

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

Skript zum UWG

(2024)

Liebe Studierende,

das UWG-Skript befindet sich auf dem Stand Januar 2024. Verbesserungsvorschläge und Feedback – gern auch einmal ein positives – senden Sie bitte an oechsler@uni-mainz.de

Viel Erfolg und Freude mit dem UWG!

J. Oechsler

A. ALLGEMEINER TEIL	7
I. Die Zwecksetzung des UWG	7
II. Die Bedeutung der informierten Verbraucherentscheidung	8
OLG Stuttgart/LG Stuttgart – Ocean Plastic	9
III. Die vollharmonisierende Wirkung der UGP-Richtlinie und das Spürbarkeitskriterium	10
BGH Fernflugpreise	10
IV. Die Schwarze Liste	13
1. Wirkungsweise als Per-Se-Verbote und negative Safe-Harbour-Regelung	13
BGH Identitätsdiebstahl II	14
2. Keine Spürbarkeit, keine Analogie und keine teleologische Reduktion	15
V. Der Aufbau des Unterlassungsanspruchs	17
1. Aktivlegitimation und Klagebefugnis	17
a) Mitbewerber (§ 8 Abs. 3 Nr. 1 UWG)	18
BGH Wettbewerbsbezug	19
BGH Zweitmarkt für Lebensversicherungen II	19
BGH Zweitmarkt für Lebensversicherungen I	21
b) Qualifizierte Wirtschaftsverbände (§ 8 Abs. 3 Nr. 2 UWG).	22
c) Verbraucherschutzverbände (§ 8 Abs. 3 Nr. 3 UWG)	22
EuGH Meta Platforms	22
d) Industrie- und Handelskammern, Körperschaften des öffentlichen Rechts und Gewerkschaften (§ 8 Abs. 3 Nr. 4 UWG)	23
e) Nach der Plattformverordnung berechnete Verbände (§ 8a UWG)	23
f) Exkurs: § 8 Abs. 3 UWG und die Klagebefugnis bzw. Prozessführungsbefugnis	24
2. Das Erfordernis der geschäftlichen Handlung (§ 2 Abs. 1 Nr. 2 UWG)	24
a) Allgemeines	24
b) Abgrenzung gegenüber der Lehre vom eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb	25
c) Schwerpunkt im Bereich der Ausübung von Grundrechten	25
d) Abgrenzung gegenüber öffentlich-rechtlichem Handeln	26
BGH Durchleitsystem	27
EuGH Kirchstein	27
3. Wettbewerbsverstoß	28
4. Wiederholungsgefahr	29
5. Verjährung	30
6. Störerhaftung, Garantienpflichten eines Providers und Haftung für Kundenrezensionen	30
BGH Affiliates	30
BGH Kundenbewertungen auf Amazon	31
BGH Rundfunkhaftung II	34
7. Der Missbrauch des Unterlassungsanspruchs nach § 8c UWG	35
a) Dogmatik des Missbrauchseinwands	35
BGH Kündigung der Unterlassungsvereinbarung	35
b) Regelbeispiele (Abs. 2)	36
aa) Schädigungsabsicht (Nr. 1)	36
bb) Gewinnerzielungsabsicht als dominierendes Motiv (Nr. 2)	37
cc) Überhöhter Gegenstandswert der Abmahnung (Nr. 3)	38
dd) Forderung oder Vereinbarung überhöhter Vertragsstrafen (Nr. 4)	39
ee) Erweiterung der Unterlassungspflicht (Nr. 5)	39
ff) Unnötiger Verfahrensaufwand (Nr. 6 und Nr. 7)	40
c) Konkurrenz mit der Missbrauchskontrolle nach § 8b UWG und § 4c UKlaG	40
BGH Umwelthilfe	41
VI. Besondere Rechtsfolgen	41
1. Der Aufwendungsersatzanspruch (§ 13 Abs. 3 UWG)	42
a) Anspruchsgrundlage	42

