

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

**Skript zum UWG**  
**Stand: Januar 2021**  
**unter Berücksichtigung der UWG-Reform 2020**

# Inhaltsverzeichnis

<b>A. Allgemeiner Teil</b> .....	<b>4</b>
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 und Klagebefugnis .....	12
a) Mitbewerber (§ 8 Abs. 3 Nr. 1 UWG).....	12
b) Qualifizierte Wirtschaftsverbände (§ 8 Abs. 3 Nr. 2 UWG).....	15
c) Verbraucherschutzverbände (§ 8 Abs. 3 Nr. 3 UWG).....	16
d) Industrie- und Handelskammern, Körperschaften des öffentlichen Rechts und Gewerkschaften (§ 8 Abs. 3 Nr. 4 UWG).....	16
e) Nach der Plattformverordnung berechnete Verbände (§ 8a UWG).....	17
f) Exkurs: § 8 Abs. 3 UWG und die Klagebefugnis .....	17
2. Geschäftliche Handlung .....	18
3. Wettbewerbsverstoß .....	20
4. Wiederholungsgefahr .....	21
5. Verjährung.....	22
6. Störerhaftung, Garantienpflichten eines Providers und Haftung für Kundenrezensionen .....	22
7. Der Missbrauch des Unterlassungsanspruchs nach § 8c UWG .....	25
a) Dogmatik des Missbrauchseinwands.....	25
b) Regelbeispiele (Abs. 2).....	26
aa) Schädigungsabsicht (Nr. 1).....	26
bb) Gewinnerzielungsabsicht als dominierendes Motiv (Nr. 2).....	27
cc) Überhöhter Gegenstandswert der Abmahnung (Nr. 3).....	28
dd) Forderung oder Vereinbarung überhöhter Vertragsstrafen (Nr. 4) .....	29
ee) Erweiterung der Unterlassungspflicht (Nr. 5).....	29
ff) Unnötiger Verfahrensaufwand (Nr. 6 und Nr. 7) .....	30
c) Konkurrenz mit der Missbrauchskontrolle nach § 8b UWG und § 4c UKlaG.....	30
d) Rechtsfolgen der missbräuchlichen Abmahnung (§ 13 Abs. 5 UWG).....	32
VI. Besondere Rechtsfolgen .....	33
1. Der Aufwendungsersatzanspruch (§ 13 Abs. 3 UWG) .....	33
a) Anspruchsgrundlage .....	33
b) Erforderlichkeitsmaßstab .....	33
c) Ausschluss des Aufwendungsersatzanspruchs .....	34
2. Beseitigungsanspruch, insbesondere Rückrufanspruch .....	36
3. Auskunftsanspruch nach § 8 Abs. 5 UWG.....	37
4. Schadensersatzanspruch nach § 9 Satz 1 UWG .....	38
5. Gewinnabschöpfung nach § 10 UWG.....	40
VII. Verfahrensrecht .....	40
1. Entscheidungskriterien für das praktische Vorgehen.....	40
2. Die Abmahnung (§ 13 UWG) .....	41
a) Überblick.....	41
b) Form und praktischer Mindestinhalt.....	41
c) Der Unterlassungsvertrag.....	42
3. Das Vertragsstrafeversprechen (§ 13a UWG).....	43
a) Überblick.....	43
b) Wegfall der Wiederholungsgefahr.....	43

c) Dogmatik des Vertragsstrafeversprechens nach § 339 BGB.....	44
d) Der Schutz vor Vertragsstrafeverlangen nach § 13a UWG.....	45
aa) Ausschluss der Vertragsstrafe (§ 13a Abs. 2 UWG).....	45
bb) Anspruch auf angemessene Vertragsstrafe (§ 13a Abs. 1, 3 und 4 UWG).....	46
3. Die Klageerhebung.....	48
a) Zuständigkeit.....	48
b) Feststellungsklage.....	50
c) Negative Feststellungsklage.....	51
4. Einstweiliger Rechtsschutz.....	51
5. Die Anrufung von Einigungsstellen (§ 15 UWG).....	53
<b>B. Besonderer Teil.....</b>	<b>55</b>
I. Aggressive Werbung.....	55
1. Spezialregelungen.....	55
2. § 4a UWG.....	55
Übungsfall 1 Regenwaldprojekt.....	58
Übungsfall 2 Kunden werben Kunden.....	64
II. Irreführende Werbung nach § 5 UWG.....	69
1. Irreführungstatbestände der SL.....	69
2. Prüfung des § 5 UWG.....	70
2. Heilmittelwerbung.....	71
3. Sonderfälle in § 5 UWG.....	71
4. Das Trennungsprinzip und seine Verletzung.....	72
III. Irreführung durch Unterlassung nach § 5a UWG.....	72
1. Zur Dogmatik des § 5a Abs. 2 UWG.....	73
2. Zur Tatbestandsstruktur des § 5a Abs. 2 UWG.....	73
Übungsfall 3: § 5a UWG.....	75
3. Bedeutung des § 5a Abs. 1 UWG.....	82
4. Getarnte bzw. verschleierte Werbung nach § 5a Abs. 6 UWG.....	82
IV. § 7 UWG.....	85
1. Belästigung (§ 7 Abs. 1 UWG).....	85
2. Werbung mit Kommunikationsmitteln nach § 7 Abs. 2 und 3 UWG.....	85
V. Vorsprung durch Rechtsbruch.....	88
VI. Vergleichende Werbung.....	91
1. Überblick.....	91
2. Verbotstatbestände des Abs. 2.....	93
a) Keine Befriedigung des gleichen Bedarfs (Nr. 1).....	94
b) Fehlender objektiver Bezug (Nr. 2).....	94
c) Verwechslungsgefahr (Nr. 3).....	95
d) Ausnutzen und Beeinträchtigen von Kennzeichen (§ 6 Abs. 2 Nr. 4 UWG).....	96
e) Herabsetzung und Verunglimpfung nach § 6 Abs. 2 Nr. 5 UWG.....	98
f) Warenimitation (§ 6 Abs. 2 Nr. 6 UWG).....	99
VII. Behinderungswettbewerb und Leistungsschutz.....	100
1. Behinderungswettbewerb.....	100
Übungsfall 4: Werblocker.....	102
2. Leistungsschutz.....	107

## A. ALLGEMEINER TEIL

### 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. 100 ff.

### II. Die Bedeutung der informierten Verbraucherentscheidung

In der deutschen Rechtswissenschaft erlangte durch Vermittlung *Nipperdeys* die **Lehre vom Leistungswettbewerb** Bedeutung und wurde vom RG im sog. Benrather Tankstellenfall erstmals angewendet (RGZ 134, 342, 352 f. – Benrather Tankstellenfall). Gegenstand der Lehre sind gerade

Jürgen Oechsler, Uni Mainz, UWG-Skript, 2021

die beiden, eben beschriebenen Gefahren. 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 dieser 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 ihrem 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. Dabei hängt die Effizienz des Wettbewerbs davon ab, dass der Verbraucher seine Präferenzen **autonom** bilden kann:

LG Stuttgart 28.1.2019 – 44 O 117; OLG Stuttgart 25.10.2018 - 2 U 48/18 – **Ocean Plastic**: B wirbt damit, dass die Flasche, in der er sein Spülmittel zum Verkauf anbietet, aus „Ocean Plastic“ bestehe. Tatsächlich wird sie aus recycelten Plastikabfällen hergestellt, die an den Ufern von Binnenseen und an Meeresstränden gesammelt werden und nur teilweise aus Resten, die aus dem Meer gefischt werden. Zu Recht gehen beide Gerichte von einer Irreführung nach § 5 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 UWG aus. Den Verbrauchern lässt sich nämlich nicht etwa entgegenhalten, ihre Täuschung sei nicht spürbar, da es ihnen egal sein könne, aus welchem Recyclingmaterial die Flasche hergestellt werde. Denn dadurch würde B den Verbrauchern eine Präferenzentscheidung vorgeben. Diese dürfen jedoch frei darüber entscheiden, ob es ihnen wichtig ist, dass das Recyclingmaterial gerade aus dem Ozean stammt. In diesem Fall besteht nämlich ein besonderer Bedarf auf dem Markt nach solchen Flaschen, und der Wettbewerb funktioniert nur dann effizient, wenn er gerade diesen Bedarf befriedigt!

Die **Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken (UGP-Richtlinie)** schützt in **Art. 5 Abs. 2 UGP-RL** die 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. 69 ff.) und Unterlassen § 5a UWG (S. 72 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. 55 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). **Beachte, dass nun auch § 13 Abs. 4 Nr. 1 UWG dieser Problematik Rechnung trägt:** Im Falle des RG wäre der Aufwendungsersatzanspruch des K nach dieser Norm gesperrt (S.34).

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 Ausufer 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

Jürgen Oechsler, Uni Mainz, UWG-Skript, 2021

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 Art. 8 und 9 UGP-Richtlinie ausgelegt werden. Bei Fällen irreführender Werbung nach §§ 5, 5a UWG müssen die Art. 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 Werbepaxis, übertriebene Behauptungen oder nicht wörtlich zunehmende 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 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. 2 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

Jürgen Oechsler, Uni Mainz, UWG-Skript, 2021



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. e UGP-Richtlinie mit einer spürbaren Beeinträchtigung gleichgesetzt. In Art. 8 UGP-Richtlinie 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. 75!

**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 wettbewerblesches Schutzniveau im Binnenmarkt. Im Widerspruch dazu steht, dass nach dem Spürbarkeitsprinzip im Einzelfall abgewogen werden muss, ob die Ahndung eines Wettbewerbsverstoßes 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 Jürgen Oechsler, Uni Mainz, UWG-Skript, 2021

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 systematischem Zusammenhang (dazu *Oechsler GRUR 2019, 136*): 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 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 eingehen muss. Allerdings ist zu beachten, dass **höchstrichterlich noch nicht entschieden** ist, ob ein solches Analogieverbot bzw. ein Verbot der teleologischen Reduktion bestehen.

## **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 und Klagebefugnis**

Der Gläubiger aus § 8 Abs. 1 Satz 1 UWG bedarf einer besonderen Anspruchsberechtigung, der **Aktivlegitimation**. Der Grund liegt darin, dass das UWG auch ein Marktordnungsrecht darstellt, das im Interesse der Allgemeinheit besteht (vgl. § 1 Satz 2 UWG). Aus den objektiven Ordnungsnormen leiten sich aber nicht automatisch **subjektive Rechte** (Ansprüche, Forderungen) eines privaten Trägers ab. Wer aufgrund des UWG vorgeht, tut dies deshalb nicht allein zum Selbstschutz, sondern auch zum Schutz des Wettbewerbs auf dem Markt. Dadurch entsteht eine vor allem mit dem Aufwendungsersatzanspruch nach **§ 13 Abs. 3 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. 7) durch eine Vielzahl von Abmahnungen und Klagen Nichtbetroffener überzogen werden könnte und mit entsprechenden Aufwendungsersatzforderungen 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. Im Ergebnis stellt die Aktivlegitimation nach § 8 Abs. 3 UWG daher das materielle Recht eines Rechtsträgers dar, den Anspruch aus § 8 Abs. 1 Satz 1 UWG geltend zu machen.

§ 8 Abs. 3 UWG und § 8a UWG schränken die Aktivlegitimation auf **fünf Arten von Rechtsträgern** ein:

#### **a) Mitbewerber (§ 8 Abs. 3 Nr. 1 UWG)**

Der Begriff ist in § 2 Abs. 1 Nr. 3 UWG definiert. Beachten Sie bitte, 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 wettbewerblichen 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 Rechtsanwaltsgesellschaft, 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  
Jürgen Oechsler, Uni Mainz, UWG-Skript, 2021

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 auszuwirken 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.“

Das **Gesetz zur Stärkung des fairen Wettbewerbs** v. 26. November 2020 (BGBl. I S. 2568; in Kraft seit 1.12.2020) wird den Tatbestand des § 8 Abs. 3 Nr. 1 UWG weiter einschränken. Die Norm lautet dann:

„jedem Mitbewerber, der Waren oder Dienstleistungen in nicht unerheblichem Maße und nicht nur gelegentlich vertreibt oder nachfragt“

Die Regelung tritt jedoch erst **am 1.12.2021 in Kraft** (Art. 9 Abs. 2 des Gesetzes). Ab diesem Zeitpunkt ist ein Mitbewerber nur aktivlegitimiert, wenn er Waren oder Dienstleistungen **in nicht unerheblichem Maße und nicht nur gelegentlich vertreibt oder nachfragt**.

Der Gesetzgeber bemerkt dazu (BT-Drucks. 19/12084, S. 26):

„Nach § 8 Absatz 3 Nummer 1 UWG-E muss ein Mitbewerber, der Unterlassungsansprüche nach § 8 Absatz 1 UWG erhebt, nachweisen, dass er tatsächlich in nicht unerheblichem Maße und nicht nur gelegentlich Waren oder Dienstleistungen vertreibt oder nachfragt **wie derjenige, der die unzulässige geschäftliche Handlung vorgenommen hat**. Wettbewerber, die ihre Geschäftstätigkeit gerade erst aufgenommen haben oder bei denen bereits das Insolvenzverfahren eröffnet wurde, werden sich hierauf nur in Ausnahmefällen berufen können, zum Beispiel wenn unzweifelhaft ist, dass die Geschäftstätigkeit weitergeführt oder ausgeweitet werden wird. Jedoch sollen keine zu hohen Hürden an Umfang und Dauer der Geschäftstätigkeit gestellt werden. Es reicht nicht aus, wenn der Mitbewerber Waren oder Dienstleistungen lediglich anbietet. Spricht der Mitbewerber eine größere Anzahl von Abmahnungen aus, muss entsprechend der Umfang der geschäftlichen Tätigkeit größer sein.

Der Nachweis des Merkmals „in nicht unerheblichem Maße“ kann durch Größenkategorien der Zahl der Verkäufe oder ähnlichem belegt werden. Konkrete Umsatzzahlen oder eine Steuerberaterbescheinigung müssen nicht vor- gelegt werden.“ (Hervorhebungen nur hier)

Beachten Sie, dass die hervorgehobene Passage einen **falschen Eindruck** vermittelt. Danach käme § 8 Abs. 3 Nr. 1 UWG in den Fällen des **Stufenwettbewerbs** nicht mehr zum Einsatz, da der Rechtsverletzer nicht dieselben Waren vertreibt wie sein Opfer. Dabei dürfte es sich um ein offensichtliches Versehen handeln, das insbesondere nicht dem Wortlaut des § 8 Abs. 3 Nr. 1 UWG entspricht. Nach diesem genügt es nämlich, dass der Aktivlegitimierte auf dem Markt, auf dem er sich in einem konkreten Wettbewerbsverhältnis befindet, in entsprechender Weise tätig ist, er muss nicht unmittelbar gegenüber der Gegenseite in erheblichem Maße tätig geworden sein. Den Schlüssel zum Verständnis liefert die Entscheidung **BGH GRUR 2019, 638 – Kündigung der Unterlassungsvereinbarung** (S. 25), wo Abmahnungen die Haupteinnahmequelle des Klägers darstellten und dieser ansonsten kaum noch geschäftlich tätig war. In der Sache dürfte es darum gehen, dass der Aktivlegitimierte Einnahmen durch den Betrieb eines Unternehmens erzielt und die Geltendmachung des Unterlassungsanspruchs eine Hilfstätigkeit, nicht jedoch die Haupteinnahmequelle, darstellt.

#### **b) Qualifizierte Wirtschaftsverbände (§ 8 Abs. 3 Nr. 2 UWG).**

Die Norm wurde durch das **Gesetz zur Stärkung des fairen Wettbewerbs** v. 26. November 2020 (BGBl. I S. 2568; in Kraft seit 1.12.2020) verändert und wird ab dem 1.12.2021 so lauten:

denjenigen rechtsfähigen Verbänden zur Förderung gewerblicher oder selbstständiger beruflicher Interessen, die in der Liste der qualifizierten Wirtschaftsverbände nach § 8b eingetragen sind, soweit ihnen eine erhebliche Zahl von Unternehmern angehört, die Waren oder Dienstleistungen gleicher oder verwandter Art auf dem- selben Markt vertreiben, und die Zuwiderhandlung die Interessen ihrer Mitglieder berührt

Ab diesem Zeitpunkt sind Wirtschaftsverbände also nur noch aktivlegitimiert, wenn Sie vom Bundesamt für Justiz (Bundesoberbehörde im Geschäftsbereich des Ministeriums für Justiz und Verbraucherschutz) in die entsprechende Liste eingefügt worden sind. Es greift eine ähnliche Regelung wie bislang im Falle des § 8 Abs. 3 Nr. 3 UWG. In der Klausur entfällt daher die bislang übliche Prüfung der materiellen Voraussetzungen einer Aktivlegitimation nach Nr. 2. Der Gesetzgeber hat in **§ 8b UWG** eine entsprechende Verfahrensregel geschaffen, die weitgehend (§ 8b Abs. 3 UWG) auf die Regelung für Verbraucherschutzverbände (dazu sogleich) verweist. Der Zweck der Regelung liegt in der Verhinderung des Missbrauchs durch sog. **Abmahnvereine**.

Beachten Sie bitte: Wie bisher fallen unter Nr. 2 auch Vereinigungen von **Freiberuflern**.

Für die bis zum 30.11.2021 gültige Fassung gilt Folgendes: 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 § 13 Abs. 3 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 Bundesamt für Justiz (Bundesoberbehörde im Geschäftsbereich des Ministeriums für Justiz und Verbraucherschutz) geführte Liste eingetragen sein (im Internet einsehbar). Der Gesetzgeber hat die §§ 4 ff. UKlaG reformiert. Vergleiche dazu und zum Missbrauch des durch das Bundesamt verliehenen Status S. üüü.

