ für den Fall gedroht, dass K das Gerät „Fernsehfee“ weiter vermarkte. Denn damit greife K in die verfassungsgesetzlich geschützte Rundfunkfreiheit des B ein. Hat die Klage Aussicht auf Erfolg, wenn sie bei der Prüfung allein § 4 Nr. 4 UWG zugrunde legen?

Lösungsvorschlag

Die negative Feststellungsklage des K gegen B nach § 256 ZPO hat Aussicht auf Erfolg, wenn sie zulässig und begründet ist.

I. Zulässigkeit

1. Zuständigkeit

Fraglich ist, ob die Klage vor dem nach § 14 UWG zuständigen Gericht erhoben wurde. Nach § 14 Abs. 1 UWG muss vor dem Gericht geklagt werden, in dessen Bezirk der Beklagte seine

gewerbliche Niederlassung hat. Der Sitz des Beklagten B aber ist in Köln nicht in Mainz. Fraglich ist nur, ob § 14 Abs. 1 UWG bei einer negativen Feststellungsklage nicht gerade so zu konkretisieren ist, dass es auf den Sitz des Klägers ankommt.

Hinweis: Vgl. Fall 8 aus der Vorlesung!

Regelmäßig führt die negative Feststellungsklage zu einem Rollentausch zwischen Kläger und Beklagten einer alternativ vorstellbaren Leistungsklage. Denn der Beklagte iS. einer möglichen Leistungsklage begehrt Feststellung, dass gerade kein Leistungsanspruch des Klägers iS. einer Leistungsklage ihm gegenüber besteht. Der Zweck des § 14 Abs. 1 UWG liegt aber darin, das Gericht am Sitzort des möglichen Verletzers mit der Sache zu befassen. Dadurch wird gewährleistet, dass dieses Gericht über sämtliche Wettbewerbshandlungen des möglichen Verletzers einheitlich entscheidet und damit ein Gleichklang in der rechtlichen Beurteilung des Verhaltens eintritt. Legt man diesen Normzweck zugrunde, ergibt sich vorliegend eine örtliche Zuständigkeit in Mainz. Denn nur so ist gewährleistet, dass einheitlich über die wettbewerbliche Zulässigkeit der Vermarktung des Werbeblockers durch K entschieden wird. Unterlassungsklagen Dritter, aber auch die negative Feststellungsklage des K selbst werden nur auf diese Weise durch dasselbe Gericht und damit nach denselben Maßstäben entschieden. Demnach besteht eine örtliche Zuständigkeit in Mainz.

Sachlich zuständig ist nach § 13 Abs. 1 Satz 1 UWG das Landgericht.

2. Feststellungsinteresse

Die Zulässigkeit der Feststellungsklage setzt jedoch ein besonderes Feststellungsinteresse nach § 256 Abs. 1 ZPO voraus. Dazu muss die Klage zunächst auf die Feststellung eines Rechtsverhältnisses gerichtet sein. Der mögliche Unterlassungsanspruch aus §§ 8 Abs. 1 Satz 1, 3, 4 Nr. 4 UWG begründet ein Rechtsverhältnis in diesem Sinne. Hinzu treten muss ein rechtliches Interesse des Klägers an der Feststellung dieses Rechtsverhältnisses. Dies ist der Fall, wenn dem Kläger eine aktuelle, konkrete Gefährdung auf der Grundlage des vom Beklagten behaupteten Rechtsverhältnisses droht. Vorliegend muss K nach der Drohung des B mit einer Abmahnung nach § 12 Abs. 1 Satz 1 UWG und einer Inanspruchnahme nach § 12 Abs. 1 Satz 2 UWG rechnen. Es entspricht dem Rechtsgedanken des § 8 Abs. 1 Satz 2 UWG, dass K nicht solange abzuwarten braucht, bis B tatsächlich eine einschlägige Initiative entfaltet. Deshalb hat er ein schützenswertes Interesse an der Feststellung, dass das entsprechende Rechtsverhältnis besteht.

Zwischenergebnis: Das Feststellungsinteresse besteht.

II. Begründetheit

Die Klage ist begründet, wenn B kein Anspruch aus § 8 Abs. 1 Satz 1, 3, 4 Nr. 4 UWG gegen K zusteht.