BGH Selbstständiger Erstattungsanspruch	42
b) Erforderlichkeitsmaßstab	43
c) Ausschluss des Aufwendungsersatzanspruchs	43
2. Beseitigungsanspruch, insbesondere Rückrufanspruch	46
BGH Luftentfeuchter	46
3. Der Auskunftsanspruch nach § 8 Abs. 5 UWG	47
4. Schadensersatzanspruch	48
a) Der allgemeine Schadensersatzanspruch (§ 9 Abs. 1 UWG)	48
BGH Lebenskost	50
b) Der Schadensersatzanspruch der Verbraucher (§ 9 Abs. 2 UWG)	50
c) Das Presseprivileg (§ 9 Abs. 3 UWG)	55
5. Gewinnabschöpfung nach § 10 UWG	56
VII. Verfahrensrecht	57
1. Entscheidungskriterien für das Vorgehen in der Praxis	57
2. Die Abmahnung (§ 13 UWG)	57
a) Überblick	57
b) Form und praktischer Mindestinhalt	58
c) Der Unterlassungsvertrag	59
d) Rechtsfolgen der missbräuchlichen Abmahnung (§ 13 Abs. 5 UWG)	60
BGH Saints Row	61
3. Das Vertragsstrafeversprechen (§ 13a UWG)	62
a) Überblick	62
b) Wegfall der Wiederholungsgefahr	63
c) Dogmatik des Vertragsstrafeversprechens nach § 339 BGB	64
d) Der Schutz vor dem Vertragsstrafeverlangen nach § 13a UWG	65
aa) Ausschluss der Vertragsstrafe (§ 13a Abs. 2 UWG)	65
bb) Anspruch auf angemessene Vertragsstrafe (§ 13a Abs. 1, 3 und 4 UWG)	67
4. Die Klageerhebung	68
a) Zuständigkeit	69
aa) Sachliche Zuständigkeit	69
bb) Örtliche Zuständigkeit	69
cc) Schadensersatzklagen von Verbrauchern	71
b) Die Feststellungsklage	71
c) Negative Feststellungsklage	72
5. Einstweiliger Rechtsschutz	72
a) Zulässigkeit	72
b) Begründetheit	73
c) Schutzschrift	73
d) Rechtliches Gehör trotz § 937 Abs. 2 ZPO durch Vorlage des Ablehnungsschreibens	74
e) Abschlusschreiben	75
6. Die Anrufung von Einigungsstellen (§ 15 UWG)	75
B. BESONDERER TEIL	76
I. Aggressive Geschäftliche Handlungen (§ 4a UWG)	76
1. Überblick	76
2. Aufbau des § 4a UWG	76
OLG Frankfurt – Corona-Reisegutschein	78
Übungsfall Regenwaldprojekt	78
Übungsfall Kunden werben Kunden	82
II. Irreführende Werbung nach § 5 UWG	86
1. Überblick	86
2. Prüfung des § 5 UWG	86
BGH Bundesdruckerei	88
BGH Tageszulassung II	88
2. Werbung mit Nachhaltigkeit	89
OLG Düsseldorf – Klimaneutrale Marmelade	89
3. Spezialgesetzliche Irreführungsverbote	91

OLG Hamburg – „ohne Zucker“	92
OLG Karlsruhe Desinfektionshandschaum	92
4. Weiteres Fallmaterial zu § 5 Abs. 1 UWG	93
BGH Basic-Phone-Vertrag	93
5. Das Trennungsprinzip und seine Verletzung	94
EuGH Grazia Style Nights	94
III. Irreführung durch Unterlassung nach § 5a UWG	95
1. Zur Systematik der §§ 5a f. UWG	95
2. Abgrenzung gegenüber § 5 UWG	95
3. Aufbau des Verstoßes gegen § 5a Abs. 1 UWG	96
BGH LGA tested	97
4. Fallmaterial	98
OLG Hamm Einbauküche	98
5. Übungsfall zu § 5a UWG	98
6. Angaben zum Ranking (§ 5b Abs. 2 UWG)	106
7. Kundenrezensionen (§ 5b Abs. 3 UWG, Nr. 23b und 23c SL)	108
Übungsfall zu gefälschten Kundere Rezensionen	111
IV. Getarnte bzw. verschleierte Werbung nach § 5a Abs. 4 Satz 1 UWG	120
1. Überblick	120
OLG Brandenburg Agiler Fahrspaß mit CUV-Komfort	121
2. Influencerwerbung (§ 5a Abs. 4 Satz 2 und 3 UWG)	121
a) Überblick	121
b) Geschäftliche Handlung	122
c) Keine Erkennbarkeit unmittelbar aus den Umständen	124
d) Eignung des Nichtkenntlichmachen zum Eingriff in die informierte Verbraucherentscheidung (Spürbarkeit)	125
e) Die Einschränkung der Verantwortlichkeit nach § 5a Abs. 4 Satz 2 UWG – Telemediengesetz und Medienstaatsvertrag	126
f) Die Vermutung des § 5a Abs. 4 Satz 3 UWG	128
V. § 7 UWG	129
1. Belästigung (§ 7 Abs. 1 UWG)	129
2. Werbung mit Kommunikationsmitteln (§ 7 Abs. 2 und Abs. 3, § 7a UWG)	129
a) § 7 Abs. 2 Nr. 2 und 3 UWG	129
BGH Inbox-Werbung II	130
b) Telefonwerbung nach § 7 Abs. 2 Nr. 1 UWG	133
c) Nr. 26 SL	134
d) Nr. 32 SL	135
V. Vorsprung durch Rechtsbruch (§ 3a UWG)	136
1. Tatbestandsvoraussetzungen	136
2. Fallmaterial	139
a) Verletzung von Verbraucherschutznormen	139
EuGH Zufriedenheitsgarantie	139
BGH Nutzungsentgelt für bargeldlose Zahlungen	140
b) Das Prinzip der Staatsferne	141
BGH Prinzip der Staatsferne	141
c) Besondere Marktordnungsnormen (PreisangabenVO, LadenschlussG usw.)	143
BGH Zweibrücker Fashion Outlet	143
d) Tabakwerbung	144
BGH Zigarettenausgabeautomat II	144
OLG Saarbrücken Aktionsbündnis Dampfen	144
e) Rechtsanwaltswerbung (§ 43b BRAO)	145
Anwaltsgerichtshof des Landes Nordrhein-Westfalen – Pin-Up-Kalender	146
VI. Vergleichende Werbung	146
1. Überblick	146
BGH Staubsaugerbeutel im Internet	147
2. Legaldefinition (§ 6 Abs. 1 UWG)	149