#### **d) Industrie- und Handelskammern, Körperschaften des öffentlichen Rechts und Gewerkschaften (§ 8 Abs. 3 Nr. 4 UWG)**

Auch diese Norm wurde durch **Gesetz zur Stärkung des fairen Wettbewerbs** v. 26. November 2020 (BGBl. I S. 2568; in Kraft seit 1.12.2020) verändert. Ab 1.12.2021 wird sie wie folgt lauten:

4. den Industrie- und Handelskammern, den nach der Handwerksordnung errichteten Organisationen und anderen berufsständischen Körperschaften des öffentlichen Rechts im Rahmen der Erfüllung ihrer Aufgaben sowie den Gewerkschaften im Rahmen der Erfüllung ihrer Aufgaben bei der Vertretung selbstständiger beruflicher Interessen.

Bei den Industrie- und Handelskammern sowie handelt es sich um Körperschaften des öffentlichen Rechts mit Zwangsmitgliedschaft, deren Zwecksetzung in der Wahrung berufsständischer Interessen liegt. Die Norm ist wie bisher anwendbar auf **Handwerkskammern**: Bei diesen handelt sich ebenfalls um Körperschaften des öffentlichen Rechts mit Zwangsmitgliedschaft Hinzu kommen jetzt **sonstige berufsständige Körperschaften** des öffentlichen Rechts wie etwa **Landwirtschaftskammern**. Diese konnten bislang nach Nr. 2 vorgehen. Dies ist nun nicht mehr möglich, weil die Aktivlegitimation nach Nr. 2 von der Eintragung in die vom Bundesamt für Justiz geführte Liste abhängt und diesen Trägern die Beschreitung des Verfahrensgangs nicht zugemutet wird (BT-Drucks. 19/12084, S. 27). Dies gilt auch für Gewerkschaften, die sich aufgrund von Art. 9 GG frei bilden und bisher nach Nr. 2 aktivlegitimiert waren. Auch sie brauchen sich nicht registrieren zu lassen.



Beachten Sie bitte, dass die **Aktivlegitimation** für **die anderen berufsständigen Körperschaften** des öffentlichen Rechts und die **Gewerkschaften sachlich beschränkt** ist. Diese besteht nur im Rahmen der Erfüllung ihrer Aufgaben. Deshalb kann gegen die Abmahnung bzw. gegen den Klageantrag eingewendet werden, dass der jeweilige Träger außerhalb seines Aufgabenbereichs tätig wird.

#### **e) Nach der Plattformverordnung berechnigte Verbände (§ 8a UWG)**

Nach § 8a UWG besteht eine sachlich beschränkte Aktivlegitimation für Verbände im Falle der Verletzung der Vorschriften sog. **Plattform-VO** (EU) 2019/1150.

Bei dieser VO geht es um Folgendes: Provider, die Verkaufsplattformen (Market Places) eröffnen, müssen ihre AGB gegenüber den Händlern transparent gestalten (Art. 3), sind gehalten, Beschränkungen oder Kündigungen des Vertragsverhältnisses mit dem Händler schriftlich zu begründen (Art. 4) und müssen den Händlern gegenüber deutlich machen, nach welchen Kriterien sich das Ranking der Händler auf ihrer Seite gestaltet (Art. 5).

Art. 14 Abs. 3 VO 2019/1150 kennt eigene Voraussetzungen für die Geltendmachung von Verordnungsverstößen durch Verbände. Auf diese Norm verweist § 8a UWG als höherrangiges Recht. Die daraus resultierende Aktivlegitimation ist jedoch **sachlich beschränkt**: Der Träger kann auf ihrer Grundlage nur Verstöße gegen die Plattform-VO geltend machen.

#### **f) Exkurs: § 8 Abs. 3 UWG und die Klagebefugnis**

Innerhalb eines Klageantrags betrifft die Aktivlegitimation die Ebene der Begründetheit. Fehlt sie, muss die Klage als unbegründet durch **Klagebefugnis** abgewiesen werden. Wegen der materiellen Rechtskraft dieser Entscheidung kann der Kläger in derselben Sache kein zweites Mal Klage erheben. Der BGH prüft § 8 Abs. 3 UWG jedoch auch im Rahmen der Zulässigkeit unter dem Gesichtspunkt der **Klagebefugnis**. Die Klagebefugnis ist vor allem aus dem Verwaltungsprozessrecht bekannt (§ 42 Abs. 2 VwGO). Ihr Regelungsanliegen ergibt sich dort aus dem Umstand, dass nicht jeder Verstoß gegen das öffentliche Recht zur Klage berechnigen kann. Privatpersonen können deshalb nur Klage erheben, wenn ihnen ein subjektives öffentliches Recht zur Seite steht. Dies spiegelt die Problematik des § 8 Abs. 3 UWG. Das UWG beinhaltet (ebenfalls) objektives Marktordnungsrecht (§ 1 Satz 2 UWG). Deshalb kann nicht jede Person wegen Verletzung der objektiven Marktordnungsregeln Klage erheben. Vielmehr muss auch sie sich auf ein subjektives Recht stützen. Die Klagebefugnis ist

Jürgen Oechsler, Uni Mainz, UWG-Skript, 2021

das Spiegelbild der Aktivlegitimation auf der Ebene der Zulässigkeit der Klage. In einer Klausur muss bei der Zulässigkeitsprüfung allerdings nur die Möglichkeit einer Klagebefugnis nach § 8 Abs. 3 UWG angesprochen werden, während die eigentliche inhaltliche Prüfung, ob die Voraussetzungen eines der Tatbestände des § 8 Abs. 3 UWG verwirklicht sind, in die Prüfung der Begründetheit gehört.

**Beachte jedoch:** Der **BGH** hat § 8 Abs. 3 Nr. 3 UWG in einer neueren Entscheidung ausführlich im Rahmen der Zulässigkeit ausführlich geprüft (BGH GRUR 2019, 966 – **Umwelthilfe** Rn. 10 ff.)!

## **2. Geschäftliche Handlung**

Der Begriff ist in § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG sehr weit definiert (lies den Wortlaut!). Der **EuGH** versteht den zugrunde liegenden Begriff der **Geschäftspraktiken von Unternehmern** gegenüber Verbrauchern nach Art. 2 lit. d UGP-RL aus Gründen des wirksamen Verbraucherschutzes in einem sehr weiten Sinn. Zum Beispiel 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).

Das Merkmal erfüllt vor allem **folgende 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, ohnwe 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.

### 3. Schließlich leistet das Tatbestandsmerkmal eine **Abgrenzung des UWG gegenüber dem öffentlichen Recht:**

Der Staat und seine Untergliederung können der Anwendbarkeit des UWG nicht allein dadurch umgehen, dass sie ihr Verhalten auf dem Markt damit rechtfertigen, zum öffentlichen Wohle zu handeln. Staatliches Handeln ist nur ausgenommen, wenn es auf einer spezifischen Ermächtigungsgrundlage des öffentlichen Rechts beruht, die ein bestimmtes Verhalten als solches erlaubt.

BGH GRUR 2019, 714 – **Durchleitsystem**) Die Kreditanstalt für Wiederaufbau (KfW) gewährt Förderdarlehen an die Antragsteller in Zusammenarbeit mit deren Banken, und zwar so, dass sie die Förderkredite über die diese Banken an den Subventionsempfänger weiterleitet.

Beachte dazu den BGH Rn. 14: *„Dagegen ist bei einer Tätigkeit zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben ... danach zu unterscheiden, ob die öffentliche Hand aufgrund gesetzlicher Ermächtigung hoheitlich tätig wird. Ist dies der Fall, ist ihre Betätigung einer Überprüfung anhand des Wettbewerbsrechts entzogen. Handelt die öffentliche Hand dagegen zwar zur Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe, wird sie **aber ohne ausdrückliche gesetzliche Ermächtigung** tätig, ist eine geschäftliche Handlung nicht ausgeschlossen. Sie ist allerdings auch nicht ohne Weiteres zu vermuten, sondern anhand einer umfassenden Würdigung der relevanten Umstände des Einzelfalls besonders festzustellen.“*

Weil § 3 KfWG ausdrücklich eine Ermächtigung zur Durchleitungspraxis vorsieht, geht der BGH von einer hoheitlichen Tätigkeit aus, die dem Anwendungsbereich des UWG entzogen ist. (Rn. 16).

Auf die Abgrenzung gegenüber dem öffentlichen Recht eines Mitgliedstaates geht auch der **EuGH** in folgendem Fall ein:

EuGH 4.7.2019 – C-393/17 – **Kirchstein**: In Belgien ist ein Strafverfahren gegen Kirchstein eröffnet worden, weil dieser „Master-Grade“ ohne staatliche Berechtigung verleiht. Es stellte sich die Frage, ob die belgische Strafnorm gegen die UGP-Richtlinie verstieß.

**Beachte:** Auch eine nationale Norm kann gegen die UGP-Richtlinie verstoßen, wenn sie eine Geschäftspraxis iSd. Richtlinie betrifft (EuGH Rn. 38). Eine **Geschäftspraxis** setzt jedoch eine Handlung voraus, die unmittelbar mit der Absatzförderung, dem Verkauf oder der Lieferung von Produkten an Verbraucher zusammenhängt (Rn. 41).

*(Rn. 42) „Daraus folgt, dass diese Geschäftspraktiken zwar eng mit einem auf ein Produkt bezogenen Handelsgeschäft verbunden sind, sie sich aber nicht mit dem Produkt, das Gegenstand dieses Geschäfts ist, decken.“*

*(Rn. 43) „Daher sind Praktiken, die sich in den Rahmen der Geschäftsstrategie eines Dienstleistungserbringers einfügen und unmittelbar mit der Absatzförderung und dem Verkauf seiner Dienstleistungen zusammenhängen, Geschäftspraktiken.“*

=> Eine nationale Regelung, die bestimmt, ob eine Dienstleistung überhaupt erbracht werden darf, ist folglich keine Geschäftspraxis. Vgl. dazu noch:

*(Rn. 46) „Insoweit ist festzustellen, dass eine Regelung wie die im Ausgangsverfahren in Rede stehende nicht die Modalitäten der Absatzförderung oder der Vermarktung der Dienstleistungen im Hochschulwesen betrifft, sondern die Berechtigung eines Wirtschaftsteilnehmers, solche Dienstleistungen zu erbringen, wenn diese die Verleihung eines bestimmten akademischen Grades umfassen, der einem spezifischen rechtlichen Schutz unterliegt und gegebenenfalls erlaubt, eine Reihe bestimmter Vorrechte wahrzunehmen.“*

*(Rn. 47) Eine solche Regelung unterscheidet sich somit deutlich von Vorschriften, die vorsehen, wie ein Wirtschaftsteilnehmer, der zur Erbringung von Dienstleistungen dieser Art berechtigt ist, deren Vermarktung fördern darf, insbesondere indem er ein Qualitätskennzeichen oder die Genehmigung einer bekannten Universität beansprucht.“*

### **3. Wettbewerbsverstoß**

Hier greifen vier verschiedene Regelungskomplexe, die sämtlich im besonderen Teil erörtert werden (S. 55 ff.):

- 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. Von großer praktischer Bedeutung erscheint es dabei, dass zu Lasten einer Person, die gegen das UWG in bestimmter Weise verstoßen hat, **vermutet** wird, dass sie einen solchen Verstoß in der Zukunft wiederholen wird. Diese Vermutung kann der Rechtsverletzer nicht einfach durch eine Erklärung oder einseitige Beteuerung aus der Welt schaffen. Er muss vielmehr eine durch Vertragsstrafe bewehrte Unterlassungserklärung abgeben. Ist dies der Fall, entfällt die Wiederholungsgefahr (S. 43) und der Anspruch aus § 8 Abs. 1 Satz 1 UWG geht damit unter. Beachten Sie also: Die Wiederholungsgefahr ist materielle Voraussetzung des Unterlassungsanspruchs.

§ 8 Abs. 1 Satz 2 UWG erweitert den Begriff auf die sog. **Erstbegehungsgefahr**. Hier liegt die Gefahr vor, eine Verletzung der §§ 3 bis 7 UWG erstmals eintreten könnte. In einem solchen Fall spricht man von einem **vorbeugenden Unterlassungsanspruch**. Die Anforderungen an diesen und die auf ihn gründende vorbeugende Unterlassungsklage sind sehr hoch. Denn der Anspruchsgegner hat noch nicht gegen das UWG verstoßen. Erforderlich ist daher, dass die Verletzung (1) ernstlich droht und (2) unmittelbar bevorsteht. Dies wird insbesondere in den Fällen der **Berühmung** angenommen: Berühmt sich der (spätere) Anspruchsgegner zu einer Handlung berechtigt zu sein und würde diese Handlung gegen das UWG verstoßen, ist davon auszugehen, dass der (spätere) Anspruchsgegner diese Handlung auch alsbald vornehmen wird (BGH GRUR 1957, 342, 345 – Underberg).

**Wiederholungs- und Erstbegehungsgefahr gehen unter**, wenn der Abgemahnte ein **strafbewehrtes Unterlassungsversprechen** abgibt, wenn er also Unterlassung der geschäftlichen Handlung verspricht und sich für den Fall der Zuwiderhandlung auf eine Vertragsstrafe nach § 339 Satz 2 BGB einlässt (dazu S. 43). Dort, wo ein Vertragsstrafeversprechen wegen § 13a Abs. 2 UWG iVm. § 134 BGB nicht wirksam vereinbart werden kann, geht die Wiederholungs- oder Erstbegehungsgefahr jedoch bereits durch ein isoliertes Unterlassungsversprechen unter (dazu ab S. 43).

## 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.

## 6. Störerhaftung, Garantenpflichten eines Providers und Haftung für Kundenrezensionen

Ein besonderes Problem liegt in der Frage, ob ein Internetprovider für UWG-Verstöße der Nutzer auf seiner Website verantwortlich ist. Beispiel:

(BGH, 20.2.2020 – I ZR 193/18, GRUR 2020, 543 – **Kundenbewertung auf Amazon**) X bot früher Kinesiologie-Tapes auf der Seite von Amazon (B) mit der Behauptung an, diese seien scherzlos. Eine Abmahnung der K (aktivlegitimiert nach § 8 Abs. 3 Nr. 3 UWG) nahm X jedoch an und unterließ in der Folgezeit Behauptungen dieser Art, da die medizinische Wirkung der Tapes nie überprüft worden war. Die Tapes bietet X jedoch weiterhin bei B an. Nun äußern sich die Kunden von X in ihren Rezensionen bei B wie folgt: „Super, ich bin meine Schmerzen los!“ „Wirkt klasse gegen Schmerzen“ usw. K sieht darin irreführende Werbung und einen Verstoß gegen § 11 I 1 Nr. 11 HWG. K verlangt daher von B Löschung dieser Rezensionen auf der Grundlage eines Beseitigungsanspruchs nach § 8 Abs. 1 Satz 1, 3 Abs. 1, 3a UWG iVm. § 11 I 1 Nr. 11 HWG und § 5 UWG. Zu Recht?

Bei der Verantwortlichkeit des Providers müssen folgende drei Verantwortungsstufen voneinander unterschieden werden:

- a) Der Provider ist für eigene Verstöße gegen das UWG selbstverständlich verantwortlich.
- b) Er kann als Beteiligter nach § 830 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2 BGB haften (unten (1)).
- c) Im UWG besteht jedoch keine allgemeine Störerhaftung (unten (2)). Auch im Bereich des Telemediensrechts (= Recht der Kommunikation über das Internet; vgl. § 1 Abs. 1 Telemediengesetz (TMG)) ist die Störerhaftung nach §§ 7 ff. TMG eingeschränkt.

(1) Der Provider kann für die Tätigkeiten seiner Kunden nach **§ 830 Abs. Satz 1 und Abs. 2 BGB** als Beteiligter (= Mittäter, Anstifter, Gehilfe) verantwortlich sein (BGH GRUR 2015, 1025 – TV-Wartezimmer, Rn. 16 f.: § 830 BGB wird aber in dieser Entscheidung nicht ausdrücklich erwähnt; der BGH wendet in Sachen Amazon übrigens auch § 25 StGB an!). Voraussetzung beider Normen ist jedoch **der doppelte Beteiligtenvorsatz**: Der Vorsatz des Providers muss die vom Kunden begangene Haupttat umfassen und die eigene Beteiligung an dieser. Ein **besonderes Problem des Beseitigungsanspruchs** liegt nun darin, dass der Aktivlegitimierte bei der Durchsetzung des Anspruchs den Vorsatz des Providers nachträglich eintreten lassen kann, indem er während des Prozesses die Tatsachen und Rechtsansichten vorträgt, aus denen der Provider die Rechtswidrigkeit der Beeinträchtigung erkennen kann (**mala fides superveniens**). Da das Gericht eine Entscheidung

aufgrund des Standes der letzten mündlichen Verhandlung trifft und der Provider als Anspruchsgegner zu diesem Zeitpunkt die Rechtswidrigkeit der Handlung seiner Kunden kennt, kommt theoretisch auch die Anwendung des § 830 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2 BGB in Betracht.

Wenn K im Beispiel B auf die Kundenbewertungen aufmerksam macht, erhält B positive Kenntnis von deren Inhalt. Löscht B die Rezensionen daraufhin nicht, nimmt B von den Rezensionen ausgehende Irreführungsgefahr in Kauf. Irreführend waren die Rezensionen übrigens, weil die Wirkungsweise der Tapes nicht – wie für ein Heilmittel stets erforderlich – im Rahmen einer doppelverblindeten, randomisierten und placebokontrollierten Studie überprüft waren (dazu S. 71).

Der BGH begegnet dieser Gefahr mit der Überlegung, **dass den Provider keine Garantenpflicht trifft, gegen die Rezensionen seiner Kunden vorzugehen** und diese zu löschen. In Betracht käme eigentlich eine Garantenpflicht aus Ingerenz (Gefahrenerhöhung). Denn der Provider stellt die Plattform zur Verfügung, auf der der eigentliche Lauterkeitsverstoß überhaupt erst begangen werden kann. Diese Betrachtungsweise lehnt der BGH jedoch im Rahmen einer umfassenden Interessenabwägung ab. Dabei spielen folgende Gesichtspunkte eine Rolle:

- Können Kunden ihre Meinung zu einem Produkt abgeben, sind irreführende (falsche) Bekundungen vorprogrammiert. Dies ist jedem Leser einer Kundenrezension auch klar (= **Sozialadäquanz des Irreführungseffekts**) und muss daher bei der Konkretisierung des Empfängerhorizonts nach § 3 Abs. 4 Satz 1 UWG Berücksichtigung finden.