1. Aktivlegitimation

Dieser Anspruch setzt zunächst eine Aktivlegitimation des B nach § 8 Abs. 3 Nr. 1 UWG voraus. Dazu müsste B Mitbewerber iSd. § 2 Abs. 1 Nr. 3 UWG sein. Problematisch daran erscheint, dass B und K nicht unmittelbare Wettbewerber sind. Der Wortlaut des § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG setzt indes nicht voraus, dass der Anspruchsinhaber als Konkurrent des Verletzers auf demselben Markt tätig ist. Der Mitbewerber muss vielmehr nur mit „einem“ oder mehreren Unternehmen im Wettbewerb stehen. Andererseits liegt der Zweck der Beschränkung der Aktivlegitimation in § 8 Abs. 3 Nr. 1 UWG darin, Popularklagen zu verhindern. Denn stets besteht die Gefahr, dass Abmahnungen allein im Hinblick auf die Rechtsfolge des § 12 Abs. 1 Satz 2 UWG erfolgen. Dies legt es nahe, dass der Mitbewerber ein schützenswertes Eigeninteresse an der Unterlassung des Wettbewerbsverhaltens der anderen Seite haben muss. Dafür spricht auch ein systematisches Argument aus § 8 Abs. 3 Nr. 2 UWG: Wirtschafts- und Berufsverbände sind nur aktivlegitimiert, wenn die Zuwiderhandlung die Interessen ihrer Mitglieder beeinträchtigt. Dann muss ein solches Interesse auch beim einzelnen Mitbewerber bestehen, wenn dieser anstelle seines Verbandes allein gegen den Verletzer vorgeht. Ausgehend von diesem Normzweck kommt es für die Aktivlegitimation darauf an, dass der mutmaßliche Verletzer die Absatzchancen des Aktivlegitimierten tatsächlich beeinträchtigen kann. Dies ist hier der Fall. B finanziert sein Programm durch Werbeeinnahmen. Der Vertrieb des von K produzierten Gerätes kann aber dazu führen, dass die Attraktivität des Fernsehprogramms als Werbeplatz nachlässt, weil die Werbekunden davon ausgehen müssen, dass nicht mehr alle Zuschauer die Werbeeinblendungen sehen werden. Insoweit hat B ein rechtlich schützenswertes Interesse daran, gegen ein möglicherweise rechtswidriges Verhalten des K in dieser Sache vorzugehen. B ist Mitbewerber und daher nach § 8 Abs. 3 Nr. 1 UWG aktivlegitimiert.

Hinweis: Dieser Punkt wird an späterer Stelle, wo es vor allem auf ihn ankommt (Gezieltheit der Wettbewerbsbeschränkung) erst richtig vertieft. Vorliegend genügt die Möglichkeit einer Beeinträchtigung der Absatzchancen.

2. Eine geschäftliche Handlung nach § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG liegt vor.

3. Fraglich ist, ob B den K iSd. § 4 Nr. 4 UWG gezielt behindert.

a) Behinderung

Eine Behinderung eines anderen Unternehmens liegt in jedem Eingriff in dessen Absatzchancen.

Hinweis: Der BGH (Juris-Rn. 25 ff.) differenziert auf der Grundlage des alten Rechts zwischen unmittelbaren Eingriffen in das konkurrierende Produkt selbst (Umgestaltung) und mittelbaren Eingriffen, die dessen Absatz oder Bewerbung betreffen. Dabei verneint er einen Eingriff aus den nachfolgend wiedergegebenen Wertungsüberlegungen. Hier wird hingegen zwischen der Behinderung und ihrer Gezieltheit zu unterschieden. Dabei werden die Wertungsüberlegungen des BGH im Rahmen der Gezieltheit erörtert. Immer dürfen Sie auch dem Aufbau des BGH folgen. In der Sache besteht kein Unterschied!

K hindert B vorliegend nicht unmittelbar an der Herstellung des Sendeprogramms und dessen Vermarktung als Werbeplattform. Allerdings greift er in die finanziellen Interessen des B in nicht unerheblicher Weise ein. Denn verbreitet sich das Gerät des K unter den Zuschauern des B, könnte die Attraktivität des von B ausgestrahlten Programms als Sendeplatz unweigerlich zurückgehen. Denn Fernsehwerbung wird auf sog. mehrseitigen Märkte (two-sided markets) vertrieben. Kennzeichnend für diese Märkte sind wiederum indirekte Netzwerkeffekte.