3. Verbotstatbestände des Abs. 2	149
a) Keine Befriedigung des gleichen Bedarfs (Nr. 1)	149
EuGH Lidl/Verizon	149
b) Fehlender objektiver Bezug (Nr. 2)	150
OLG Nürnberg Günstigere Preise	151
OLG Düsseldorf Mobilfunkwerbung	151
c) Verwechslungsgefahr (Nr. 3)	151
d) Ausnutzen und Beeinträchtigen von Kennzeichen (§ 6 Abs. 2 Nr. 4 UWG)	153
BGH Teddybär	154
e) Herabsetzung und Verunglimpfung nach § 6 Abs. 2 Nr. 5 UWG	155
BGH Gib mal Zeitung!	156
BGH Knochenzement II	157
f) Warenimitation (§ 6 Abs. 2 Nr. 6 UWG)	158
g) Dual Quality (§ 5 Abs. 3 Nr. 2 UWG)	159
VII. Behinderungswettbewerb und Leistungsschutz	159
1. Behinderungswettbewerb	159
OLG Hamburg Emissionshaus	160
OLG Nürnberg Landkreismacher	161
OLG Köln Ein-Stern-Bewertung	163
OLG Brandenburg Glasfasernetzkooperation	164
3. Leistungsschutz	164
BGH Flying V	165
BGH Kerrygold	168
BGH Einkaufswagen III	170

A. ALLGEMEINER TEIL

I. Die Zwecksetzung des UWG

Das Gesetz gegen den Unlauteren Wettbewerb (UWG) verfolgt einen **Doppelzweck**. Es schützt die individuellen Rechtsgüter der am Wettbewerbsprozess Beteiligten (§ 1 Abs. 1 Satz 1 UWG) und zielt darüber hinaus auf die Herstellung einer **Marktordnung durch unverfälschten Wettbewerb** (§ 1 Abs. 1 Satz 2 UWG). Unter dem Einfluss des Europarechts überwiegt dieser zweite Zweck den ersten. In der Sache geht es um die Erreichung von Marktergebnissen zum Wohle der Allgemeinheit (**Wohlfahrtseffekte**). Idealerweise verläuft der Wettbewerb auf dem Markt so, dass das **effizienteste Angebot** im Wettkampf der Konkurrenten erfolgreich ist. Ob ein Angebot jedoch diesen Voraussetzungen genügt, bestimmen die Nachfrager auf dem Markt. Für sie sind idR. Preis, Qualität, Image, Lieferzeit, Service, Gewährleistung usw. in unterschiedlicher Priorität wichtig. Das Gesetz kann in diesem Punkt keine inhaltlichen Vorgaben machen, ohne die Freiheit des Wettbewerbs und damit dessen Leistungsfähigkeit gerade zu 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 Anteil am Markt hinzu. Die mit der Umsatzerhöhung verbundenen Mehreinnahmen erlauben dem betroffenen Unternehmer eine Ausweitung der Produktion und eröffnen ihm so die Möglichkeit, noch intensiver auf die bisher als richtig eingeschätzten Bedürfnisse der Verbraucher einzugehen. Durch ihr Nachfrageverhalten sorgt die Nachfrageseite also dafür, dass sich auf der Angebotsseite das aus ihrer Sicht vorteilhafteste Angebot durchsetzt. Damit verbinden sich eine Reihe von Vorteilen:

- Auf dem Markt werden im Zweifel nur Angebote unterbreitet, die den Bedarf der Verbraucher auch tatsächlich befriedigen.
- Eine Verschwendung von Ressourcen (konkret: der Finanzmittel der Verbraucher) wird vermieden, indem sich im Zweifel nur das kostengünstigste Angebot durchsetzt. Auch werden nicht Angebote unterbreitet, die auf keine Nachfrage treffen und so zu einer Verschwendung eigener Art führen.
- Den Unternehmern auf der Anbieterseite eröffnet sich die Chance, durch eigene Leistung erfolgreich zu sein.