- Kundenrezensionen sind im Übrigen **wohlfahrtsökonomisch erwünscht**, weil sie eine Kommunikation der Verbraucher über Produkte und eine lebensnahe Unterrichtung über diese ermöglichen. In einem Geschäftsbereich, in dem sich der Interessent die Ware nicht vor Vertragsschluss ansehen kann, schaffen Kundenrezensionen Vertrauen in das Angebot des späteren Verkäufers. Sie stellen ein Mittel dar, auf sog. **low trust markets**, also auf Märkten, die von großem Misstrauen der Käufer in die Ehrlichkeit der Verkäuferseite geprägt sind, Verlässlichkeit und Seriosität zu signalisieren.

- Schließlich sind Kundenbewertungen als **Meinungen nach Art. 5 I 1 GG** geschützt, der im Drittverhältnis zum Provider wertsetzende Bedeutung entfaltet. Der Provider kann daher Rezension nicht einfach löschen.

(2) Eine Handlungspflicht bzw. Verantwortung des Providers folgt auch **nicht** aus einer allgemeinen **Störerhaftung** in Anlehnung an § 1004 Abs. 1 Satz 1 BGB. Dagegen kann der Provider etwa im Urheberrecht für von ihm **adäquat kausal herbeigeführte Rechtsverletzungen** zur Verantwortung gezogen werden.

Beispiel: Ein Urheberrechtsberechtigter macht den Provider auf einen konkreten Fall des Filesharing durch Dritte auf seiner Website aufmerksam. Die zugrunde liegende Störung muss der Provider abstellen. Hier sind auch die §§ 7 ff. Telemediengesetz zu beachten, die die Verantwortlichkeit stark einschränken.

**Für das UWG verneint der BGH jedoch die Möglichkeit einer Störerhaftung** (BGH GRUR 2011, 152 – Kinderhochstühle im Internet I, Rn. 48). Der Grund liegt darin, dass es im UWG nicht um den Schutz vor der Verletzung absolut geschützter Rechtsgüter (wie in § 1004 BGB) geht, sondern um einzelne verbotene Verhaltensweisen. Deshalb ist für mögliche Normadressaten der Rechtsverstoß nicht in gleicher Weise erkennbar wie im Sachen- oder Urheberrecht. Die weitgreifende Störerhaftung passt daher nicht.

In der oben genannten Entscheidung stellte sich praktisch die Frage eines Verstoßes von B gegen § 11 I 1 Nr. 11 HWG. Die Norm lautet.

(1) Außerhalb der Fachkreise darf für Arzneimittel, Verfahren, Behandlungen, Gegenstände oder andere Mittel nicht geworben werden

...

Nr. 11 mit Äußerungen Dritter, insbesondere mit Dank-, Anerkennungs- oder Empfehlungsschreiben, oder mit Hinweisen auf solche Äußerungen, wenn diese in missbräuchlicher, abstoßender oder irreführender Weise erfolgen,

Dies führt zu der Frage, ob B iSd. „**geworben**“ hatte. Der BGH führt aus, dass es dafür **nicht ausreicht**, wenn die Äußerung der Kunden adäquat kausal auf das Verhalten des Providers zurückgeht. Denn dies hätte gerade eine Störerhaftung von Amazon bedeutet (was in der Entscheidung nicht weiter ausgeführt wird). B hätte jederzeit von Aktivlegitimierten nach § 8 Abs. 3 UWG auf Löschung von Kundenrezensionen in Anspruch genommen werden können. Eine **Werbung** durch den Provider liegt daher nur dann vor, wenn dieser sich die Aussagen der Kunden **zu eigen** macht, dh. **inhaltliche Verantwortung** für diese übernimmt. Maßgeblich ist dabei der **Horizont nach § 3 Abs. 4 Satz 1 UWG**. Soweit das Angebot des Providers und die Kundenrezensionen klar voneinander unterschieden sind und die Rezensionen als solche gekennzeichnet werden, geht der durchschnittliche Verbraucher nicht davon aus, dass der Provider selbst sich den Gegenstand der Rezensionen zu eigen macht. Eine Verantwortung von B besteht also auch insoweit nicht.

**Beachte jedoch Folgendes:** Mit der BGH-Entscheidung dürfte **noch nicht das letzte Wort** gesprochen sein. Gegen bestimmte Kundenrezension wird ein Provider dennoch vorgehen müssen, wenn er über die Gründe für ihre Rechtswidrigkeit erfährt. Das Problem ist aus anderen Bereichen

Jürgen Oechsler, Uni Mainz, UWG-Skript, 2021 24



des Medienrechts bekannt. Dort endet der Schutzbereich der Meinungsfreiheit etwa bei sog. **Schmähschreibung**, die auf Herabsetzung der Person des anderen zielt und nicht auf einen sachlichen Austausch von Argumenten. Es ist zu erwarten, dass der Provider bei offensichtlich rechtswidrigen Verstößen in Kundenrezensionen (rassistische Äußerungen) auf Zuruf aktiv werden muss. Diese liegen vor, wenn die tatsächlichen und rechtlichen Voraussetzungen des Rechtsverstoßes leicht beweisbar bzw. konkretisierbar sind.

Auch wird der Provider gegen unechte Kundenrezensionen vorgehen müssen, wenn diese getarnte Werbung nach § 5a Abs. 6 darstellen.

In folgenden beiden Entscheidungen ging der BGH übrigens wesentlich strenger gegen Amazon vor. BGH, 3.3.2016 - I ZR 110/15, GRUR 2016, 961 – **Herstellerepreisempfehlungen bei Amazon**  
BGH 3.3.2016 - I ZR 140/14, GRUR 2016, 936 - **Angebotsmanipulation bei Amazon.**

## **7. Der Missbrauch des Unterlassungsanspruchs nach § 8c UWG**

### **a) Dogmatik des Missbrauchseinwands**

Nach § 8c Abs. 1 UWG ist die Geltendmachung der Ansprüche aus § 8 Abs. 1 UWG unzulässig, wenn sie unter Berücksichtigung der gesamten Umstände **missbräuchlich** ist. Die Voraussetzungen des Missbrauchs konkretisieren sich aus den Regelbeispielen des § 8c Abs. 2 UWG. Allgemein beruht die Lehre vom Rechtsmissbrauch auf **§ 242 BGB**. Dogmatisch hat der Missbrauchseinwand zur Folge, dass ein Anspruch entsteht, der Inhaber jedoch wegen des Missbrauchsvorwurfs an seiner Geltendmachung gehindert ist. Bei der Prüfung des § 8 Abs. 1 UWG stellt daher der Einwand aus § 8c Abs. 1 UWG den letzten Prüfungspunkt dar. Liegt ein Missbrauch nach dieser Norm vor, ist die Abmahnung, die sich auf den Unterlassungsanspruch aus § 8 Abs. 1 UWG stützt (§ 13 Abs. 1 UWG) nicht berechtigt. Dann entsteht auch **kein Aufwendungsersatzanspruch nach § 13 Abs. 3 UWG**.

§ 8c UWG wurde durch das **Gesetz zur Stärkung des fairen Wettbewerbs** v. 26. November 2020 (BGBl. I S. 2568; in Kraft seit 1.12.2020) eingeführt. Die Norm orientiert sich an Fallgestaltungen wie

**BGH GRUR 2019, 638 – Kündigung der Unterlassungsvereinbarung:** Die Geschäfte des Händlers K laufen nicht gut, und er befindet sich daher in finanziellen Nöten. Seine wesentliche Einnahmequelle besteht darin, dass er sich bei seinen Konkurrenten als Käufer ausgibt, dabei nach Verstößen gegen die Verbraucherschutzrechtlichen Aufklärungspflichten sucht und diese gegebenenfalls abmahnt. B hat in Unkenntnis der Verhältnisse des K eine solche Abmahnung angenommen und dabei eine Unterlassungserklärung abgegeben, die durch ein

Jürgen Oechsler, Uni Mainz, UWG-Skript, 2021 25

Vertragsstrafeversprechen bewehrt ist. Als B das abgemahnte Verhalten wiederholt, fordert K Zahlung der Vertragsstrafe nach § 339 Satz 1 BGB. Der BGH gestattet B jedoch die Kündigung des Unterlassungsvertrages nach **§ 314 BGB** aus wichtigem Grund. Der wichtige Grund liegt in diesem Falle darin, dass zum Zeitpunkt der Annahme der Abmahnung die Voraussetzungen des § 8c UWG (§ 8 Abs. 4 UWG aF.) vorlagen, ohne dass B dies wusste. Diese Gründe standen dem Entstehen eines Unterlassungsanspruchs von vornherein entgegen.

**Der Kern des Missbrauchsvorwurfs** besteht darin, dass „*das beherrschende Motiv des Gläubigers bei der Geltendmachung des Unterlassungsanspruchs sachfremde, für sich genommen nicht schutzwürdige Interessen und Ziele sind.*“ (BGH GRUR 2019, 638 – Kündigung der Unterlassungsvereinbarung Rn. 21; BGH GRUR 2019, 966 – **Umwelthilfe** Rn. 33). Diese liegen vor allem in der Absicht der Gegenseite durch die Geltendmachung des Unterlassungsanspruchs einen Schaden zuzuführen bzw. – wie im vorliegenden Fall – die Geltendmachung von Unterlassungsansprüchen aus reiner Gewinnerzielungsabsicht zu betreiben. **Dominierende Schädigungs- und Gewinnerzielungsabsicht** stellen die tragenden Gründe für den Missbrauchsvorwurf dar. An dieser Überlegungen knüpft § 8c Abs. 2 UWG an.

#### **b) Regelbeispiele (Abs. 2)**

In Anlehnung an die Rechtsprechung hat der Gesetzgeber in § 8c Abs. 2 UWG einzelne Regelbeispiele geschaffen, anhand derer die Konkretisierung eines Missbrauchs möglich sein soll. Diese gelungene Regelung stellt das **Herzstück des Gesetzes zur Stärkung des fairen Wettbewerbs** v. 26. November 2020 (BGBl. I S. 2568; in Kraft seit 1.12.2020) dar. Beachten Sie bitte, dass es sich um **Regelbeispiele** (Wortlaut „im Zweifel“) handelt. Die Begründung eines Missbrauchs kommt unabhängig von diesen aufgrund dominierender Gewinnerzielungs- oder Schädigungsabsicht bei der Geltendmachung des Unterlassungsanspruchs in Betracht.

#### **aa) Schädigungsabsicht (Nr. 1)**

Ein Missbrauch liegt vor, wenn die Geltendmachung eines Anspruchs vorwiegend dazu dient, gegen den Zuwiderhandelnden einen Anspruch auf Ersatz von Aufwendungen (§ 13 Abs. 3 UWG) oder von Kosten der Rechtsverfolgung oder die Zahlung einer Vertragsstrafe entstehen zu lassen. In solchen Fällen fungiert die Geltendmachung des Unterlassungsanspruchs als Instrument des Behinderungswettbewerbs (§ 4 Nr. 4 UWG); denn sie dient vor allem dazu, einem lästigen Wettbewerber Kosten- und damit Wettbewerbsnachteile zuzufügen und damit seinen wirtschaftlichen Handlungsspielraum einzuschränken. Hinzu tritt das allgemeine zivilrechtliche Prinzip des **neminem**

**laedere** (niemandem schaden): Die Institute des Zivilrechts dürfen nicht mit dem Zweck eingesetzt werden, einem anderen Schaden zuzufügen.

Ein bekanntes Beispiel für Nr. 1 liegt in der **koordinierten Mehrfachabmahnung** (OLG Hamm MMR 2012, 170 – **Abmahnretour**). Dabei schließen sich mehrere Aktivlegitimierte iSd. § 8 Abs. 3 UWG zusammen und mahnen den Rechtsverletzer jeweils einzeln wegen derselben Tat ab. Dadurch vervielfältigen sich die gegen den Abgemahnten gerichteten Ansprüche aus § 13 Abs. 3 UWG. Regelmäßig steht hinter dieser Vorgehensweise kein anderes Ziel, als dem Rechtsverletzer ein erhöhtes finanzielles Opfer abzuverlangen. Zur gleichzeitigen Abmahnung durch mehrere Aktivlegitimierte kann es zwar immer auch zufällig kommen. Die damit verbundene erhöhte Kostenbelastung fällt in das vom Rechtsverletzer zu tragende Risiko; sie wäre ihm nämlich erspart geblieben, wenn er sich an das UWG gehalten hätte. Einen Missbrauch stellt es jedoch dar, wenn die Aktivlegitimierten die Abmahnung **untereinander abstimmen (koordinieren)**. Denn diese Art der Zusammenarbeit verfolgt allein das Ziel, dem Abzumahnenden einen finanziellen Schaden zuzufügen.

## **bb) Gewinnerzielungsabsicht als dominierendes Motiv (Nr. 2)**

Der Missbrauch nach Nr. 2 kennt folgende Voraussetzungen:

- (1) Es muss ein Mitbewerber (§ 8 Abs. 3 Nr. 1 UWG) tätig werden.
- (2) Dieser muss eine erhebliche Anzahl von Verstößen gegen die gleiche Rechtsvorschrift durch Abmahnungen geltend machen
- (3) Hinzu muss ein qualifizierender Umstand treten. Dabei nennt das Gesetz zwei Fälle:
  - a) Im ersten steht die **Anzahl der geltend gemachten Verstöße** außer Verhältnis zum Umfang der eigenen Geschäftstätigkeit. In diese Fallgruppe gehört die vom BGH entschiedene Konstellation „Kündigung der Unterlassungsvereinbarung“ (GRUR 2019, 638; S. 25).
  - b) Alternativ dazu tritt der Fall, dass der Mitbewerber das wirtschaftliche Risiko seines außergerichtlichen oder gerichtlichen Vorgehens nicht selbst trägt. Er ist in diesem Fall als **Strohmann** vorgeschoben, um den Hintermännern, die nicht aktivlegitimiert sind, aber die finanziellen Risiken der Rechtsdurchsetzung tragen, eine Abmahnung zu ermöglichen.

Zum Normzweck äußert sich der **Gesetzgeber** wie folgt (BT-Drucks. 19/12084, S. 29):

*„Missbräuchliche Abmahnungen werden oft in erheblicher Anzahl versandt, da der Anspruch auf Aufwendungsersatz auf Grund der Automatisierung der Abmahnung der Rechtsverletzung finanziell besonders attraktiv ist. Typisch für einen solchen Missbrauch ist, dass der Mitbewerber nur in geringem Umfang wirtschaftlich tätig ist und angesichts dessen oder angesichts einer hohen Zahl von*

*ausgesprochenen Abmahnungen zweifelhaft ist, ob er das wirtschaftliche Risiko selbst trägt, das er durch die Beauftragung eines Anwalts mit Abmahnungen eingeht. **Die Vermutung bezieht sich nur auf Mitbewerber**, da bei den übrigen Anspruchsberechtigten im Rahmen ihrer Tätigkeit üblicherweise eine höhere Anzahl von Verstößen geltend gemacht wird.“* (Hervorhebungen nur hier.

Bedenken Sie bitte stets, dass § 8c Abs. 2 Nr. 2 UWG **nur ein Regelbeispiel** darstellt (vgl. den Wortlaut des Einleitungssatzes: „ist im Zweifel anzunehmen“). Auch in anderen Fällen, in denen erkennbar die Gewinnerzielungsabsicht des Abmahnenden im Vordergrund steht, liegt ein Missbrauch vor. Denn die Abmahnung zielt auf Gewährleistung einer wettbewerblich orientierten Marktordnung (§ 1 Satz 2 UWG), ist aber nicht als Instrument für die Einnahmeerzielung eingerichtet. Deshalb kommt es in anderen Fällen nicht zwingend darauf an, ob der Abmahnende Crawler-Programme einsetzt oder ob er stets die Verletzung derselben Norm geltend macht, wenn sich aus anderen Gründen herausstellt, dass die Gewinnerzielungsabsicht das dominierende Motiv darstellt.

### **cc) Überhöhter Gegenstandswert der Abmahnung (Nr. 3)**

Nach Nr. 3 liegt ein Missbrauch vor, wenn ein Mitbewerber den Gegenstandswert für eine Abmahnung unangemessen hoch ansetzt.

Dazu äußert sich der **Gesetzgeber** wie folgt (BT-Drucks. 19/12084, S. 29):

*„Dies ist ein typisches Missbrauchszeichen, da der abmahnende Mitbewerber infolge eines höheren Gegenstandswertes einen höheren Aufwendungsersatz beanspruchen kann. Die übrigen Anspruchsberechtigten nach § 8 Absatz 3 können dagegen lediglich eine Kostenpauschale beanspruchen, weswegen der Gegenstandswert unerheblich ist.“*

Dazu sollten Sie folgendes wissen. Für die Herstellung einer Einigung mit der Gegenseite erhält der Rechtsanwalt eine sog. **Geschäftsgebühr** nach Nr. 2300 Vergütungsverzeichnis zum Rechtsanwaltsvergütungsgesetz (**Nr. 2300 RVG VV**; lesen). Der Gebührensatz orientiert sich nach § 13 RVG am Gegenstandswert der Sache (lesen!). Die Geschäftsgebühr nach Nr. 2300 RVG VV liegt zwischen dem 0,5- bis 2,5-fachen des Gebührensatzes nach § 13 RVV. Eine Gebühr von mehr 1,3 des Gebührensatzes kann jedoch nur gefordert werden, wenn die Tätigkeit umfangreich oder schwierig war. Durch Festsetzung des Gegenstandswertes im Abmahnungsschreiben bestimmt der Rechtsanwalt selbst über die Höhe der vom Abgemahnten verlangten Einnahmen nach § 13 Abs. 3 UWG. Er erschwert dem Abmahnenden damit zugleich die Rechtsverteidigung. Denn dieser kann einen Rechtsanwalt nur erfolgreich einschalten, wenn er diesem zuvor einen **Vorschuss nach § 9 RVG** geleistet hat. Das Honorar des vom Abgemahnten eingeschalteten Rechtsanwalts bestimmt sich jedoch ebenfalls nach Nr. 2300 RVG VV. Die finanziellen Mittel für den Vorschuss muss der

Jürgen Oechsler, Uni Mainz, UWG-Skript, 2021

Abgemahnte zunächst aufbringen, unabhängig davon, ob er später vom Abmahnenden wegen der fehlenden Berechtigung der Abmahnung **Ersatz der eigenen Aufwendungen** nach § 13 Abs. 5 Satz 1 UWG verlangen kann! Nr. 3 vereinigt daher Aspekte einer dominierenden Gewinnerzielungs- und Schädigungsabsicht.