Vgl. dazu das Kartellrechtsskript 2017! Die Vertiefung eines Sachaspekts auf diese Weise führt zu einer hohen Bewertung der Klausurleistung.

Danach hängt der Wert der Fernsehwerbeleistung nämlich indirekt von der Verbreitung des Programms unter den Zuschauern ab. Je mehr Zuschauer der Sender erreicht, umso attraktiver erscheint sein Programm als Werbeplattform für die Nachfrager entsprechender Dienstleistungen. Diesen indirekten Netzwerkeffekt beeinträchtigt das von K hergestellte Gerät. Denn dieses löst den Zusammenhang zwischen der von B erzielten Zuschauerfrequenz und der Attraktivität seines Programms als Werbeplatz auf: Auch wenn B durch attraktive Programmgestaltung die Aufmerksamkeit vieler Zuschauer gewinnt, kann er diesen Erfolg uU. nicht auf dem Werbemarkt in vollem Umfang kapitalisieren, wenn die Zuschauer wegen der Benutzung des Werbeblockers durch Werbung nicht erreichbar sind. Eine Behinderung liegt danach vor.

b) Gezieltheit der Behinderung

Beachte: Bei der Gezieltheit geht es – wie in der Vorlesung dargestellt – vor allem um die Frage, ob B mit nichtwettbewerblichen Mitteln behindert wird. Deshalb liegt der Schwerpunkt der Erörterung in der Frage, ob der Wettbewerb – dh. der Kampf um Marktanteile – im Vordergrund steht und dem Angegriffenen darin eine angemessene Verteidigungsmöglichkeit bleibt. Dies ist vor allem dann nicht der Fall, wenn zielgerichtet in (absolut geschützte) Rechte des anderen eingegriffen wird.

Fraglich ist jedoch, ob K den B auch **gezielt** behindert. Zunächst sind gegenseitige Behinderungen gerade ein typisches Kennzeichen des Wettbewerbs. Marktanteile können von einem Unternehmer

nur durch Zurückdrängung der Absatzchancen des anderen hinzugewonnen werden; darin liegt gerade eine erlaubte Art der Behinderung. Ob eine gezielte Behinderung vorliegt, kann daher nur im Rahmen einer Gesamtbetrachtung festgestellt werden.

Der Wortlaut „gezielt“ legt es zunächst nahe, dass nur solche Werbestrategien verboten sind, deren Schwerpunkt in der Behinderung und nicht in der Förderung des eigenen Fortkommens liegen. Kennzeichnend für diesen sog. Behinderungswettbewerb ist, dass der Verletzer nicht mit wettbewerblichen Mitteln in die Absatzchancen des Konkurrenten eingreift, sondern diesen auf anderer Weise in seinen Marktaktivitäten stört.