Diese Vorteile sind jedoch an **zwei Funktionsvoraussetzungen** geknüpft:

1. Der Verbraucher darf in seiner rationalen Entscheidung über die Vor- und Nachteile eines Angebots nicht erheblich beeinträchtigt werden (**Gefahr des Nichtleistungswettbewerbs**). Dies ist jedoch der Fall, wenn der Verbraucher durch Druck oder durch Täuschung daran gehindert wird, eine rationale Nachfrageentscheidung, die sog. **informierte Verbraucherentscheidung** nach § 3 Abs. 2, 2 Abs. 1 Nr. 11 UWG, zu treffen.
2. Ein Unternehmer darf einen anderen Unternehmer auch nicht daran hindern, ein effizientes Angebot gegenüber den Verbrauchern zu unterbreiten (**Gefahr des Behinderungswettbewerbs**). Die damit zusammenhängenden Rechtsfragen werden ab S. 159 erörtert.

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 ist die Identifizierung der beiden, gerade beschriebenen Gefahren für den Wettbewerb. Diese Lehre wurde in das europäische Wettbewerbsrecht übernommen und bestimmt heute die Rechtsprechung des EuGH (*Oechsler*, in: FS Martinek, 2020, S. 543 ff.).

II. Die Bedeutung der informierten Verbraucherentscheidung

Wie gerade ausgeführt treten die durch das UWG erwünschten Wohlfahrtseffekte nicht ein, wenn der Verbraucher in seiner Schiedsrichterrolle beeinträchtigt, dh. durch aggressive Praktiken (§ 4a UWG) oder durch irreführendes Verhalten (§§ 5 ff. UWG) an einer informierten Entscheidung nach §§ 3 Abs. 2, 2 Nr. 11 UWG gehindert wird.

Dies soll zunächst ein einfache Beispiel verdeutlichen:

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 grundsätzlich zurückhaltend begegnen und im Zweifel nicht annehmen, dass sich die Leistungssteigerung mathematisch genau auf den Faktor 10,0 berechnen lässt. Doch entnimmt er der Äußerung, dass der Hersteller die Wirkungsweise des Mittels erheblich 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, besteht die Gefahr, dass der Verbraucher durch seine irreführende Nachfrageentscheidung für das eine Produkt einem qualitativ höherwertigen Konkurrenzprodukt den Weg zum Markterfolg versagt hat. Diese Gefahr betrifft jedoch nicht nur den

einzelnen Verbraucher (§ 1 Abs. 1 Satz 1 UWG), sondern – da eine größere Zahl Nachfrager ähnlich entscheiden könnten – das Interesse der Allgemeinheit an einem unverfälschten Wettbewerb (§ 1 Abs. 1 Satz 2 UWG). Denn es droht die Gefahr, dass ein Anbieter im Konkurrenzkampf nur deshalb erfolgreich ist, weil er die Nachfrager täuscht und nicht weil sein Produkt dem der Konkurrenten überlegen ist. Die Irreführung kann deshalb als Nichtleistungswettbewerb verstanden werden, als Wettbewerb nicht mit eigener effizienter Leistung, sondern mit leistungsfremden Mitteln.

Voraussetzung dafür, dass der Wettbewerb sich an den Leistungsmerkmalen des Angebots orientiert, ist daher die bereits erwähnte **informierte Verbraucherentscheidung** iSd. **§§ 3 Abs. 2, 2 Abs. 1 Nr. 11 UWG**. Als Schiedsrichter über den Markterfolg muss der durchschnittliche Verbraucher (§ 3 Abs. 4 Satz 1 UWG) sein **Urteil auf zutreffende und vollständige Informationen stützen** und **darf bei deren Bewertung nicht an einer rationalen Entscheidung gehindert** werden. Nur in diesem Fall wird er sich für das aus seiner Sicht effizienteste Angebot entscheiden.