#### **dd) Forderung oder Vereinbarung überhöhter Vertragsstrafen (Nr. 4)**

Missbräuchlich handelt der Abmahnende nach Nr. 4, wenn er offensichtlich überhöhte Vertragsstrafen vereinbart oder auch nur fordert.

Dazu äußert sich der **Gesetzgeber** wie folgt (BT-Drucks. 19/12084, S. 29): „

*„Das Regelbeispiel in Nummer 4 nennt die Vereinbarung oder Forderung von erheblich überhöhten Vertragsstrafen. Die Vermutung bezieht sich sowohl auf die Forderung eines konkreten Betrags als auch auf die Forderung einer überhöhten Summe, wenn entsprechend dem so genannten neuen Hamburger Brauch zunächst lediglich eine Vertragsstrafe „in angemessener Höhe“ vereinbart wurde. Eine angemessene Vertragsstrafe bemisst sich nach mehreren Gesichtspunkten, die in § 13a Absatz 1 UWG-E genannt werden und dem Abmahnenden zum Teil nicht alle bei der Vereinbarung oder Forderung einer Vertragsstrafe bekannt sein werden. Missbräuchlich ist daher nicht die Forderung einer zu hohen Vertragsstrafe, sondern lediglich einer erheblich überhöhten Vertragsstrafe. Daher wird nach Nummer 4 auch in solchen Fällen ein Missbrauch vermutet.“*

Zum Hamburger Brauch vgl. S. 45.

#### **ee) Erweiterung der Unterlassungspflicht (Nr. 5)**

Missbräuchlich handelt der Abmahnende nach Nr. 5 auch, wenn die vorgeschlagene Unterlassungsverpflichtung offensichtlich über die abgemahnte Rechtsverletzung hinausgeht.

Dazu äußert sich der Gesetzgeber wie folgt (BT-Drucks. 19/12084, S. 29)

*„Die Formulierung der geschuldeten Unterlassungsverpflichtung ist grundsätzlich Pflicht des Abgemahnten. Daher kann der Vorschlag einer Unterlassungsverpflichtung durch den Abmahnenden eine Erleichterung für den Abgemahnten sein, insbesondere weil es ihm offen steht, den Vorschlag selbst zu verändern und nur in dieser Form anzunehmen. Dennoch bietet ein solcher Vorschlag durch den Abmahnenden auch Raum für Missbrauch, indem Unterlassungsverpflichtungen vorgeschlagen werden, die deutlich über die geschuldete Verpflichtung zur Unterlassung hinausgehen und die die Wahrscheinlichkeit erhöhen, dass der Abgemahnte hiergegen verstößt. Da die Formulierung der geschuldeten Unterlassungsverpflichtung im Einzelfall sehr schwierig sein kann, wird missbräuchliches Handeln nur angenommen, wenn die vorgeschlagene Erklärung erheblich über die geschuldete Verpflichtung hinausgeht, beispielsweise wenn sich der Abgemahnte bei der unterlassenen Nennung der Aufsichtsbehörde im Impressum auf seiner Internetseite verpflichten soll, sein Impressum in Zukunft gemäß den gesetzlichen Vorgaben zu formulieren und damit jeder andere Verstoß gegen Impressumspflichten wie die unterlassene Nennung der Handelsregisternummer zur Verwirkung einer Vertragsstrafe führen würde.“*

Der Fall berührt auch eine Fragestellung **im systematischen Grenzbereich zum Kartellverbot** nach § 1 GWB bzw. Art. 101 AEUV. Eine auf die Abmahnung folgende Unterlassungsvereinbarung zwischen Konkurrenten schränkt nämlich die Freiheit des Wettbewerbs für den Abgemahnten ein. Sie bedeutet danach grundsätzlich eine Wettbewerbsbeschränkung. Dies ist wiederum nach der Lehre von den Nebenabreden (Art. 101 AEUV) unproblematisch, wenn die Ausübung der Freiheit zu einem Verstoß gegen das UWG führen würde. Denn der unlautere Wettbewerb ist nicht geschützt. Die Funktionsfähigkeit eines Marktes kann gerade davon abhängen, dass Freiräume für Nichtleistungs- und Behinderungswettbewerb beseitigt werden (§ 1 Satz 2 UWG). Entsprechend dürfte auch eine sog. systemimmanente Ausnahme von § 1 GWB vorliegen: Gebietet das UWG nämlich die Beschränkung eines Verhaltensspielraums, kann diese Beschränkung nicht nach dem GWB verboten sein. Geht die Freiheitsbeschränkung im Unterlassungsvertrag jedoch über das wettbewerbsrechtlich gebotene Maß hinaus, droht ein Kartellverstoß. Da dieser objektiv festgestellt wird, kommt es nicht darauf an, ob die Parteien rechtsirrtümlich die Grenzen überschritten haben. Die Beteiligten haften dann wegen fahrlässiger Begehungsweise als Kartellanten auf ein Bußgeld.

#### **ff) Unnötiger Verfahrensaufwand (Nr. 6 und Nr. 7)**

Nach Nr. 6 liegt ein Missbrauch vor, wenn mehrere Zuwiderhandlungen, die zusammen hätten abgemahnt werden können, einzeln abgemahnt werden. Nach Nr. 7 gilt dasselbe, wenn wegen einer Zuwiderhandlung, für die mehrere Zuwiderhandelnde verantwortlich sind, die Ansprüche gegen die Zuwiderhandelnden ohne sachlichen Grund nicht zusammen geltend gemacht werden. Beide Male geht es dem Abmahnenden im Zweifel darum, den eigenen Verdienst durch mehrfache Abrechnung der Geschäftsgebühr (oben S. 28) zu erhöhen bzw. dem Abgemahnten durch Erhöhung der Verfahrenskosten zu schaden.

#### **c) Konkurrenz mit der Missbrauchskontrolle nach § 8b UWG und § 4c UKlaG**

Problematisch war vorübergehend **das systematische Verhältnis des Missbrauchseinwands nach § 8c UWG zur Missbrauchskontrolle nach § 4c UKlaG** und (ab 1.12. 2021) zur Missbrauchskontrolle nach **§ 8b Abs. 3 UWG iVm. 4a UKlaG**.

Zum Hintergrund: Das Bundesamt für Justiz prüft, ob ein Unternehmensverband die Voraussetzungen der Aktivlegitimation nach § 8 Abs. 3 Nr. 2 UWG erfüllt. Diese folgen aus **§ 8b**

**Abs. 2 UWG.** In der Sache geht es darum, dass der Rechtsträger über eine solide finanzielle Ausstattung und einen Aufgabenbereich verfügt, in dessen Mittelpunkt gerade nicht das Betreiben von Abmahnungen steht. Genügt der Rechtsträger diesen Anforderungen trägt ihn das Bundesamt in die **Liste der qualifizierten Unternehmensverbände** ein. Dies gilt bereits jetzt; ab 1.12.2021 setzt die Aktivlegitimation jedoch die Eintragung des Wirtschaftsverbandes zwingend voraus. Stellt sich von diesem Zeitpunkt an nachträglich heraus, dass der Verband die Voraussetzungen des § 8b Abs. 2 UWG nicht mehr erfüllt, kann das Bundesamt nach § 8 Abs. 3 UWG iVm. § 4c Abs. 1 UKlaG dem Verband die Aktivlegitimation durch Entfernung aus der Liste der qualifizierten Wirtschaftsverbände entziehen. Bestehen zunächst nur einschlägige Zweifel und ist eine umfangreichere Prüfung erforderlich kann das Bundesamt nach § 4c Abs. 2 UKlaG **das Ruhen der Eintragung** für einen bestimmten Zeitraum anordnen. Während dieses Zeitraums hat der Träger dann keine Aktivlegitimation nach § 8 Abs. 3 Nr. 2 UWG (**§ 8 Abs. 4 UWG**).

Ähnlich verfährt das Bundesamt für Justiz bereits jetzt im Hinblick auf die Voraussetzungen einer Aktivlegitimation nach § 8 Abs. 3 Nr. 3 UWG (Verbraucherschutzverbände). Hier finden die §§ 4 ff. UKlaG direkte Anwendung.

Entstehen **nachträglich während eines Gerichtsstreits Zweifel daran, ob ein Träger die Voraussetzungen der Aktivlegitimation nach § 8 Abs. 3 Nr. 2 oder Nr. 3 UWG erfüllt**, kann das mit der Sache befasste Gericht den Rechtsstreit nach (§ 8b Abs. 3 UWG iVm.) **§ 4a Abs. 2 UKlaG** aussetzen und die Entscheidung des Bundesamtes nach § 4c UKlaG abwarten. **Problematisch** ist jedoch, inwieweit die im Rahmen des § 4a Abs. 2 UKlaG maßgeblichen Missbrauchsgründe auch im Rahmen des § 8b UWG berücksichtigt werden können.

Dies war Gegenstand der Entscheidung BGH GRUR 2019, 966 – **Umwelthilfe** Die Deutsche Umwelthilfe e.V. (U), die beim Bundesamt für Justiz in der Liste nach § 4 Abs. 1 UKlaG geführt wird, mahnt darin einen Mercedes-Händler ab, weil dieser falsch über den CO<sub>2</sub> -Ausstoß der Fahrzeuge auf seiner Internetseite informiert hatte. Der Händler wendet ein, dass U in den letzten Jahren sechsstellige Überschüsse erzielt habe und seinen Geschäftsführern sehr hohe Gehälter zahle.

Der BGH legt § 8c UWG (§ 8 Abs. 4 UWG aF.) unter Beachtung der Kompetenz des Bundesamtes nach § 4c UKlaG (§ 4 Abs. 4 UKlaG a.F.) aus (Rn. 37): Danach bezieht sich § 8c UWG auf die konkreten Fallumstände und § 4c UKlaG auf das Gesamtverhalten des Verbandes. Dennoch können Umstände, die in das Verfahren nach § 4c UKlaG eingehen, auch im Rahmen des § 8c UWG berücksichtigt werden (Rn. 37; sog. **doppelt relevante Tatsachen**. Die von U erzielten Umsätze erschienen dem BGH als solche jedoch unbedenklich, da ihre Erzielung die Tätigkeit der U nicht dominierte (Rn. 44). Dasselbe galt für die hohen Geschäftsführergehälter, weil sie im Verhältnis zu den Gesamtaufwendungen von U für die Rechtsverfolgung nicht aus dem Rahmen fielen (Rn. 46).

Mit 30.000 € hatte U auch den Streitwert gegenüber dem Händler nicht so hoch festgesetzt, dass von Schädigungsabsicht ausgegangen werden konnte (Rn. 47).

#### **d) Rechtsfolgen der missbräuchlichen Abmahnung (§ 13 Abs. 5 UWG)**

Im Falle der missbräuchlichen Abmahnung steht dem Abgemahnten ein Anspruch auf Aufwendungsersatz gegen den Abmahnenden nach § 13 Abs. 5 Satz 1 UWG **in drei Fällen** zu:

1. Der Anspruch besteht, wenn die Abmahnung **unberechtigt** ist, dh. wenn kein Anspruch aus § 8 Abs. 1 BGB besteht bzw. wenn diesem Anspruch der Missbrauchseinwand nach § 8c Abs. 1 BGB entgegengehalten werden kann. Der Aufwendungsersatzanspruch des Abmahnenden ist jedoch wiederum nach **§ 13 Abs. 5 Satz 4 UWG** ausgeschlossen, wenn die fehlende Berechtigung dem **Abmahnenden nicht erkennbar** war. Diese Norm soll verhindern, dass Abmahnungen in Bezug auf neuartige Fallgestaltungen möglich bleiben. Gerade weil in diesen Fällen keine Rechtsprechung ergangen ist, besteht ein großes rechtliches Interesse daran, dass einschlägige Probleme erkannt und einer Lösung zugeführt werden. Andererseits kann der Abmahnende nicht erkennen, wie die mit der Sache befassten Gerichte später urteilen werden. Den Abmahnenden entschuldigt im Fall des § 13 Abs. 5 Satz 4 UWG ein **unvermeidbarer Verbots- bzw. Erlaubnisirrtum**. Eine gefestigte Rechtsprechung muss er jedoch stets beachten. Ihre Unkenntnis führt nicht zum Untergang des Aufwendungsersatzanspruchs.

2. Der Aufwendungsersatzanspruch entsteht auch, wenn die Formerfordernisse des § 13 Abs. 2 UWG nicht gewahrt sind. Hier kommt es auf ein Verschuldenserfordernis beim Abmahnenden nicht an, wie der systematische Vergleich zum ersten Fall zeigt.

3. Der Aufwendungsersatzanspruch besteht schließlich auch dann, wenn der Abmahnende in den Fällen des § 13 Abs. 4 UWG einen Anspruch auf Aufwendungsersatz (§ 13 Abs. 3 UWG) geltend macht. Hier wird ebenfalls verschuldensunabhängig gehaftet.

In allen drei Fällen besteht der Anspruch nach § 13 Abs. 5 Satz 2 UWG **in Höhe der für Rechtsverteidigung gegen die Abmahnung erforderlichen Aufwendungen** und ist ferner auf die Höhe des Anspruchs beschränkt, den der Abmahnende seinerseits zuvor nach § 13 Abs. 3 UWG geltend gemacht hatte. Daran zeigt sich die Rechtsnatur des § 13 Abs. 5 Satz 1 UWG als **actus contrarius**: Es geht allein darum, das Unrecht der rechtswidrigen Abmahnung wiedergutzumachen.



Ein echter Schadensersatz nach § 249 Abs. 1 BGB steht dem Abgemahnten nach § 13 Abs. 5 Satz 1 UWG nicht zu. Allerdings darf er sonstige Ansprüche, etwa aus § 826 BGB, geltend machen (§ 13 Abs. 5 Satz 5 UWG).

## **VI. Besondere Rechtsfolgen**

Der Inhaber des Anspruchs aus § 8 Abs. 1 Satz 1 UWG hat gegen den Rechtsverletzer einen Unterlassungsanspruch. Diesen kann er durch Abmahnung (S. 41), im Klageweg (S. 48) oder im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes verfolgen (S. 51). Daneben treten weitere Rechtsfolgen.

### **1. Der Aufwendungsersatzanspruch (§ 13 Abs. 3 UWG)**

#### **a) Anspruchsgrundlage**

Ist die Abmahnung berechtigt und wird die Form des § 13 Abs. 2 UWG gewahrt, kann der Abmahnende vom Abgemahnten nach § 13 Abs. 3 UWG Ersatz der erforderlichen Verwendungen verlangen. Bevor der Gesetzgeber diese Anspruchsgrundlage ausdrücklich normiert hatte, gewährte die Rechtsprechung einen Anspruch auf Aufwendungsersatz aus **Geschäftsführung ohne Auftrag** nach §§ 683 Satz 1, 670 BGB und argumentierte so: Die Abmahnung stelle ein objektiv fremdes Geschäft des Abgemahnten dar (§ 677 BGB), so dass insbesondere der Fremdgeschäftsführungswille des Abmahnenden (§ 687 Abs. 1 BGB) vermutet wurde. Das Abstellen des Wettbewerbsverstoßes liege im objektiven Interesse des Rechtsverletzers (§ 683 Satz 1 BGB, erstes Erfordernis BGB). Deshalb werde vermutet, dass die Geschäftsbesorgung seinem Willen (§ 683 Satz 1 zweites Erfordernis BGB) entspreche. Diese Rechtsprechung ist **heute wegen der Spezialregelung des § 13 Abs. 3 UWG praktisch bedeutungslos**.

#### **b) Erforderlichkeitsmaßstab**

Der Abmahnende hat einen Anspruch auf Ersatz der **erforderlichen Aufwendungen** nach **§ 13 Abs. 3 UWG**.

Der Anspruch richtet sich auf Ersatz der **erforderlichen** Aufwendungen. Der zugrunde liegende Erforderlichkeitsmaßstab nimmt systematisch auf den Tatbestand § 670 BGB Bezug. Zugrunde liegt folgender **allgemeiner Rechtsgedanke**: Da der Aufwendungsberechtigte einseitige Entscheidungen treffen kann (Tätigung der Aufwendungen), für deren Folgen der Aufwendungsverpflichtete

verantwortlich ist (Aufwendungsersatz nach § 13 Abs. 3 UWG), muss der Entscheidungsspielraum des Aufwendungsberechtigten zum Schutz des Aufwendungsschuldners eingeschränkt werden. Ersatzfähig sind deshalb von vornherein nur Aufwendungen, die zur Erreichung des Ziels **geeignet** sind. Dabei gilt zu gleich auch ein **Erforderlichkeitsmaßstab**: Der Abmahnende muss im Zweifel den kostengünstigsten Weg wählen und darf keine Verschwendung von Mittel zu Lasten des Abgemahnten treiben. In diesem Zusammenhang stellt sich etwa die Frage, ob der Abmahnende **Rechtsanwaltskosten** ersetzt verlangen darf. Dazu bestehen folgende Grundsätze: Bei einer Abmahnung darf der Aktivlegitimierte wegen der rechtlichen Schwierigkeiten regelmäßig einen Rechtsanwalt einschalten (Grenze: Der Aktivlegitimierte ist selbst Rechtsanwalt mit Fachkenntnissen). Dies gilt auch, wenn der Aktivlegitimierte eine **eigene Rechtsabteilung** unterhält, sofern 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 daher keinen Anspruch darauf, an den Investitionen des Aktivlegitimierten zu partizipieren.

(2) Es gilt jedoch der Grundsatz „**neminem laedere**“ und der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz: Der Abmahnende darf der Gegenseite nicht mutwillig einen Schaden zu fügen. Im Zweifel muss er daher darlegen, warum die eigene Rechtsabteilung nicht eingeschaltet werden konnte (strittig).