Vorliegend spricht für eine eher wettbewerbliche Schwerpunktsetzung im Verhalten des K, dass dieser durch das Angebot eines neuen Produkts einen Wertschöpfungsprozess auf dem Markt einleitet: Seine wirtschaftlichen Interessen konzentrieren sich nicht in erster Linie auf die Störung des Betriebs von K, sondern zielen auf die Vermarktung einer eigenen Leistung. Fraglich ist, ob B dem seine Grundrechte auf Rundfunkfreiheit (Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG) bzw. Berufsausübungsfreiheit (Art. 12 GG) in mittelbarer Drittwirkung entgegenhalten kann. Die Tätigkeit des K berührt zunächst nicht das Recht des B auf inhaltliche Programmgestaltung, das für die Rundfunkfreiheit kennzeichnend ist (BGH Fernsehfee Juris-Rn. 33). Zwar umfasst die institutionelle Garantie des Rundfunks auch die grundlegende Art seiner Finanzierung. Allerdings kann vorliegend noch nicht von einer existenziellen Bedrohung dieser Tätigkeit durch Unterfinanzierung die Rede sein (BGH Fernsehfee Juris-Rn. 36 bis 38). Darüber hinaus sind dem Betreiber eines Privatsenders jedoch Werbeeinnahmen nicht in bestimmtem Umfang garantiert (BGH Fernsehfee Juris-Rn. 33); vielmehr muss er sich selbst dem Wettbewerb stellen. Wenn K vorliegenden den Marktanteil für sein eigenes Produkt auf Kosten der Wettbewerbschancen des B vergrößern will, muss B darauf eine eigene wettbewerbliche Antwort finden. Er kann etwa die Technik des K bei der Identifizierung von Werbesendungen unterlaufen und seine Werbesendungen entsprechend vor Erkennbarkeit schützen. Eine alternative Lösung läge in einer innovativeren Gestaltung der Werbeplätze und -sendungen, die das Interesse der Zuschauer an diesen Sendungen erhöhte. B kann jedoch nicht mit Hilfe des UWG dem K die Entwicklung eines neuen Produkts untersagen. Dies gilt umso mehr, als K nicht in absolut geschützte Rechtsgüter des B eingreift: K manipuliert weder die Originaldienstleistung des B (BGH Fernsehfee Juris-Rn. 26), noch greift er in die freie Entscheidung der Zuschauer ein, die von B ausgestrahlten Werbesendungen anzusehen (BGH Fernsehfee Juris-Rn. 27). Ferner lässt er B ausreichend Handlungsspielraum, mit eigenen technischen Lösungen zu reagieren (BGH Fernsehfee Juris-Rn. 30). In der **neuesten Entscheidung zum Thema** fügt der BGH (BGH Werbeblocker II Rn. 30) noch einen weiteren Sachaspekt hinzu: Jürgen Oechsler, Uni Mainz, UWG-Skript, 2019

Eine gezielte Behinderung liegt auch deshalb nicht vor, weil die Kunden des B dessen Software erst installieren müssen und eigenständig über deren Einsatz entscheiden. Deshalb fehlt es an der *Unmittelbarkeit* der Behinderung des K durch B. Insgesamt liegt daher keine gezielte Behinderung vor.

c) Zwischenergebnis

Eine gezielte Behinderung nach § 4 Nr. 4 UWG liegt nicht vor.

III. Ergebnis

Der Anspruch besteht nicht.

2. Leistungsschutz

Beispiel: BGH GRUR 2013, 1052 – **Einkaufswagen III**

Fraglich ist, inwieweit geistige und gewerbliche Leistungen über **§ 4 Nr. 3 UWG** geschützt werden können. Der deutsche Gesetzgeber hat – beeinflusst durch internationale Abkommen – ein **System des Leistungsschutzrechts aus Ausschließlichkeitsrechten** geschaffen. Persönliche geistige Schöpfungen von großer Schöpfungshöhe (Roman, Film, Schlager) werden danach durch das **Urheberrechtsgesetz** geschützt; Erfindungen (= technische Lösungen eines technischen Problems; Bsp: ABS-Bremssystem) durch das **Patentgesetz**. Daneben tritt der Schutz kleinere Erfindungen von geringer Erfindungshöhe (Sicherheitsgriff bei einer Heckenschere) nach dem **Gebrauchsmustergesetz**. Gebrauchskunst und Design von Produkten wird nach dem **Designgesetz** geschützt. Das **Markengesetz** schützt schließlich Unternehmens- und Warenkennzeichen.

Jenseits dieses Spezialschutzes gilt das Prinzip der **Nachahmungsfreiheit**: Wissenschaftlicher und künstlerischer Fortschritt beruhen regelmäßig auf der Auseinandersetzung mit einer fremden Leistung. Nachahmungen sind deshalb prinzipiell erlaubt, sofern der Gesetzgeber sie nicht spezialgesetzlich verboten hat. Dieser Grundsatz darf nicht durch das UWG durchbrochen werden. Deshalb können auf der Grundlage des **§ 4 Nr. 3 UWG** keine neuen Ausschließlichkeitsrechte (mit absoluter Nutzungs- und Ausschlussfunktion iSd. § 903 Satz 1 BGB) geschaffen werden. § 4 Nr. 3 UWG kann nur ein bestimmtes Verhalten im Einzelfall als rechtswidrig verbieten.