Die Effizienz des Wettbewerbs erscheint dabei als ein offener Tatbestand, für den nur gilt, dass der durchschnittliche Verbraucher nach § 3 Abs. 4 Satz 1 UWG **autonom** über ihn entscheiden können muss:

OLG Stuttgart/LG Stuttgart – Ocean Plastic

(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 nicht 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!

Vor allem die **Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken** (genannt **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. 11 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. 86 ff.) bzw. durch Unterlassen § 5a f. UWG (S. 95 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. 76 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 den Schutz der informierten Verbraucherentscheidung auch auf dem Binnenmarkt **vereinheitlichen, um dort das Entstehen unterschiedlicher wettbewerbsrechtlicher Regelungen und damit Handels- und Investitionshemmnisse zu verhindern.** Deshalb wirkt diese Richtlinie vollharmonisierend und verbietet den Mitgliedstaaten in Art. 3 und Art. 4, strengere Regelungen für das nationale Wettbewerbsrecht zu schaffen. Damit soll eine Rechtszersplitterung verhindert werden, die den ausländischen Unternehmer in seinen grenzüberschreitenden Investitionen abschrecken würde.

Aber das hier angesprochene Problem reicht noch tiefer: Der Schutz des laueren 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.

BGH Fernflugpreise

(BGH 5.7.2001 – I ZR 104/99 – Fernflugpreise) K mahnt B ab, weil B Fernflugreisen bewirbt, ohne in sein Preisangebot eine bei der Buchung zwangsläufig anfallende Gebühr einzurechnen, die regelmäßig zwischen 10 und 36 Euro liegt.

B verletzt zunächst § 3a UWG, weil er den Verbrauchern gegenüber keinen Gesamtpreis nach § 3 Abs. 1 Preisangabenverordnung angibt, sondern die erwähnte Gebühr in den Endpreis nicht einrechnet. Zu Recht sieht der BGH den damit verbundenen Verstoß jedoch nicht als erheblich an, weil er den durchschnittlichen Verbraucher nicht von der Buchung einer Fernreise abhalten wird. Dafür fällt der verschwiegene Preisanteil im Verhältnis zum Gesamtpreis einer solchen Reise nicht ausreichend ins Gewicht (BGH – juris-Rn. 34 ff.).

Wie das Beispiel zeigt, würde ein unbeschränkter Schutz der informierten Verbraucherentscheidung 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 Wortlaut:

„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.“

Auch zur Verwirklichung dieses Prinzips dient die 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**). Damit stellt sie folgende drei Ziele sicher:

- Sie verhindert eine Rechtszersplitterung auf dem Binnenmarkt.
- Sie ermöglicht kommerzielle Kommunikation, zu deren Funktionsvoraussetzungen das Erzielen von Aufmerksamkeit zählt.
- Sie schützt die Freiheit des Wettbewerbs vor einer Übertreibung der wettbewerblichen Verhaltensregeln.

Praktisch bedeutet dies, dass das UWG den Schutz der informierten Verbraucherentscheidung nicht schwächer, aber auch nicht stärker ausgestalten darf, als dies in der UGP-Richtlinie vorgegeben ist. Als Untergrenze des Verbraucherschutzes sorgt die UGP-Richtlinie dafür, dass die Verbraucher in ihrer informierten Entscheidung in einem Mindestmaß sicher geschützt sind (vgl. § 1 Abs. 1 Satz 1 UWG). Als Obergrenze schützt die UGP-Richtlinie die drei erwähnten Rechtsgüter und dient damit einem Marktordnungszweck (vgl. § 1 Abs. 1 Satz 2 UWG)!

Deshalb stellen die Normen der UGP-Richtlinie **wichtige Auslegungshilfen bei der Anwendung des UWG in den vollharmonisierten Bereichen dar**. 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 §§ 5ff. UWG sind entsprechend die Art. 6 und 7 UGP-Richtlinie zu beachten.

Die praktische Wirkungsweise der Vollharmonisierung zeigt sich an **Art. 5 Abs. 3 Satz 2 UGP-Richtlinie**. Die Norm lautet:

„Die übliche und rechtmäßige Werbepaxis, übertriebene Behauptungen oder nicht wörtlich zu nehmende Behauptungen aufzustellen, bleibt davon [vom Verbot unlauterer Geschäftspraktiken] unberührt.“

Diese Norm beeinflusst die Behandlung von **Werbung mit Hilfe marktschreierischer Anpreisungen** im Anwendungsbereich des Irreführungsverbots (§§ 5 ff. UWG). Im Gesetzestext des UWG fehlt nämlich eine Parallelnorm.