### **c) Ausschluss des Aufwendungsersatzanspruchs**

Der Aufwendungsersatzanspruch nach § 13 Abs. 3 UWG ist ausgeschlossen, wenn die Abmahnung nicht berechtigt war. Dies ist insbesondere der Fall, wenn der Missbrauch **rechtsmissbräuchlich nach § 8c UWG** war.

Der Anspruch aus § 13 Abs. 3 UWG ist aber auch im Falle des **§ 13 Abs. 4 UWG in zwei Fällen** ausgeschlossen.

(1) Verstöße gegen **gesetzliche Informations- und Kennzeichnungspflichten im elektronischen Geschäftsverkehr oder in Telemedien (§ 13 Abs. 4 Nr. 1 UWG)**. Beide Male geht es um Tätigkeiten im Internet. Zum Zweck der Norm äußert sich der **Gesetzgeber** in der Regierungsbegründung (BT-Drucks. 19/12084, S. 32) wie folgt:

*„Die Ausnahme für Verstöße gegen Informations- und Kennzeichnungspflichten auf Telemedien berücksichtigt den Umstand, dass der Großteil der Abmahnungen von Wettbewerbern wegen Verstößen im Online-Handel ausgesprochen wird, weil in diesem Bereich **Verstöße durch den Einsatz von Crawlern einfach und automatisiert festgestellt werden können** und zahlreiche besondere Informationsverpflichtungen bestehen. **Beispiele für Kennzeichnungs- und Informationspflichten** sind § 5 des Telemediengesetzes, Informationspflichten in Fernabsatzverträgen nach § 312d des Bürgerlichen Gesetzbuches (BGB), die Pflicht zur Widerrufsbelehrung und die Vorschriften der Preisangabenverordnung. Hierunter fallen auch Verstöße gegen **datenschutzrechtliche Informationspflichten**. Es muss sich **nicht um spezifische** Informations- und Kennzeichnungspflichten im Online-Handel oder auf Webseiten handeln, sondern es ist **ausreichend, dass die Verstöße in diesem Bereich auftreten**. Die Verpflichtung muss nicht die Begriffe „informieren“ oder „kennzeichnen“ beinhalten. Es darf sich jedoch **nicht um Warnhinweise** handeln, auch die **grundsätzliche Pflicht zur Kennzeichnung geschäftlicher Handlungen** ist nicht erfasst.“*

Die Norm schützt die im Internet tätigen Unternehmen in ihrer wirtschaftlichen Handlungsfreiheit. Das Verbraucherschutz-, Datenschutz- und Steuerrecht, aber auch die Preisangabenverordnung statuieren eine Vielzahl von Angabe und Informationspflichten.

Beispiel: B bietet im Internet wahlweise den Versand ins Ausland an, nennt aber die Frachtkosten für die in Betracht kommenden Destinationen nicht. Darin liegt ein Verstoß gegen § 1 Abs. 2 Satz 2 Preisangabenverordnung, der über § 3a UWG einen Unterlassungsanspruch begründen kann. Der zugrunde liegende Verstoß wiegt jedoch aus Sicht der betroffenen Verbraucher nicht schwer. Wer sich von B in Kanada beliefern lassen will, weiß, dass Mehrkosten auf ihn zukommen und wird im Zweifel nachfragen. Der Zweck der Norm, den Verbraucher vor Angeboten zu schützen, die nur scheinbar vorteilhaft sind, wird daher nur in ganz geringem Umfang berührt.

Dem häufig geringen Interesse der Rechtsordnung an der Abstellung solcher Verstöße steht die Möglichkeit der Etablierung eines Geschäftsmodells gegenüber, das durch automatisiertes Auffinden und automatisierte Abmahnung solcher Verstöße vor allem auf Einnahmerzielung gemäß § 13 Abs. 3 UWG gerichtet ist. Dies soll § 13 Abs. 4 UWG durch einen pauschalen Anspruchsausschluss verhindern.

Als Beispiele für betroffene Informationspflichten nennt der Gesetzgeber (vgl. die Begründung) die Impressumspflicht des Internetproviders nach § 5 TMG, die Belehrung hinsichtlich der Voraussetzungen des Fernabsatzwiderrufs (§ 312d BGB) und die Vorschriften nach der Preisangabeverordnung. Ansonsten gelten folgende Prinzipien:

- es muss sich **nicht** um Pflichten handeln, die nur ein im Internet tätiges Unternehmen treffen, sondern es genügt, dass die Pflichtverletzung im Bereich des Internethandels erfolgt. Denn gerade diese sind durch Crawler-Programme zu ermitteln.
- Normen, die einschlägige Pflichten begründen, müssen nicht die Schlüsselworte „informieren“ und „kennzeichnen“ beinhalten.

- Die Kennzeichnung einer geschäftlichen Handlung, deren kommerzieller Charakter nach **§ 5a Abs. 6 UWG** nicht durchschaut werden kann (**verschleierte Werbung**), fällt jedoch nicht unter die Norm. Hier bleibt der Aufwendungsersatzanspruch bestehen
- In den Fällen des § 13 Abs. 4 Nr. 1 UWG ist der Aufwendungsersatzanspruch sämtlichen Aktivlegitimierten (§§ 8 Abs. 3 Nr. 1 bis Nr. 4, 8a UWG) verwehrt.

(2) Sonstige **Verstöße gegen die Datenschutz-Grundverordnung (EU) 2016/679** und das Bundesdatenschutzgesetz

**Voraussetzung** ist allerdings, dass der Abgemahnte **in der Regel** weniger als **250 Mitarbeiter** beschäftigt. Dadurch sollen Kleinunternehmen geschützt werden, die keine Rechtsabteilung unterhalten, so dass eine vollständige Datenschutz-Compliance nicht geleistet werden kann. Dazu der Gesetzgeber BT 19/12084, S. 32:

*„Die sämtliche Datenschutzverstöße einbeziehende Sondervorschrift in Nummer 2 trägt den Sorgen insbesondere kleiner Unternehmen sowie gemeinnütziger Vereine vor kostenpflichtigen Datenschutzabmahnungen Rechnung.“*

## **2. 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. 1 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

Jürgen Oechsler, Uni Mainz, UWG-Skript, 2021

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 Rückrufflicht zielt auf die Beseitigung eines bestehenden Unrechtszustandes und ist deshalb nur als Beseitigungsanspruch begründbar. Der BGH geht davon aus, dass die Rückrufflicht 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.

### **3. 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.

#### 4. 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 €?

Der geltend gemachte Schaden fällt nicht in den Schutzzweck der verletzten Norm (§ 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG; BGH Rn. 15 ff.). Denn diese schützt den Angerufenen nicht vor der Überrumpelung am Telefon (wie etwa das Fernabsatzwiderrufsrecht) und erlaubt daher keine Rückgängigmachung des Jürgen Oechsler, Uni Mainz, UWG-Skript, 2021

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**).

## 5. 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. Aufmerksamkeit hat die Norm vor allem dadurch erlangt, dass die Aktivlegitimierten **keine Prozessfinanzierer** einschalten dürfen, die die Klage finanziell unterstützen (BGH GRUR 2018, 1166– Prozessfinanzierer I und GRUR 2019, 850 – Prozessfinanzierer II). Das Gericht begründet dies mit der Überlegung, der Gesetzgeber habe den Anspruch bewusst so ausgestaltet, dass er nicht zwecks Einnahmeerzielung geltend gemacht werden könne. Dieses Ziel sei jedoch durch Einschaltung eines Prozessfinanzierers gefährdet. In diesem Fall stehe dem Anspruch des aktivlegitimierten Verbraucherverbandes der Einwand rechtsmissbräuchlichen Verhaltens (§ 242 BGB) entgegen.

## VII. Verfahrensrecht

### 1. Entscheidungskriterien für das praktische Vorgehen

Der Gläubiger aus § 8 Abs. 1 Satz 1 UWG hat drei praktische Möglichkeiten gegen einen Wettbewerbsverstoß vorzugehen: durch Abmahnung nach § 13 Abs. 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. Die Abmahnung (§ 13 UWG)

### a) Überblick

Die in § 13 Abs. 1 UWG geregelte Abmahnung stellt einen **außergerichtlichen Rechtsbehelf** dar, mit dem ein Rechtsstreit ohne Bemühung des Gerichts abgeschlossen werden kann. Zu diesem Zweck sendet eine Seite der anderen ein Schreiben zu (§ 13 Abs. 2 UWG). In diesem wird die Gegenseite zu dem Versprechen aufgefordert (§ 145 BGB), ein bestimmtes, vermeintlich gegen das UWG verstoßendes Verhalten in der Zukunft zu unterlassen. Nimmt der Abgemahnte diesen Antrag an, kommt eine Unterlassungsvereinbarung zustande (S. 42). Um die Einhaltung der daraus resultierenden Unterlassungspflicht abzusichern, wird der Adressat zusätzlich aufgefordert, eine Vertragsstrafe für den Fall der Zuwiderhandlung zu versprechen. Nimmt der abgemahnte auch diesen Antrag an, kommt ein Vertragsstrafeversprechen nach § 339 BGB zustande (ab S. 43 ff.). Die Kombination beider Vereinbarungen wird etwas verkürzt als **Abgabe einer strafbewehrten Unterlassungserklärung** durch den Abgemahnten bezeichnet. Sie lässt die Wiederholungsgefahr nach § 8 Abs. 1 Satz 1 UWG entfallen (S. 43). Der Abmahnende kann also aufgrund dieser Norm keine Klage mehr erheben. Dem Abmahnenden wiederum steht ein Anspruch auf Aufwendungsersatz nach § 13 Abs. 3 UWG zu (ab S. 33).

### b) Form und praktischer Mindestinhalt

**§ 13 Abs. 2 UWG** regelt die bei der Abmahnung einzuhaltenden Formerfordernisse. Die Verletzung der Norm führt dazu, dass die Abmahnung nicht berechtigt ist. In diesem Fall steht dem Abmahnenden kein Anspruch auf Aufwendungsersatz nach § 13 Abs. 3 UWG zu. Auch braucht der Adressat im Falle eines Verstoßes gegen § 13 Abs. 2 UWG nicht auf das Abmahnschreiben zu reagieren. Wird er später im Verfahren auf Erlass einer einstweiligen Verfügung oder im Klagewege in Anspruch genommen, kann er den Klageantrag immer noch mit der **Wirkung des § 93 ZPO** sofort anerkennen, mit der Folge, dass die andere Seite die Prozesskosten trägt! Denn der Beklagte hat mit der Nichtreaktion auf eine unberechtigte Abmahnung keinen Anlass zur Klage gegeben.

Wichtig erscheint noch **folgender Zusammenhang**: § 13 Abs. 2 UWG erwähnt das Vertragsstrafeversprechen unter den Formvoraussetzungen nicht. Fällt daher die in der Abmahnung geforderte **Vertragsstrafe zu hoch** aus, führt dies nicht dazu, dass die Abmahnung unberechtigt wird. Vielmehr tritt die Rechtsfolge des § 13a Abs. 4 UWG ein, und die Vertragsstrafe wird kraft Gesetzes auf das angemessene Maß herabgesetzt.

Regelmäßig besteht die Abmahnung in einem Schreiben an den vermeintlichen Rechtsverletzer und hat **aus praktischen Erfordernissen heraus folgenden Mindestinhalt**:

- (1) Der Absender muss sich selbst identifizieren (§ 13 Abs. 4 Nr. 1 UWG)
- (2) Der Absender muss den Empfänger auffordern, ein **bestimmtes Verhalten** für die Zukunft zu unterlassen (§ 13 Abs. 2 Nr. 4 UWG). Dieses Verhalten ist Gegenstand des Unterlassungsanspruchs nach § 8 Abs. 1 Satz 1 UWG.
- (3) Ferner fordert der Absender den Täter regelmäßig auf, ein **Vertragsstrafeversprechen** nach § 13a Abs. 1 UWG i.V.m. § 339 Satz 2 BGB in einer vom Absender bestimmten Höhe für den Fall abzugeben, dass der Täter dem Unterlassungsversprechen zuwiderhandelt. Dies ist nur in den Fällen des § 13a Abs. 4 UWG untersagt.
- (4) Der Absender muss dem Empfänger eine **Frist** für die Abgabe der Erklärungen nach (2) und (3) setzen.
- (5) Der Absender teilt dem Empfänger die **Höhe** seiner Forderung auf **Aufwendungsersatz** nach § 13 Abs. 3 UWG mit (§ 13 Abs. 2 Nr. 3 UWG). Ist der Aufwendungsersatzanspruch kraft Gesetzes ausgeschlossen (§ 13 Abs. 4 UWG), muss hingegen gerade dieser Umstand mitgeteilt werden (§ 13 Abs. 2 Nr. 5 UWG).

### c) Der Unterlassungsvertrag

Die Abmahnung enthält einen Antrag (§ 145 BGB) auf Abschluss eines Unterlassungsvertrags (früher auch: Unterwerfungsvertrages). Die Parteien vereinbaren darin, dass der Abgemahnte die in Bezug genommene geschäftliche Handlung in der Zukunft nicht wiederholen wird. Wird die Einhaltung dieser Vereinbarung zugleich durch Vereinbarung einer Vertragsstrafe nach § 339 Satz BGB abgesichert (sog. **strafbewehrtes Unterlassungsversprechen**), **entfällt die Wiederholungsgefahr** nach § 8 Abs. 1 Satz 1 BGB (S. 43). Mit dem Wegfall der Wiederholungsgefahr wiederum geht der Anspruch aus § 8 Abs. 1 Satz 1 UWG unter.

An die Stelle des untergegangenen Anspruchs aus § 8 Abs. 1 Satz 1 UWG tritt ab diesem Zeitpunkt der **Anspruch aus der Unterlassungsvereinbarung**. Dieser hängt in seinen Voraussetzungen nicht mehr davon ab, ob der Abgemahnte zuvor tatsächlich das UWG verletzt hatte. Vielmehr stellt die Unterlassungsvereinbarung die Unterlassungspflicht des zuvor Abgemahnten auf **eine eigenständige rechtliche Grundlage**. Die Rechtsprechung versteht diese Rechtsfolge als „**eine Novation in der Form eines abstrakten Schuldversprechens**“ nach § 780 BGB (BGHZ 130, 288, 297 – Kurze Verjährungsfrist). Nahe läge zunächst auch ein Vergleichsschluss nach § 779 Abs. 1 BGB. Doch liegen dessen Voraussetzungen – näher besehen – nicht vor, weil bei einem Vergleich beide Seiten nachgeben müssen. Der Abmahnende aber gibt im Unterlassungsvertrag gerade nicht iSd. § 779 Abs. 1 BGB nach. Allenfalls lässt sich daher von einer **vergleichsähnlichen Wirkung** der Unterlassungsvereinbarung sprechen.

### **3. Das Vertragsstrafversprechen (§ 13a UWG)**

#### **a) Überblick**

Durch das **Vertragsstrafversprechen** nach § 339 Satz 2 BGB sichert der Abgemahnte den Abmahnenden für die Zukunft ab. Denn hält sich der Abgemahnte nicht an sein Versprechen aus dem Unterlassungsvertrag (ab S. 42), kann der Abmahnende von ihm Entrichtung der vereinbarten Vertragsstrafe verlangen. Die **Anspruchsgrundlage** dafür liegt in **§ 339 Satz 2 BGB**. § 13a UWG hingegen geht auf das **Gesetz zur Stärkung des fairen Wettbewerbs** v. 26. November 2020 (BGBl. I S. 2568; in Kraft seit 1.12.2020) zurück und soll kleinere Unternehmen vor Missbräuchen beim Verlangen eines Vertragsstrafversprechens schützen.

#### **b) Wegfall der Wiederholungsgefahr**

Verbindet der Abgemahnte die Unterlassungserklärung mit einem Vertragsstrafversprechen (sog. **strafbewehrte Unterlassungserklärung**), entfällt die Wiederholungsgefahr nach § 8 Abs. 1 Satz 1 UWG. Denn der Abmahnende kann nun jeden Verstoß gegen das Unterlassungsversprechen durch Geltendmachung eines Anspruchs auf Entrichtung der Vertragsstrafe aus § 339 Satz 2 BGB wirkungsvoll geltend machen.

Umgekehrt lässt eine einfache (isolierte) Unterlassungserklärung des Abmahnenden die **Wiederholungsgefahr nach § 8 Abs. 1 Satz 1 UWG nicht entfallen**, wenn der **Abgemahnte die Abgabe eines Vertragsstrafeversprechens verweigert**. Der Grund liegt in folgender Überlegung: Die Abgabe des Versprechens stellt eine einfache Möglichkeit dar, den Rechtsstreit zu beenden. Der Schuldner braucht dabei eine Inanspruchnahme nach § 339 Satz 2 BGB auch nicht zu fürchten, wenn er sich in der Folge an sein Unterlassungsversprechen hält. Deshalb ist die Abgabe des Versprechens für ihn auch nicht mit weitergehenden finanziellen Belastungen verbunden. Verweigert er unter diesen Umständen die Abgabe eines Vertragsstrafeversprechens dennoch, zeigt sich daran, dass er sich dem Unterlassungsanspruch des Abmahnenden nicht ernsthaft unterwerfen will.

Das **Gesetz zur Stärkung des fairen Wettbewerbs** v. 26. November 2020 (BGBl. I S. 2568; in Kraft seit 1.12.2020) hat jedoch ein neues **Problem** entstehen lassen: In den Fällen des **§ 13a Abs. 2 UWG** (Erstatt durch Kleinunternehmen im Bereich der Informationspflichten im Internet), kann ein Vertragsstrafeversprechen vom Abmahnenden nicht verlangt werden. Nach dem Wortlaut der Norm handelt es sich um eine Vorschrift iSd. § 134 BGB, die dem wirksamen Zustandekommen eines Vertragsstrafeversprechens entgegensteht. In diesen Fällen muss die **Wiederholungsgefahr** daher nach § 8 Abs. 1 Satz 1 UWG **durch eine isolierte Unterlassungserklärung** beseitigt werden können. Dogmatisch lässt sich dies so begründen, dass aufgrund der Rechtsnatur der Verletzung als Erstatt und dem geringen Gewicht des Verstoßes nach § 13a Abs. 2 UWG unwiderleglich vermutet wird, dass das bloße Wort des Abgemahnten genügt.