§ 4 Nr. 3 lit. a UWG regelt den Fall der **vermeidbaren Herkunftstäuschung** und ähnelt insoweit an die Verwechslungsgefahr iSd. § 6 Abs. 2 Nr. 3 UWG. Beispiel: Eine fremde Kaffeemaschine wird nachgeahmt. Dies gilt aber nicht nur in Bezug auf die nicht geschützte Technik des Vorbilds, sondern auch für die äußere Gestaltung, und zwar so, dass die angesprochenen Nachfrager beide

Produkte miteinander verwechseln können. Die Norm wird regelmäßig durch § 6 Abs. 2 Nr. 3 UWG verdrängt, wenn vergleichende Werbung iSd. § 6 Abs. 1 UWG vorliegt. Grund ist das Vollharmonisierungsprinzip des Art. 8 Abs. 1 Unterabsatz 2 Werberichtlinie.

§ 4 Nr. 3 lit. c UWG regelt hingegen den Fall der Industriespionage.

Für Klausuren bedeutsam erscheint vor allem **§ 4 Nr. 3 lit. b UWG**. Danach bedeutet es einen Wettbewerbsverstoß, wenn die Wertschätzung der nachgeahmten Ware oder Dienstleistung unangemessen ausnutzt oder beeinträchtigt wird. Bei der Prüfung der Norm ist stets der Vorrang des § 6 UWG zu beachten. Liegt vergleichende Werbung nach § 6 Abs. 1 UWG vor, findet die Norm keine Anwendung.

Im Mittelpunkt der Normanwendung steht die **Nachahmung** einer anderen Ware. Dabei gilt zunächst: Nachgeahmt kann eine fremde Ware nur werden, wenn sie über **wettbewerbliche Eigenart** verfügt, die sich nachahmen lässt.

Positives Beispiel: *Eine Shampoo-Flasche ist äußerlich in Form eines Regentropfens gestaltet. Dieses Design ist nicht durch die Funktionalität der Flasche bestimmt, sondern unterscheidet das Shampoo durch Originalität (Eigenart) von anderen Produkten. Hier kommt eine Nachahmung in Betracht.*

Negatives Beispiel: *Eine gewöhnliche Bierflasche kann nicht iSd. § 4 Nr. 3 lit. b UWG nachgeahmt werden, da sie sich von anderen Flaschen nicht unterscheidet.*

Wettbewerbliche Eigenart liegt insbesondere vor, wenn die konkrete Ausgestaltung oder bestimmte Merkmale der Ware geeignet sind, die **interessierten Verkehrskreise auf ihre betriebliche Herkunft oder auf ihre Besonderheiten hinzuweisen**. Dabei geht es nicht um den Schutz der ästhetischen Gestaltung als solcher (dies würde auf der Grundlage des UWG ja verbotenerweise ein Ausschließlichkeitsrecht entstehen lassen), sondern um die Handlung des UWG-Täters, der durch Imitation einen verbotenen **Imagetransfer** von der Vorlage auf seine eigene Ware beabsichtigt. Zur wettbewerblichen Eigenschaft gehören nicht die **technisch zwingend erforderlichen Teile** der Ware. Denn diese muss jeder Anbieter verwenden können, ohne in den Anwendungsbereich des § 4 Nr. 3 lit. b UWG zu geraten. Hier besteht ein **Freihaltebedürfnis der Allgemeinheit**, damit der Wettbewerb und die Ausübung der Nachahmungsfreiheit möglich bleiben.

b) Ausbeutung der Wertschätzung der fremden Ware

Bei der **Wertschätzung** geht es um das Image der Ware bzw. den von ihrem Hersteller erreichten Markterschließungserfolg. Dabei gilt folgender **Grundsatz**: Je stärker die wettbewerbliche Eigenart bzw. je größer der Ruf der Ware auf den Märkten ist, umso problematischer ist die Annäherung an das fremde Vorbild. Hier greift ein Erfahrungssatz aus dem englischen Recht. „What’s worth copying is worth protecting!“.

Unangemessen ist die Ausbeutung der Wertschätzung, wenn der UWG-Täter **keine Erlaubnis** des Herstellers der Vorlage hat. Die Erlaubnis wird regelmäßig durch Lizenzvertrag erteilt (von lat. *licere* = erlauben). Die Unangemessenheit kann vor allem aber auch wegen technischer Notwendigkeiten fehlen (Kompatibilität).