Als Richtlinie **bindet** die UGP-Richtlinie jedoch die Privatrechtssubjekte **im Verkehr nicht unmittelbar** (Art. 288 Unterabsatz 3 AEUV). Eine Norm wie Art. 5 Abs. 3 Satz 2 UGP-Richtlinie
 Jürgen Oechsler, Uni Mainz, Skript zum UWG, 2024

kann daher nicht unmittelbar auf einen Fall angewendet werden, sondern fließt nur in die **richtlinienkonforme Auslegung des § 5 Abs. 1 UWG** ein. 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, den normativen Geltungsanspruch der Richtlinien respektiert (**richtlinienkonforme Auslegung**).

Hinweis: 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 kurz deutlich gemacht wird. Vermeiden Sie jedoch in jedem Fall 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 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. 11 UWG umgesetzt. Die drei Begriffe „spürbar“, „wesentlich“ und „erheblich“ 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 der Wettbewerbsfreiheit bedeuten. Deshalb muss die Schwere des UWG-Verstoßes ins Verhältnis zur Beschränkung der Wettbewerbsfreiheit gesetzt werden. Die Schwere wiederum ergibt sich aus der Art und Weise, in der ein Verhalten in die informierte Verbraucherentscheidung eingreift. Als Beispiel für eine Norm, die diesen Gedanken ausdrücklich umsetzt, kann **§ 5a Abs. 3 UWG** genannt werden. Danach ist eine residuale Irreführungsfahr hinzunehmen, wenn die räumlichen und zeitlichen Beschränkungen des Werbemediums eine kommerzielle Kommunikation andernfalls nicht ermöglichen würden. Vergleiche dazu den Übungsfall ab S. 98!

Jürgen Oechsler, Uni Mainz, Skript zum UWG, 2024

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

- (1) Abs. 1 regelt den allgemeinen Tatbestand der unlauteren Geschäftspraxis, der auch als Auffangtatbestand fungiert, wenn Abs. 5 und Abs. 4 keine Regelung beinhalten.
- (2) Nach Abs. 4 beruht die unlautere Geschäftspraktik entweder auf einer irreführenden oder einer aggressiven Werbung.
- (3) Abs. 5 verweist auf die Schwarze Liste der Per-se-Verbote.

IV. Die Schwarze Liste

1. Wirkungsweise als Per-Se-Verbote und negative Safe-Harbour-Regelung

Die UGP-Richtlinie zielt auf ein einheitliches wettbewerbliches Schutzniveau auf dem Binnenmarkt. Im Widerspruch zu diesem Regelungsziel steht zunächst grundsätzlich, dass nach dem Spürbarkeitsprinzip im Einzelfall abgewogen werden muss, ob die Ahndung eines Wettbewerbsverstößes noch im Verhältnis zu der damit einhergehenden Wettbewerbsbeschränkung steht oder nicht. Die Abwägung begünstigt voneinander abweichende Einzelfallentscheidungen nationaler Gerichte und gefährdet die Rechtssicherheit. Die UGP-Richtlinie will dem abhelfen, indem 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** (dazu *Oechsler GRUR 2019, 136*).

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

Das kritische Element liegt hier in der *unmittelbaren* Aufforderung (vgl. dazu BGH WRP 2014, 164 – Runes of Magic I), die die Kinder persönlich und unvermittelt zum Kauf bewegen soll. Denn in diesem Fall wird das typisch impulsive Verhalten der kindlichen Konsumenten ausgebeutet. Geht nun ein Verbraucherverband gegen einen Hersteller von Süßwaren mit der Begründung vor, dieser werbe im Kinderprogramm eines Privatsenders für Gummibären, deren Genuss bei Kindern ein Übergewicht verursachen könne, darf der Hersteller auf einen Umkehrschluss aus Nr. 28 verweisen. Solange er die Kinder nicht unmittelbar zum Erwerb der Süßwaren auffordert und mit seinem Produkt die Vorgaben des Lebensmittelrechts einhält (§ 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

Jürgen Oechsler, Uni Mainz, Skript zum UWG, 2024

Schutzes im Einzelfall. Auf diese Weise fungiert Nr. 28 SL wie ein **sicherer Hafen (safe harbor)** für das eigene wettbewerbliche Handeln. Vgl. in diesem Zusammenhang

BGH Identitätsdiebstahl II

(BGH, 20.10.2021 – I ZR 17/21 – **Identitätsdiebstahl II**) K, ein nach § 8 Abs. 3 Nr. 3 UWG aktivlegitimierter Verband, geht gegen das Inkassounternehmen B vor. Dieses macht eine Forderung gegenüber dem Verbraucher V aus einem Mobilfunkvertrag mit dem Anbieter M geltend. V hat jedoch keinen Vertrag mit M geschlossen. Vielmehr hat ein unbekannter Dritter unter Verwendung der Identität des V zur Leistung veranlasst. K verlangt von B Unterlassung der Geltendmachung der Forderung gegenüber V aus § 8 Abs. 1 Satz 1 UWG. Liegt eine unlautere Handlung vor?