### c) Dogmatik des Vertragsstrafeversprechens nach § 339 BGB

Das Vertragsstrafeversprechen beruht auf einer Vereinbarung zwischen Gläubiger und Schuldner nach § 339 Satz 1 BGB. Diese wird regelmäßig als **Nebenabrede** zu einem Hauptvertrag geschlossen und beruht auf einem eigenen Konsens der Parteien. Das Vertragsstrafeversprechen hat dabei **zwei Funktionen**: Erstens soll es einen negativen Anreiz zur Erfüllung einer Pflicht (§ 362 Abs. 1 BGB) setzen. Leistet der Schuldner zu spät oder falsch, schuldet er – je nach Vereinbarung – die ausbedungene Vertragsstrafe, was ihn im Vorfeld dazu motiviert die geschuldete Leistung in der vereinbarten Weise zu erbringen. Gleichzeitig **pauschalisiert** das Vertragsstrafeversprechen die **Schadenshöhe**. Hat der Bauunternehmer das Fundament zu spät fertig gestellt, wird danach die Vertragsstrafe in voller Höhe fällt. Der Besteller braucht nicht zu beweisen, dass ihm durch die Verzögerung ein Schaden in dieser Höhe entstanden ist. Soweit ein Nichtunternehmer eine Vertragsstrafe verspricht, kann er jedoch nach **§ 343 BGB** eine gerichtliche Herabsetzung der

Jürgen Oechsler, Uni Mainz, UWG-Skript, 2021

Vertragsstrafe verlangen, wenn er beweisen kann, dass der tatsächlich eingetretene Schaden geringer ist als die Höhe der Vertragsstrafe. Nach **§ 348 HGB** ist dies jedoch nicht möglich, wenn der Schuldner des Vertragsstrafeversprechens ein Kaufmann (= ein Unternehmer) ist. **Mit § 348 HGB Norm bricht allerdings § 13a Abs. 4 UWG.**

Im Wettbewerbsrecht sowie im Urheberrecht und dem Recht des gewerblichen Rechtsschutzes besteht jedoch seit langem auch der sog. **Hamburger Brauch**. Danach verpflichtet sich der Schuldner zu einer Vertragsstrafe, die **ins Ermessen des Gläubigers** gestellt wird. Dadurch soll der Gläubiger zu einem späteren Zeitpunkt der Schwere des Verstoßes (Anzahl der Einzelverstöße, wirtschaftliche Bedeutung) Rechnung tragen können (vgl. etwa OLG Brandenburg, 18.2.2020 – 6 U 19/19, juris-Rn. 60). Entsteht Streit um die Höhe der Vertragsstrafe, stellen die Gerichte die Höhe der Vertragsstrafe nach Kriterien fest, die jetzt in § 13a Abs. 1 UWG normiert sind.

#### **d) Der Schutz vor Vertragsstrafeverlangen nach § 13a UWG**

Im UWG dient das Vertragsstrafeversprechen der Absicherung des Unterlassungsanspruchs aus dem Unterlassungsvertrag. Verstößt der Abgemahnte später gegen sein eigenes Unterlassungsversprechen, schuldet er nach **§ 339 Satz 2 BGB** die zuvor vereinbarte Vertragsstrafe. § 13a UWG will hingegen kleinere Unternehmen davon schützen, in einem ersten Schritt hohe Vertragsstrafen einzugehen, um dann in einem zweiten Schritt von der Gegenseite auf dieser Grundlage in Anspruch genommen zu werden, weil die Unterlassungsvereinbarung vermeintlich verletzt wurde. Die Norm enthält folgende Regelungen:

##### **aa) Ausschluss der Vertragsstrafe (§ 13a Abs. 2 UWG)**

Die Vereinbarung einer Vertragsstrafe ist im Falle des § 13a Abs. 2 UWG ausgeschlossen. Dies bedeutet, dass die Vereinbarung nach § 339 Satz 1 BGB gemäß **§ 134 BGB** nichtig ist. Voraussetzung dafür ist:

(1) Die Abmahnung muss durch einen **Mitbewerber nach § 8 Abs. 3 Nr. 1 UWG** ergehen. Der **Zweck für diese Sonderbehandlung** sowie für § 13a Abs. 2 UWG insgesamt liegt für den Gesetzgeber darin, dass gerade Mitbewerber Verstöße gegen die Datenschutz-Grundverordnung und das Telemedienrecht in der Vergangenheit dazu genutzt haben, um Konkurrenten zu schaden.

Deshalb sollen gerade diese Aktivlegitimierten im Falle der Erstbegehung durch ein vergleichsweise kleines Unternehmen keine Vertragsstrafe verlangen können (BT-Drucks. 19/12084, S. 33 f.).

(2) Die Abmahnung muss einen **Verstoß iSd. § 13 Abs. 4 UWG** betreffen (vgl. zu dieser Norm ab S. 34). Etwas verkürzt geht es um die Verletzung von Kennzeichnungs- und Informationspflichten im elektronischen Geschäftsverkehr (§ 13 Abs. 4 Nr. 1 UWG) oder im Bereich der Telemedien (= Internet) bzw. eine Verletzung der Vorschriften der Datenschutz-Grundverordnung (§ 13 Abs. 4 Nr. 2 UWG).

(3) Bei dem Gesetzesverstoß muss es sich um eine **Erstbegehung durch den Abgemahnten** handeln. Dieses Tatbestandsmerkmal wird künftig **Probleme** aufwerfen.

Erstes Beispiel: Der Täter hat gegen die Datenschutz-Grundverordnung verstoßen, wird jetzt aber wegen Verletzung der Impressumspflicht nach § 5 Telemediengesetz (TMG) abgemahnt. Beide Male handelt es sich um Verstöße nach § 13 Abs. 4 UWG. Ausschlaggebend dürfte jedoch der **Zweck des § 13a Abs. 2 UWG** sein, dem Rechtsverletzer bei einem geringen Unrechtsgehalt der Tat die Belastungen zu ersparen, die von der Abgabe eines Vertragsstrafeversprechens ausgehen. Dies spricht dafür, dass der Verstoß gegen § 5 TMG in Zweifel als eigenständige Erstbegehung gewertet wird, weil sich in ihm das Unrecht der vorangegangenen Tat nicht wiederholt.

**Zweites Beispiel:** Der Täter hat in der Vergangenheit gegen § 5 Abs. 1 Nr. 1 TMG verstoßen und verletzt nun den § 5 Abs. 1 Nr. 2 TMG. Hier verwirklicht sich in der Folgetat zwar kein identischer Unwert. Der Täter muss sich jedoch vorwerfen lassen, dass er die erste Verletzung des § 5 Abs. 1 TMG nicht zum Anlass genommen hat, sein weiteres Verhalten auf die vollständige Befolgung des § 5 TMG auszurichten. Hier liegt also keine Erstbegehung vor.

(4) Es muss sich um ein Unternehmen handeln, das **in der Regel** weniger als **100 Mitarbeiter** beschäftigt. Der Zweck der Regelung dürfte darauf beruhen, dass ein solches Unternehmen keine auf das UWG spezialisierte Rechtsabteilung unterhält. Das Tatbestandsmerkmal „in der Regel“ zeigt, dass nicht der Beschäftigungsstand im Zeitpunkt des Zugangs der Abmahnung zugrunde zu legen ist, sondern eine langfristige Betrachtungsweise.

## **bb) Anspruch auf angemessene Vertragsstrafe (§ 13a Abs. 1, 3 und 4 UWG)**

**§ 13a Abs. 1 UWG** stellt Kriterien für die angemessene Höhe der Vertragsstrafe auf. Der Gesetzgeber orientiert sich dabei an den Grundsätzen der Rechtsprechung zum sog. Hamburger Brauch (oben S. 45; BT-Drucks. 19/12084 S. 33). Der BGH wiederum lässt sich von folgendem Grundgedanken leiten (BGH GRUR 1994, 146 – Vertragsstrafebemessung, juris-Rn 20):

„...*(F)ür die Angemessenheit einer verwirkten Vertragsstrafe kommt es in erster Linie auf den **Sanktionscharakter** der Vertragsstrafe und auf ihre Funktion der **Vermeidung weiterer Zuwiderhandlungen** an...*, also - insoweit ähnlich wie bei der Festsetzung angemessener Ordnungsmittel im Sinne des § 890 ZPO – auf die Beurteilung der Schwere und des Ausmaßes der begangenen Zuwiderhandlung gegen den Titel, auf deren Gefährlichkeit für den Gläubiger, auf das Verschulden des Verletzers und auf dessen - zu beseitigendes - Interesse an weiteren gleichartigen Begehungshandlungen...“

Eine Spezialregelung betreffend die Angemessenheit der Höhe einer Vertragsstrafe beinhaltet § **13a Abs. 3 UWG**. Danach soll die Vertragsstrafe in einem Bagatellfall höchstens 1.000 € betragen. Die Norm kennt folgende Voraussetzungen:

(1) Die Zuwiderhandlung muss angesichts ihrer Art, ihres Ausmaßes und ihrer Folgen die Interessen von Verbrauchern, Mitbewerbern und sonstigen Marktteilnehmern **in nur unerheblichem Maße** beeinträchtigen. Die Norm wirkt systematisch etwas verunglückt: Denn unerhebliche Verstöße gegen das UWG führen mangels Spürbarkeit nach § 2 Abs. 1 Nr. 8 UWG nicht zu einer Normverletzung. In den Ausnahmebereichen, in denen eine Spürbarkeitsprüfung nicht stattfinden darf (§ 7 Abs. 2 UWG sowie § 3 Abs. 3 iVm. der Schwarzen Liste), stellt § 13a Abs. 3 UWG den Per-Se-Verbots-Charakter der Normen infrage. Problematisch ist, ob auf dieser Grundlage Normen wie die Tatbestände der Schwarzen Liste zur UGP-Richtlinie i.S.d. europarechtlichen Effizienzgrundsatzes umgesetzt werden.

(2) Der Abgemahnte muss in der Regel **weniger als 100 Mitarbeiter** beschäftigen. Das Tatbestandsmerkmal „in der Regel“ zeigt, dass nicht der Beschäftigungsstand im Zeitpunkt des Zugangs der Abmahnung zugrunde zu legen ist, sondern eine langfristige Betrachtungsweise.

Nach § **13a Abs. 4 UWG** wird eine tatsächlich vereinbarte Vertragsstrafe **kraft Gesetzes** auf den angemessenen Betrag nach § 13a Abs. 1 UWG herabgesetzt. § 13a Abs. 4 UWG fällt in zweifacher Hinsicht aus dem systematischen Rahmen des deutschen Zivilrechts: Denn in allen anderen Fällen muss ein Gericht die Vertragsstrafe durch Gestaltungsurteil auf den angemessenen Betrag herabsetzen (§ 343 BGB). Auch können Vertragsstrafen, die ein Unternehmer abgegeben hat, nach § 348 HGB gerade nicht herabgesetzt werden. Die Norm fordert daher **Kritik** heraus, weil sie den Parteien **keine abschließende, außergerichtliche Klärung des Rechtsstreits durch strafbewehrte Unterlassungserklärung ermöglicht**, sondern den sog. Hamburger Brauch (S. 45) zum Regelfall erhebt. Denn der Abmahnende muss nun stets damit rechnen, im Falle einer Verletzung der Unterlassungspflicht durch die Gegenseite in einen Folgerechtsstreit über die Frage der Höhe der Vertragsstrafe verwickelt zu werden. Dabei leisten die vage gehaltenen Kriterien für die

Konkretisierung der Angemessenheit in § 13a Abs. 1 UWG bedauerlicherweise keinen Beitrag zur Rechtssicherheit.

### 3. Die Klageerhebung

Bei der Zulässigkeit einer auf § 8 Abs. 1 Satz 1 UWG gestützten Klage steht die **Zuständigkeit** des Gerichts im Mittelpunkt und muss in einer Klausur angesprochen werden.

Überprüfen Sie bitte kurz (und stellen Sie dies bei Abwesenheit von Problemen in einem Satz positiv fest), dass das **Rechtsschutzbedürfnis** für die Klage vorhanden ist, weil kein weniger aufwendiger Weg eröffnet ist, um den Rechtsstreit zu beenden. Da es dem Kläger regelmäßig um die Herbeiführung einer gerichtlichen Klärung einer das UWG betreffenden Rechtsfrage geht, entfällt das Rechtsschutzbedürfnis nicht durch Annahme der Abmahnung durch die Gegenseite.

Im Falle der **Feststellungsklage** erfordert § 256 Abs. 1 ZPO als besondere Klagevoraussetzung ein Feststellungsinteresse. Dieses tritt bei der Prüfung an die Stelle des allgemeinen Rechtsschutzbedürfnisses.

#### a) Zuständigkeit

§ 14 Abs. 1 UWG regelt die **sachliche Zuständigkeit**. Danach sind für zivilrechtliche Klagen aufgrund des UWG die Landgerichte (LG) zuständig. Auf diese Weise soll eine Spezialisierung bestimmter Kammern beim LG im Wege der Geschäftsverteilung erreicht werden (vgl. auch § 14 Abs. 3 UWG). Diese Regelung hat **ausschließliche Wirkung**. Dies bedeutet, dass die Parteien die Zuständigkeit des Amtsgerichts nicht durch Vereinbarung (§ 38 ZPO) oder durch rügelose Verhandlung (§ 39 ZPO) begründen können. Eine dort erhobene Klage muss als unzulässig abgewiesen werden.

§ 14 Abs. 2 UWG regelt die **örtliche Zuständigkeit**. Danach ist für die Klagen das Gericht am allgemeinen Gerichtsstand des Beklagten zuständig. Handelt es sich beim Beklagten um eine natürliche Person, ist dies der Wohnsitz (§ 13 ZPO). Handelt es sich um eine juristische Person oder eine Personengesellschaft, kommt nach § 17 Abs. 1 ZPO deren Sitz in Betracht. Die Bestimmung des Sitzes richtet sich nach materiellem Recht (§ 17 Abs. 1 Satz 1 ZPO). Entsprechend den Regelungen des Gesellschaftsrechts (vgl. etwa für die OHG: § 106 Abs. 2 Nr. 2 HGB) wird der Sitz in der Satzung (im Gesellschaftsvertrag) bestimmt. Dieser **Satzungssitz** ist auch nach §§ 14 Abs. 2 Satz 1 UWG, 17

Abs. 1 Satz 1 ZPO für die Bestimmung der örtlichen Zuständigkeit maßgeblich. Mangelt es – etwa



bei einer ausländischen Gesellschaft – an einer einschlägigen Satzungsregelung, kommt es nach § 17 Abs. 1 Satz 2 ZPO auf den tatsächlichen Sitz der Hauptverwaltung der Gesellschaft an. Auch diese Zuständigkeit ist von ausschließlicher Natur. Sie verfolgt den Zweck, dass das Gericht am Wohnort bzw. am Sitzort des Beklagten über die Lauterkeit von dessen Verhalten gegenüber einer Vielzahl von Betroffenen **einheitlich urteilt**.

Diesem Zweck folgt teilweise auch der **fliegende Gerichtsstand** nach § 14 Abs. 2 Satz 2 UWG. Nach dieser Norm ist auch das Gericht zuständig, **in dessen Bezirk die Zuwiderhandlung begangen wurde (Begehungsort)**. Damit urteilt ein Landgericht einheitlich über alle an einem Ort begangene Taten. Im Rahmen der Beratungen über das **Gesetz zur Stärkung des fairen Wettbewerbs** v. 26. November 2020 (BGBl. I S. 2568; in Kraft seit 1.12.2020) war an die Abschaffung gedacht worden, weil die Norm bei Verletzungshandlungen im Internet eine Vielzahl von Gerichtsständen eröffnet. So kann auch ein Gerichtsstand am Ort des Klägers (als Opfer der Tat) begründet sein und daher die Durchsetzung missbräuchlicher Unterlassungsansprüche erleichtern. Die Diskussion mündete schließlich in die **Kompromissnorm des § 14 Abs. 2 Satz 3 Nr. 1 UWG** (dazu sogleich).

Der **Begehungsort** kann an zwei Lokalitäten liegen: am Ort der Tathandlung (**Handlungsort**; Beispiel: Ort, an dem eine Werbeäußerung getätigt wurde) sowie am Ort des Erfolgseintritts (**Erfolgort**; Beispiel: Ort, an dem durch die Werbeäußerung ein Recht verletzt worden ist). Regelmäßig hat der Kläger die **Wahl** zwischen beiden. Dies ist für ihn günstig, da er uU. bei dem an seinem Wohnsitz bzw. Sitzungssitz zuständigen Gericht mit der Behauptung klagen kann, die andere Seite habe ihm einen Schaden zugefügt und dieser sei als Erfolg im eigenen Vermögen und damit am Ort des eigenen Sitzes bzw. der eigenen Niederlassung eingetreten. **Beachten** Sie jedoch dazu Folgendes: Auf den Erfolgsort kann sich der Kläger nur berufen, wenn der Schadenseintritt als Erfolg **Tatbestandsvoraussetzung des geltend gemachten Anspruchs** ist. Dies ist etwa beim Schadensersatzanspruch nach § 9 Satz 1 UWG der Fall und wohl auch beim Beseitigungsanspruch nach § 8 Abs. 1 Satz 1 UWG: Denn dieser setzt voraus, dass eine Störung beim Anspruchsberechtigten eingetreten ist und dort andauert. Der praktisch bedeutsame Unterlassungsanspruch aus § 8 Abs. 1 Satz 1 zweiter Fall UWG setzt hingegen keinen Schadenseintritt und damit keinen Erfolg voraus. Er ist gerade auf Unterlassung des Erfolgseintritts gerichtet! Deshalb kann der **Unterlassungsanspruch** auch **nicht am Erfolgsort** geltend gemacht werden.

Wie bereits erörtert, kann der fliegende Gerichtsstand nach § 14 Abs. 2 Satz 2 UWG das Prinzip des § 14 Abs. 2 Satz 1 UWG, wonach ein einziges Gericht einheitlich über die Lauterkeit eines bestimmten Verhaltens entscheiden soll, durchbrechen. Denn die Norm eröffnet Gerichtsstände

Jürgen Oechsler, Uni Mainz, UWG-Skript, 2021 49

überall dort, wo Schäden eintreten. Dies führt für den Beklagten auch zu einer größeren Belastung, da er die eigene Verteidigung an mehreren, ihm fremden Orten organisieren muss. Deshalb schränkt **§ 14 Abs. 2 Satz 3 Nr. 2 UWG** die örtliche Zuständigkeit in diesem Fall ein. Nur der Mitbewerber nach § 8 Abs. 3 Nr. 1 UWG kann regelmäßig an Begehungsort Klage erheben. Denn gerade in seinem Vermögen kann die geschäftliche Handlung des Rechtsverletzers einen Schaden oder den Eintritt einer Störung verursachen. Die übrigen nach § 8 Abs. 3 Nr. 2 bis 4 UWG Aktivlegitimierten können Klage am Begehungsort nur erheben, wenn der Beklagte im Inland keinen allgemeinen Gerichtsstand (§§ 13, 17 ZPO) hat (**Nr. 2**).

Das **Gesetz zur Stärkung des fairen Wettbewerbs** v. 26. November 2020 (BGBl. I S. 2568; in Kraft seit 1.12.2020) hat schließlich eine weitere **Beschränkung in § 14 Abs. 2 Satz 3 Nr. 1 UWG** eingeführt: Bei Rechtsstreitigkeiten wegen Zuwiderhandlungen **im elektronischen Geschäftsverkehr oder in Telemedien** (= im Internet) kann ebenfalls nicht Klage am Begehungsort erhoben werden. Zunächst liegt der systematische Bezug zu § 13 Abs. 4 Nr. 1 UWG nahe. Diese Norm schließt einen Aufwendungsersatzanspruch bei der Abmahnung von Verstößen gegen gesetzliche Kennzeichnungs- und Informationspflichten im elektronischen Geschäftsverkehr aus. Der Schutzzweck des § 13 Abs. 4 Nr. 1 UWG sieht im Zusammenhang mit dem Umstand, dass die Einhaltung dieser Pflichten automatisch durch sog. Crawler-Programme überprüft werden kann, womit eine Automatisierung des Abmahnverfahrens möglich ist. Auf dieser Grundlage kann ein unerwünschtes Geschäftsmodell entstehen, in dessen Rahmen Minimalverstöße massenhaft abgemahnt werden (Näheres S. 34). Gegenüber § 13 Abs. 4 Nr. 1 UWG ist der **Anwendungsbereich des § 14 Abs. 2 Satz 3 Nr. 1 UWG jedoch weiter** und erfasst nicht nur die Verletzung von Kennzeichnungs- und Informationspflichten, sondern **jede Art der Zuwiderhandlung** gegen das UWG, die in einem der beiden Geschäftsbereiche begangen wird. In Bezug auf die bereits erwähnte Diskussion um die Abschaffung des fliegenden Gerichtsstandes bedeutet § 14 Abs. 2 Satz 3 Nr. 1 UWG einen **politischen Kompromiss**: Weil es sich bei Wettbewerbsverstößen im Internet um typische **Streudelikte** handelt, die an vielen Orten zu Schäden führen und damit praktisch überall einen Erfolgsort begründen können, ist eine Zuständigkeit am Begehungsort bei der Verletzung des UWG nicht mehr eröffnet. Dafür spricht auch, dass eine internetbezogene Tätigkeit nicht an bestimmte Räume gebunden ist und daher der Ort der Begehung keinen sachlich überzeugenden Anknüpfungspunkt für die Zuständigkeit eröffnet.

## **b) 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.

#### c) **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 Abs. 2 UWG spiegelbildliche Anwendung** (BGH GRUR 2012, 1273 – Stadtwerke Wolfsburg), dh. zuständig ist nach § 14 Abs. 2 Satz 1 UWG das Gericht am Sitz (§ 17 Abs. 1 ZPO) bzw. am Wohnsitz (§ 13 ZPO) des Beklagten. Denn nach dem Zweck der Norm soll das zuständige LG einheitlich sämtliche Verstöße des UWG-Täters beurteilen. Dies kommt aber bei der negativen Feststellungsklage nur am Sitzort (Wohnsitz) des Klägers in Betracht.

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

#### **4. Einstweiliger Rechtsschutz**

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. Die **Zuständigkeit** richtet sich nach § 14 UWG (dazu noch ausführlich S. 48). Danach ist i.d.R. das Landgericht (§ 14 Abs. 1 UWG) am Sitz des Beklagten (§§ 14 Abs. 2 Satz 1 UWG, 17 Abs. 1 Satz 1 ZPO) zuständig.

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). Dabei muss auch die Klagebefugnis nach § 8 Abs. 3 UWG behauptet werden (S. 4).

3. Der Antrag bedarf eines Verfügungsgrundes (**Eilbedürftigkeit**). Diese wird nach **§ 12 Abs. 1 UWG widerleglich vermutet**. Diese Vermutung kann bei sog. **dringlichkeitsschädlichem Verhalten** widerlegt werden. Dies ist insbesondere der Fall, wenn der Täter mit dem Antrag auf einstweilige 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. 1 UWG vermutet wird, kommt es idR darauf an, ob der Verfügungsanspruch nach § 8 Abs. 1 Satz 1 iVm... UWG besteht.

#### c) Schutzschrift

**Schutzschriften** sind vorbeugende Verteidigungsschriftsätze gegen erwartete Anträge auf Arrest oder einstweilige Verfügung (§§ 945a I 2 ZPO). Zum Verständnis: 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 zum Schutzschriftregister nach § 945a ZPO 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. Durch Abschlusserklärung, die regelmäßig einen Rechtsmittelverzicht gegen die einstweilige Verfügung beinhalten muss, kann das Verfahren beendet werden. Es kommt eine Abschlussvereinbarung zustande, die wie die Unterlassungsvereinbarung die Ansprüche des Klägers auf eine neue, eigene Grundlage stellt. Die Abgabe eines Vertragsstrafeversprechens ist nicht üblich und kann auch nicht verlangt werden (anders noch eine ältere Version des Skripts an dieser Stelle). Der Grund liegt darin, dass der Kläger aus der einstweiligen Verfügung vollstrecken kann und auf einen Anspruch aus § 339 Satz 2 BGB zwecks Rechtsdurchsetzung nicht angewiesen ist.

### **5. Die Anrufung von Einigungsstellen (§ 15 UWG)**

Keine Schiedsgerichte, sondern Stellen bei der Industrie- und Handelskammer, die einen Vergleichsvorschlag erarbeiten (VI 1), den die Parteien annehmen können (VII). Es handelt sich daher nicht um Schiedsgerichte, da keine Entscheidung getroffen wird, sondern um Stellen, die eine gütliche Einigung herbeiführen sollen. Der Vorsitzende muss Volljurist sein; ferner müssen mindestens zwei Beisitzer bestellt werden. Die Besetzung der Beisitzer muss in Verbraucherangelegenheit paritätisch erfolgen.

Sind Verbraucher betroffen, kann nach § 15 III 2 UWG die Einigungsstelle auch ohne Zustimmung der anderen Seite angerufen werden. Ein Gericht kann die Verhandlung aussetzen und die Sache an

die Einigungsstelle verweisen (X 1). Dies ist im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes jedoch nur eingeschränkt möglich (X 2). Die praktische Bedeutung der Einigungsstellen ist groß.

-

## B. BESONDERER TEIL

### I. Aggressive Werbung

Aggressive Werbung unterbindet eine informierte Verbraucherentscheidung nach §§ 3 Abs. 2, 2 Abs. 1 Nr. 8 UWG dadurch, dass die zur Verfügung stehenden Informationen nicht rational verarbeitet werden können, wenn der Verbraucher unter zu hohen Druck gesetzt wird. Die zentrale Regelung findet sich in § 4a UWG. Ihr gehen einige Spezialregelungen vor.

#### 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. 85)
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 Art. 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.

§ 4a Abs. 1 Satz 1 UWG setzt grundsätzlich voraus:

- a) eine aggressive geschäftliche Handlung (Abs. 1 Satz 1),
  - b) die nach Abs. 2 untersagt
- und
- c) nach (Abs. 1 Satz 1) spürbar ist.

**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) Ausgangspunkt bei der 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 wünscht. 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.

2) Prüfung der **Unlauterkeit bzw. der Aggressivität im Rahmen einer Gesamtbetrachtung** anhand der qualifizierende Elemente nach Abs. 2

- a) Katalog des Abs. 2 Nr. 1 bis 4: Bei der Auslegung stets die Art. 2 lit. j, 8 und 9 UGP-RL beachten.
- b) Ausnutzung von Unglückssituationen oder ähnlichen Ausnahmelagen (Nr. 3); beachte leicht abweichenden Wortlaut in Art. 9 lit. c UGP-RL!
- c) Ausnutzung der Unerfahrenheit, Leichtgläubigkeit, Angst, Alter geistige und körperliche Schwächen (§ 4a Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 iVm Satz 3!)

d) Hindernisse nicht vertraglicher Art, um die Ausübung von vertraglichen Rechten zu verhindern

e) 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.

### 3) 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 Werbezettel verwendete sie dabei folgenden Text: „Schützen Sie 1 m<sup>2</sup> Regenwald. Die Krombacher Regenwald-Aktion läuft vom 01.05. bis 31.07. In diesem Zeitraum wird mit jedem gekauften Kasten Krombacher 1 m<sup>2</sup> 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 Bezirk am von Sitz 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. 1 UWG dringlichkeitsschädlichen Verhalten.*

a) Zuständig für den Antrag ist das Landgericht (§ 14 Abs. 1 UWG) am Sitz des B (§ 14 Abs. 2 Satz 1 UWG, 17 Abs. 1 Satz 1 ZPO).

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 Eilbedürftigkeit, wird nach § 12 Abs. 1 UWG widerleglich vermutet. Ein dringlichkeitsschädliches Verhalten auf Seiten des K ist nicht erkennbar.

## 2. Begründetheit

Wegen der unwiderlegten Vermutung des Verfügungsgrundes nach § 12 Abs. 1 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 verhindert werden, dass die Ausübung der Pressefreiheit durch leichtfertige Abmahnung eines Wettbewerbsverstößes nach § 13 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 iSd. § 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 veranlassen, 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 nach § 945a ZPO 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 Verfahrensverschleppung 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 § 14 Abs. 1 und Abs. 2 Satz 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. 1 UWG vermutet würde.

### **B. Begründetheit**

Wenn die Vermutung des Verfügungsgrundes nach § 12 Abs. 1 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 iSd. § 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 Laienwerbern 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 (Art. 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 Immaterialgüterschutzes 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.; vgl. insbesondere auch oben S. 22). 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 beraten 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. Irreführende Werbung nach § 5 UWG

Irreführende Werbung gefährdet die informierte Verbraucherentscheidung nach §§ 3 Abs. 2, 2 Abs. 1 Nr. 3 UWG zu einem früheren Zeitpunkt als aggressive Werbung. Der Verbraucher gelangt bereits nicht an die Fakten, die er einer rationalen Entscheidung zugrunde legen könnte. Bei aggressiver Werbung wird er hingegen daran gehindert, die Faktenlage rational zu bewerten. Der Grundtatbestand irreführender Werbung ist in § 5 UWG geregelt. § 5a UWG bezieht sich auf Irreführung durch Unterlassung, wobei der Tatbestand des § 5a Abs. 6 UWG (verschleierte Werbung) herausragt. § 5 und § 5a UWG grenzen sich auf der Grundlage des § 5a Abs. 2 UWG voneinander ab (dazu S. 73). Den §§ 5 f. UWG gehen eine Reihe von Spezialtatbeständen irreführender Werbung im Rahmen der Schwarzen Liste vor.

### 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 **Preisausschreibens, 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) Unrichtigkeit der Vorstellungen der Verbraucher
- d) **Spürbarkeit des Irreführungseffekts**. Dieses Erfordernis 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. 95) 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 erkauf 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**. Hier ist die Regelung des § 5a Abs. 2 UWG einschlägig. Dabei lassen sich zwei Fallgruppen unterscheiden

**1. Fallgruppe:** Der Verletzer informiert die Verbraucher **unrichtig**. Diese Konstellation fällt theoretisch sowohl unter § 5 UWG (Irreführung durch Vermittlung eines unrichtigen Gesamteindrucks) als auch unter § 5a UWG (Vorenthalten einer wesentlichen Information). Hier sollten Sie sich die Frage nach dem **Schwerpunkt der Klausur** stellen:

- Beachten Sie dabei zunächst die Definition des Vorenthaltes nach **§ 5a Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 bis 3 UWG**: Auch das Verheimlichen, unklare Bereitstellen oder verspätete Bereitstellen gilt als Vorenthaltung. Lässt sich dies bejahen, stellen Sie die Prüfung des § 5a UWG in den Mittelpunkt der Klausur und erwähnen Sie § 5 UWG danach knapp (ein Satz) in einem eigenen Prüfungspunkt; denn im Ergebnis führen §§ 5, 5a UWG regelmäßig zum selben Ergebnis.
- Läuft der Fall auf die Berücksichtigung der **Kommunikationszwänge nach § 5a Abs. 5 UWG** hinaus, liegt der Schwerpunkt ebenfalls im möglichen Vorenthalten wesentlicher Informationen. Der Schwerpunkt der Klausur liegt abermals bei § 5a UWG.
- In allen **übrigen Fällen** empfiehlt es sich wie im Strafrecht im Zweifeln an das Handeln (Vermitteln eines unrichtigen Gesamteindrucks) anzuknüpfen und § 5 UWG zu prüfen und im Anschluss § 5a UWG in einer eigenen knappen Prüfung (ein Satz) in seinen Voraussetzungen zu verneinen.

**2. Fallgruppe:** Der Verletzer informiert die Verbraucher im Hinblick auf einen inhaltlich abgrenzbaren und zugleich wesentlichen Punkt **gar nicht**. Hier liegt ein Fall des § 5a Abs. 1 UWG vor und nicht des § 5 UWG.

## 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 Umstände 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 3: § 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](mailto: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 Hilfgutachtens, 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 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 § 13 Abs. 3 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.

Da er iSd. § 8 Abs. 3 Nr. 1 UWG in erheblichem Umfang und nicht nur gelegentlich tätig wird, ist er § 8 Abs. 3 Nr. 1 UWG aktivlegitimiert (gilt ab 1.12.2021).

## 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. 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 § 14 Abs. 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. 1 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. 1 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.). 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 aufzutreffenden 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 Werbeanzeige 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 entgegengesetzte 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. 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 Unternehmerseite 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 Verbrauchieranfrage 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. Vgl. dazu das unten folgende Beispiel der Influencerwerbung.

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**. Dies zeigt sich etwa am Beispiel gekaufter Kundenrezensionen für Produkte bei einem Anbieter wie Amazon: dazu **OLG Frankfurt, 22.02.2019 - 6 W 9/19 – Gekaufte Kundenbewertungen**.

Aufbau:

1. Geschäftliche Handlung iSd. § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG. Diese verfolgt stets auch einen kommerzielle. Denn stets geht es um die Förderung eigenen oder fremden Absatzes.
2. Die kommerzielle Zwecksetzung darf sich **nicht unmittelbar aus den Umständen** ergeben: Maßgeblich für das Verständnis ist der Horizont eines durchschnittlichen Verbrauchers nach § 3 Abs. 4 Satz 1 UWG. Stets muss geprüft werden, ob dessen Möglichkeit zu einer informierten Entscheidung nach §§ 3 Abs. 2, 2 Abs. 1 Nr. 8 UWG beeinträchtigt wird.
3. Eignung, den Verbraucher zu einer geschäftlichen Handlung zu veranlassen, die er andernfalls nicht getroffen hätte: Darin liegt eine **Erheblichkeitsschwelle**. Der Wortlaut erinnert der Norm erinnert nämlich nicht ohne Grund an das Spürbarkeitskriterium nach § 2 Abs. 1 Nr. 8 UWG. Hier können vor allem die Zwänge der Werbekommunikation eine Rolle spielen.

Die Norm spielt eine zentrale Bedeutung bei der Beurteilung von **Influencerwerbung**. Influencer sind Teilnehmer von sozialen Netzwerken, deren Seiten von besonders vielen Nutzern (Followern) frequentiert werden. Die Influencer präsentieren einerseits Informationen über den eigenen Lebensstil (Lifestyle news), andererseits aber auch Werbung, für die sie von Herstellerseite bezahlt werden. Der Schutzzweck des § 5a Abs. 6 UWG gebietet es, dass die Nutzer von vornherein deutlich erkennen können, ob eine allgemeine Information über den Lebensstil des Influencers oder ob Werbung vorliegt. Dadurch wird verhindert, dass der einzelne Nutzer einen Werbeinhalt unkritisch dicht an Jürgen Oechsler, Uni Mainz, UWG-Skript, 2021

sich heranlässt, weil er eine Informationen über den Lebensstil des Influencers erwartet. Denn zur informierten Verbraucherentscheidung nach §§ 3 Abs. 2, 2 Abs. 1 Nr. 8 UWG zählt auch die autonome Entscheidung des Verbrauchers darüber, ob er Werbekommunikation wahrnehmen will oder nicht. Deshalb muss Influencerwerbung so **deutlich als Werbung gekennzeichnet** sein, dass der Verbraucher ihren werbekommunikativen Charakter sofort erkennt. Eine Kennzeichnung mit „#ad“ im Nachspann zu einer Werbekommunikation genügt nicht (in diesem Sinne OLG Celle 8.6.2017 – 13 U 53/17 - **Influencer-Marketing in sozialen Medien**).