Hier kommt ein Unterlassungsanspruch aus §§ 8 Abs. 1 Satz 1, 3 Abs. 3 UWG iVm. Nr. 29 SL in Betracht. Nach Nr. 29 SL ist ua. die Aufforderung zur Bezahlung nicht bestellter, aber erbrachter Dienstleistungen verboten (BGH Rn. 34 ff.). Zwar fordert B den V zur Zahlung nicht bestellter Dienstleistungen auf. Diese aber wurden dem V gegenüber nicht iSd. Nr. 29 SL erbracht. Voraussetzung für ein Erbringen ist nämlich, dass der Adressat wirtschaftliche Verfügungsgewalt über die Dienstleistungen erlangt. Und dies war gerade nicht der Fall. Da die Norm ihrem Wortlaut nach nicht auf den Fall passt, ist sie insgesamt nicht anwendbar. Denn insbesondere eine analoge Anwendung kommt nicht in Betracht: Ihr stehen der vollharmonisierende Charakter und das Per-se-Verbotsprinzip der Schwarzen Liste entgegen (dazu sogleich).

Das eigentliche Problem des Falles liegt jedoch in der Frage, ob wegen der fehlenden Anwendbarkeit von SL Nr. 29 noch Raum für die Anwendung der §§ 3 bis 7 UWG besteht. Im Umkehrschluss aus SL Nr. 29 muss wohl eine aggressive Handlung durch unzulässige Beeinflussung nach § 4a Abs. 1 Satz 2 UWG ausgeschlossen werden. Denn diese kommt nach § 4a Abs. 1 Satz 3 BGB nur bei Bestehen einer relevanten Machtposition in Betracht. Im Umkehrschluss aus SL Nr. 29 folgt jedoch, dass der Gesetzgeber erst dann von einer relevanten Druckposition ausgeht, wenn der Person, die zur Zahlung aufgefordert wird, vorab eine Ware oder Dienstleistung geliefert worden ist. Dies war vorliegend jedoch nicht der Fall.

Der BGH prüft auch keinen Verstoß gegen § 4a UWG, hält hingegen das Irreführungsverbot nach § 5 Abs. 1 UWG auf B für anwendbar. Problematisch erscheint dabei, dass V ja weiß, dass er keinen Vertrag mit dem Mobilfunkunternehmen geschlossen hat. Der BGH hält die Aufforderung des B an V dennoch für geeignet, den V zu täuschen (Rn. 15 ff.). Denn Mobilfunkverträge können im Internet auch aus Versehen zustande kommen (falscher Mausklick), so dass bei einem durchschnittlichen Verbraucher iSd. § 3 Abs. 4 Satz 1 UWG ein falscher Eindruck entstehen könne. Fraglich war jedoch auch, ob § 5 Abs. 1 Satz 1 UWG nicht wie § 4a UWG ebenfalls im Umkehrschluss aus SL 29 ausgeschlossen ist. Dafür könnte folgende Überlegung sprechen: SL Nr. 29 verbietet die Aufforderung zur Bezahlung unbestellter Dienstleistungen nur dann, wenn diese auch erbracht worden sind. Ist dies nicht der Fall, könnten im Umkehrschluss aus dieser Norm vermeintlich auch

Jürgen Oechsler, Uni Mainz, Skript zum UWG, 2024

die übrigen Tatbestände des UWG nicht zur Anwendung kommen. Der BGH argumentiert jedoch in eine andere Richtung. Er erkennt die Möglichkeit des Umkehrschlusses (Rn. 37), hält diesen jedoch im konkreten Fall nicht für möglich. SL Nr. 29 regelt einen Fall der aggressiven Werbung, bei dem der Verbraucher in Bezug auf seine Entscheidung, Zahlung zu leisten, durch das Erbringen der Dienstleistung unter besonderen Druck gesetzt werde. Läge das Erbringen der Dienstleistung und damit die Nr. 29 SL vorausgesetzte Drucksetzung nicht vor, sei deshalb das Verbot der Irreführung (§ 5 Abs. 1 UWG) grundsätzlich anwendbar (Rn. 39). An dieser Argumentation überzeugt, dass SL Nr. 29 in der Schwarzen Liste unter der Rubrik „aggressive geschäftliche Handlungen“ (Vorspann zu SL Nr. 24 ff. zur UGP-RL und zum UWG) geführt wird.