Weniger überzeugte die Entscheidung des **LG München I**, 29.4.2019 – 4 HK O 14312/18, WRP 2019, 931 – **Cathy Hummels**: CH ist auf Instagram als Influencerin tätig und hat dort 485.000 Follower. Auf ihrer Seite findet sich u.a. ein Foto, auf dem CH auf dem Boden sitzend einen Plüschelafanten in ihren Armen hält, der deutlich als Produkt der Marke „Steiff“ gekennzeichnet ist. Vom Hersteller hat CH keine Gegenleistung für dieses Foto erhalten und das Plüschtier selbst erworben. Dazu ist mittlerweile die wesentlich differenziertere Entscheidung **OLG München** WRP 2020, 1227 – **Blauer Plüschelafant** ergangen.

Problematisch ist, ob CH eine **geschäftliche Handlung** nach §§ 3 Abs. 1, 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG vorgenommen hat. Das LG bejaht dies, weil die Handlung von CH auf Absatzförderung zugunsten des Herstellers gerichtet sei (juris-Rn. 50) und gleichzeitig durch Selbstinszenierung die Influencerseite als Werbepattform für diesen und andere Hersteller präsentiere (juris-Rn. 51). Das OLG München lässt hingegen das Bestreben nach Selbstinszenierung nicht als Grundlage einer geschäftlichen Handlung genügen, wenn der Influencer kein Entgelt vom Hersteller erhält (juris-Rn. 40). **Dies überzeugt**. Denn der Influencerin wird man eine Sphäre zuerkannt werden müssen, im Rahmen derer sie Inhalte über ihren Lebensstil verbreiten darf, ohne in den Anwendungsbereich des UWG zu geraten. Dies gebietet nicht zuletzt ihre Meinungsfreiheit Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG. Denn zu dieser Art der Selbstdarstellung zählt es, dass sich der Influencer in der Umgebung von Markenprodukten (Kleidung, Inneneinrichtung usw.) zeigen darf, da diese typischerweise zu dieser Art von Auftritten dazugehören. Das OLG München bezeichnet diese Sphäre als **redaktionellen Teil des Posts** eines Influencers (juris-Rn. 41).

Die Grenze zur geschäftlichen Handlung ist jedoch dort überschritten, wo der Influencer vom Hersteller für den Auftritt **vergütet** wird (KG 8.1.2019 – 5 U 83/18 – **Vreni Frost** Rn. 56 ff.) oder die dargestellte Ware von diesem kostenlos erhält. Denn nun liegt eine interessen geleitete Meinungsäußerung vor, die der Verbraucher nach dem Schutzzweck der §§ 3 Abs. 2, Abs. 1 Nr. 8 UWG erkennen können muss.

Das LG München I **verneint** in seiner Entscheidung jedoch eine **Verschleierung des Werbecharakters**. Vielmehr ergebe sich der werbekommunikative Charakter für einen durchschnittlichen Verbraucher aus den Umständen (juris-Rn. 54 ff.), etwa dem blauen Haken von Instagram, der für das verifizierte Konto einer bekannten Persönlichkeit stehe. Auch zeige sich dies an der Anzahl der Follower. Denn niemand habe 485.000 Freunde! Dies erscheint jedoch gedanklich nicht ausreichend trennscharf: Denn die Nutzer besuchen die Seiten des Influencers nicht aus Freundschaft, sondern wegen der dargebotenen Informationen zum Lebensstil des Influencers (Lifestyle-News), dem sie Vorbildfunktion zuerkennen. Deshalb besteht die Gefahr, dass diese Inhalte mit Werbekommunikation ununterscheidbar vermischt werden. Gemessen am Schutzzweck des § 5a Abs. 6 UWG, dem Nutzer eine informierte Entscheidung darüber zu erhalten, ob er einen

Werbeinhalt zur Kenntnis nehmen will oder nicht, erscheint die Einschätzung des LG München I daher nicht differenziert genug.

**Fazit:** Im Fall lag daher keine geschäftliche Handlung vor. Wäre CH aber für den Auftritt vom Hersteller bezahlt worden, hätte es sich um eine nach § 5a Abs. 6 UWG verbotene Werbung gehandelt, wenn diese nicht deutlich als „Werbung“ gekennzeichnet gewesen wäre.

## 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:

<sup>3</sup>*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.*

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

<sup>5</sup>*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 = **Telefonwerbung**. Die Norm beruht auf nationalem Recht, gestaltet aber die Regelung von Art. 13 ePrivacy-Richtlinie nach. Das Recht der Telefonwerbung ist europarechtlich nicht vereinheitlicht. Der deutsche Gesetzgeber hat mit § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG einen möglichst europafreundlichen Weg gewählt

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 Rechswidrigkeit 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 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 Gemeindefestsetzung 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. 90). 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, 343, 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, Jürgen Oechsler, Uni Mainz, UWG-Skript, 2021

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 Jürgen Oechsler, Uni Mainz, UWG-Skript, 2021

**Erwägungsgrund 8 der Werberichtlinie 2006/114/EG:** *„Vergleichende Werbung kann, wenn sie wesentliche, relevante, nachprüfbar 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. **Adwording** 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, das 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 unbekanntem Markten 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 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. 92), 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.

Vgl. dazu EuGH18. 11. 2010 - C-159/09 **Lidl/Vierzon Distribution**.

Vierzon stellte in seiner Werbung einen Kassenbon von Lidl und einen eigenen gegenüber, auf dem der Kauf von Lebensmitteln abgerechnet wurde. Lidl behauptete, die bei Vierzon aufgeführten Lebensmittel seien anders zubereitet als die bei Lidl, so dass ein Vergleich nicht möglich sei. Der EuGH stellte heraus, dass bei Art. 4 lit. b Werbe-Richtlinie, der Rechtsgrundlage von § 6 Abs. 2 Nr. 1 UWG, ein „gewisser Grad der Substitution“ vorausgesetzt sei (Rn. 32). Der Zweck vergleichender Werbung würde nämlich verfehlt, wenn die verglichenen Produkte gleich beschaffen sein müssten (Rn. 37). Dahinter steht der Gedanke, dass der Werbetreibende den Verbraucher auf eine Produktalternative aufmerksam machen darf. Diese ist möglicherweise anders beschaffen und führt dazu, dass der Verbraucher seinen Bedarf anders befriedigt. Ferner führt der EuGH aus, dass die **Anforderungen an vergleichende Werbung sind in dem für sie günstigsten Licht auszulegen** seien (Rn. 38). Damit nimmt er auf die vom europäischen Gesetzgeber in Erwägungsgrund 8 der Werbe-Richtlinie konkretisierte positive Funktion vergleichender Werbung Bezug.

Wenn auch teilweise anderes behauptet wird, dürfte es daher in § 6 Abs. 2 Nr. 1 UWG um denselben Grad an Substituierbarkeit gehen, der auch in § 6 Abs. 1 UWG für die Eigenschaft als Mitbewerber genügt: Ein bestimmter Verbraucherbedarf muss im weitesten Sinne befriedigt werden.

Kontrollfrage: Fällt darunter auch „Kaffee statt Blumen“ (BGH GRUR 1972, 553 – Kaffee statt Blumen; vgl. das Beispiel oben S. 13). Die Antwort lautet ja: Denn beide Male wird der Bedarf nach einem „Muttertagsgeschenk“ befriedigt!

### 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. Dazu muss der Vergleich sich grundsätzlich (auch) auf die angebotenen Waren oder Dienstleistungen des Konkurrenten beziehen und nicht nur auf dessen Person (BGH, 7.3.2019 - I ZR 254/16 – Knochenzement II Rn. 18 ff.). Vermieden werden müssen vor allem **Irreführungsgefahren** (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 dazu folgende Punkte:

1. Die Verwechslungsgefahr ist ein **Sonderfall der Irreführung** (vgl. § 5 Abs. 3 UWG; dazu sogleich). Maßstab für den Irreführungseffekt ist der Horizont des durchschnittlichen Verbrauchers nach § 3 Abs. 4 Satz 1 UWG. Aus dessen Sicht erklärt sich Verwechslungsgefahr im weiteren Sinne so: Wenn die vom Werbetreibenden angebotenen Waren oder die von ihm verwendeten Zeichen denen des Originalherstellers ganz besonders nahe kommen, lässt sich dies vermeintlich nur durch eine enge Kooperation zwischen Originalhersteller und Werbetreibendem erklären. Denn andernfalls hätte der Originalhersteller dem Werbetreibenden längst diese Vorgehensweise verboten. Dieser

Vorstellung entspricht auch, dass der Originalhersteller für die ähnliche Ware des Werbetreibenden (Qualitäts-)Verantwortung übernimmt: Es droht daher die Gefahr, dass Enttäuschungen der Verbrauchererwartungen auf das Angebot des Originalherstellers durchschlagen (**negativer Imagetransfer**).

2. Beachten Sie bitte, dass **mit (positiver) vergleichender Werbung stets ein Irreführungseffekt** in Richtung Verwechslungsgefahr **verbunden** sein kann. Dieser allein reicht jedoch nicht aus, um die Voraussetzungen des § 6 Abs. 2 Nr. 3 UWG zu bejahen. Denn der europäische Gesetzgeber erlaubt vergleichende Werbung gerade und nimmt deshalb diese Irritationen in Kauf. Erforderlich ist daher stets eine **Interessenabwägung**, im Rahmen derer der Irreführungseffekt dem Interesse des Werbetreibenden nach Erwägungsgrund 8 Werbe-RL gegenübergestellt wird, den Verbraucher auf eine Produktalternative aufmerksam machen zu dürfen. Soweit der Irreführungseffekt unbedingt erforderlich ist, um einen Vergleich dieser Art vorzunehmen und nicht über das unerlässliche Maß hinausgeht, ist er daher erlaubt (vgl. die Entscheidung BGH GRUR 2011, 1158 –**Teddybär**).

3. Die Verwechslungsgefahr wird auch vom Tatbestand des **§ 5 Abs. 2 UWG** erfasst. Die Norm geht auf Art. 6 Abs. 2 lit. a der UGP-Richtlinie zurück. § 5 Abs. 2 UWG und § 6 Abs. 2 Nr. 3 UWG verfolgen dabei unterschiedliche Zwecksetzungen: § 5 Abs. 2 UWG zielt auf den Schutz der informierten Verbraucherentscheidung iSd. §§ 3 Abs. 2, 2 Abs. 1 Nr. 8 UWG; § 6 Abs. 2 Nr. 3 UWG schützt den Mitbewerber vor Behinderungswettbewerb. Dennoch werden beide Normen nach denselben Maßstäben konkretisiert: Beide Male geht es darum, ob der durchschnittliche Verbraucher (§ 3 Abs. 4 UWG) über die Herkunft der Ware bzw. des Zeichens in die Irre geführt wird. Dies spricht dafür, beide Normen parallel und im Ergebnis einheitlich anzuwenden.

Mein Vorschlag: Liegt vergleichende Werbung vor, sollte die Prüfung des § 6 Abs. 2 Nr. 3 UWG im Mittelpunkt stehen. Das dabei erzielte Ergebnis stellen Sie im Rahmen einer kurzen Prüfung, im Rahmen derer Sie auf die Entstehungsgeschichte und seinen besonderen Zweck aufmerksam machen, auch im Rahmen des § 5 Abs. 3 UWG fest. Begründen Sie dies damit, dass beide Male derselbe Maßstab (§ 3 Abs. 4 UWG) bei der Konkretisierung der Verwechslungsgefahr zum Tragen kommt.

#### **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 ihm 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 hinaus gehende 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 daher **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 hinaus gehenden Interesse. Diese Grenze ist überschritten, wenn der Mitbewerber der Lächerlichkeit oder dem Spott preisgegeben und/oder die Aussage vom Verbraucher als ernst gemeint wahrgenommen wird (BGH, 24.1.2019 – I ZR 200/17 – Das beste Netz Rn. 30). Als kritisch wird auch ein Vergleich angesehen, der sich nicht mehr auf das konkurrierende Angebot von Waren oder Dienstleistungen, sondern **allein auf die Person des Wettbewerbers** bezieht (BGH aaO. Rn. 33 ff.)

Einen Grenzfall behandelt **BGH**, 7.3.2019 - I ZR 254/16 – **Knochenzement II**: K und B stellen Knochenzement für die ärztliche Heilbehandlung her. Vor dem OLG Frankfurt wurde K auf Klage des B dazu verurteilt, einen bestimmten Knochenzement nicht mehr zu vertreiben, weil er diesen zuvor unter Verletzung eines Betriebsgeheimnisses des B produziert hat. B veröffentlicht eine Pressemitteilung zu diesem Urteil in sachlichem Ton. K hält dagegen, dass es in der Mitteilung nicht um seine Produkte, sondern sein Unternehmen gehe und deshalb sowohl die gebotene Sachlichkeit nach § 6 Abs. 2 Nr. 2 UWG fehle als auch eine Herabsetzung nach § 6 Abs. 2 Nr. 5 UWG vorliege. Der BGH ist dem nicht gefolgt: Durch die Aufdeckung einer Ausbeutung seines Geschäftsgeheimnisses durch K treffe B mittelbar auch Aussagen über das Zustandekommen der Ware des K. Der **Zweck vergleichender Werbung** nach Erwägungsgrund 8 Werberichtlinie, die Verbraucher bei ihrer informierten Entscheidung zu unterstützen, rechtfertigt dabei eine großzügige Betrachtungsweise (Rn. 19). Die Veröffentlichung der Entscheidung stellt nach Auffassung des Gerichts auch **keine verbotene Herabsetzung** iSd. § 6 Abs. 2 Nr. 5 UWG dar, wenn ihr Gegenstand sachlich und richtig präsentiert werde. Insbesondere handele es sich dabei um eine Information von Interesse für die Nachfrager, weil sie Rückschlüsse auf die Leistungsfähigkeit des K und seiner anderen Angebote erlaube (Rn. 36).

d) **Erlaubt** ist der Vergleich im Zweifel, wenn er **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). Dabei darf der Humor durchaus auch einseitig auf Kosten des Konkurrenten gehen (BGH, 24.1.2019 – I ZR 200/17 – Das beste Netz Rn. 37). Ferner ist der Angegriffene dann nicht besonders schutzwürdig, wenn er zuvor selbst einen Angriff iSd. § 6 Abs. 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 wettbewerbwidrige 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 Konkretheit 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).

OLG Hamburg, 25.7.2019 – 3 U 12/19 – **Emissionshaus**: Während der Finanzkrise wirbt B zunächst den Geschäftsleiter der Investmentabteilung der Bank K ab, um eine eigene, auf Investmentbanking spezialisierte Abteilung zu gründen. Diesen fordert B auf, noch während der laufenden Kündigungsfrist auf weitere Mitarbeiter in der Abteilung der K in Richtung eines Wechsels einzuwirken. Deshalb verlassen 18 Mitarbeiter geschlossen die K und wechseln zu B, nachdem sie ordentliche gekündigt haben.

Wegen der ordentlichen Kündigung kommt hier **kein Vertragsbruch** in Betracht. Allerdings fällt unter § 4 Nr. 4 UWG auch die **Betriebsstörung** (OLG juris-Rn. 89 ff.): K darf – anders als auf dem Markt – innerhalb seines Unternehmens nicht von Konkurrenten gestört werden. Denn andernfalls könnte er kein wettbewerbsfähiges Produkt erstellen. Deshalb ist die Abwerbung von Arbeitnehmern „**von innen**“, also innerhalb der Räumlichkeiten des Unternehmens untersagt. Das OLG verneint die Voraussetzungen einer Betriebsstörung dennoch, weil K keine Störung des Betriebs mit entsprechendem Schadenseintritt dargetan habe (juris-Rn. 96): Dies überzeugt nicht, da mit dem Weggehen der 18 Mitarbeiter die Fähigkeit der K, Umsätze zu erzielen, wohl erheblich gelitten hat.

#### **Übungsfall 4: Werbeblocker**

(BGH GRUR 2004, 877 – **Fernsehfee**; BGH, 19.4.2018 – I ZR 154/16 – **Werbeblocker II**; BGH NZKart 2019, 599 – **Werbeblocker III** ) 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.

Regelmäßig führt die negative Feststellungsklage zu einem **Rollentausch** zwischen Kläger und Beklagten einer alternativ vorstellbaren Leistungsklage. Denn der Beklagte ist einer möglichen Leistungsklage begehrt Feststellung, dass gerade kein Leistungsanspruch des Klägers ist. 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 § 14 Abs. 1 und Abs. 2 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. Hinzutreten 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 § 13 UWG und einer Inanspruchnahme auf Aufwendungsersatz nach § 13 Abs. 3 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 § 13 Abs. 3 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 jeder Beschränkung seines wettbewerblichen Verhaltensspielraums.

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 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 (§ 18 Abs. 3a GWB). Kennzeichnend für diese Märkte sind **indirekte Netzwerkeffekte** (§ 18 Abs. 3a Nr. 1 GWB) 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**

Fraglich ist jedoch, ob K den B auch **gezielt** behindert. Die Bedeutung des Tatbestandsmerkmals erklärt sich aus dem Umstand, dass gegenseitige Behinderungen ein typisches Kennzeichen des Wettbewerbs darstellen. 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 Lösung 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: 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.

In der Entscheidung **Werbeblocker III** geht der BGH noch auf die Frage ein, ob eine nach § 4 Nr. 4 UWG u.U. verbotener **Boykottaufruf** des B gegenüber K vorliegt. Beim Boykott (vgl. auch § 21 Abs. 1 GWB) handelt es sich um ein Dreipersonenverhältnis, innerhalb dessen **kollektive Meinungs- und oft auch Nachfragemacht mobilisiert werden**. Der Verrufer fordert die Boykottadressaten zu einem für den Verrufenen ungünstigen Verhalten auf. Der BGH verneint in Sachen Werbeblocker III jedoch diese Möglichkeit, da B den K nicht als Verrufenen individualisiere, sondern sich gegen sämtliche Werbetreibende wende (Rn. 11). Ansonsten verstößt ein Boykott gegen § 4 Nr. 4 UWG, wenn er kein **Mittel des geistigen Meinungskampfes** ist (vgl. BVerfGE 7, 198 ff. – **Lüth**): Es muss um ein geistiges Ziel (Durchsetzung einer Meinung und nicht etwa des Profits) mit geistigen Mittel (nicht mit Zwang oder Täuschung) gekämpft werden.

### 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.<sup>[1][2][3][4][5][6][7][8][9][10]</sup>

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).