Dennoch stellt sich die Frage, ob Nr. 29 SL nicht eine Erheblichkeitsschwelle einführt, die den unternehmerisch tätigen Gläubiger im Einzelfall auch vor der Anwendung des § 5 UWG schützt: Dass ein Unternehmer nämlich aufgrund eines Fehlers in der eigenen Buchführung gegenüber dem eigenen Kunden einen Betrag zu Unrecht geltend macht, erscheint als Alltagsvorgang und begründet kaum die Voraussetzungen für eine Abmahnung nach §§ 8 Abs. 1 Satz 1, 3 Abs. 1, 5 Abs. 1 UWG. Vielmehr ist dem Kunden zuzumuten, gegenüber dem Unternehmer durch Vorlage von Quittungen oder durch einfaches Bestehen auf einem Dokument über den Vertragsschluss auf seinen Rechten zu bestehen. Eine Ausnahme erscheint nur vorstellbar, wenn offensichtlich nicht bestehende Forderungen massenweise durch ein Inkassounternehmen geltend gemacht werden.

Auch der BGH erkennt die Gefahr, dass B in Unkenntnis des begangenen Identitätsdiebstahls nicht vermeiden konnte, eine sachlich nicht begründete Forderung gegenüber V geltend zu machen. Er prüft dies jedoch **im Rahmen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes**, der bei der Konkretisierung des § 5 Abs. 1 UWG im Wege der richtlinienkonformen Auslegung von Erwägungsgrund 6 Satz 2 UGP-RL gilt. Dabei solle es im Rahmen des verschuldensunabhängigen Anspruchs aus § 8 Abs. 1 Satz 1 UWG auf diesen Aspekt ankommen (Rn. 43). Insbesondere sieht das Gericht die Inanspruchnahme des B nicht deshalb unverhältnismäßig, weil es für ein Mobilfunkunternehmen und dessen Inkassobüro schwierig sei, Fälle des Identitätsdiebstahls auszuschließen (Rn. 45 ff.).

2. Keine Spürbarkeit, keine Analogie und keine teleologische Reduktion

Die Tatbestände der Schwarzen Liste berühren eine Vielzahl teilweise auch ungewöhnlicher Verhaltensweisen (vgl. Nr. 24 SL UWG). 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 Prinzipien 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 – wie bereits erörtert –, dass es für die Verwirklichung eines Tatbestandes der Schwarzen Liste über den Wortlaut hinaus nicht auf Spürbarkeit der geschäftlichen Handlung iSd. §§ 3 Abs. 2, 2 Abs. 1 Nr. 11 UWG ankommt. Darin wiederum verwirklicht sich der zentrale 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 Verbot zielt seinem Schutzzweck nach auf die Wahrung des Per-se-Verbotscharakters der Tatbestände der SL. Dieser wird durch jede Art der Rechtsfortbildung – und diese findet gerade im Wege der Analogie oder der teleologischen Reduktion statt – gefährdet. Denn die **Analogie** führt zur Anwendung einer Norm über ihren Wortlaut hinaus; die **teleologische Reduktion** beschränkt den Anwendungsbereich einer Norm auf einen Sachverhalt, auf den diese nur ihrem Wortlaut nach nicht jedoch aufgrund ihres Zweckes 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 jedoch dem Ziel der Vollharmonisierung, Investitionssicherheit für Unternehmer** auf dem Binnenmarkt zu schaffen. Der ausländische Investor soll idealerweise allein aufgrund des Wortlauts der SL erkennen können, welche Verhaltensweise untersagt und welche erlaubt ist. **Diese Möglichkeit werden durch Analogie und teleologische Reduktion, also richterliche Rechtsfortbildungen über den Normwortlaut hinaus, gerade gefährdet**. Dabei muss noch das Folgende bedacht werden: Der grenzüberschreitende Verkehr von Dienstleistungen und Waren erscheint aus Sicht des Verbrauchers immer noch als sog. **Low-Trust-Markt**. Bestellt ein deutscher Verbraucher über das Internet Ware in Irland, ist er daher über die Verbotstatbestände der SL (mittelbar) geschützt. Dieser Schutz bestünde nicht, wenn die irischen Gerichte die Verbote der SL gegenüber dem Normwortlaut zurücknehmen könnten. Einer solchen Entwicklung beugt das Veränderungsverbot des Art. 5 Abs. 5 Satz 2 UGP-Richtlinie ebenfalls vor. Allerdings ist zu beachten, dass der EuGH über ein

Jürgen Oechsler, Uni Mainz, Skript zum UWG, 2024

Analogieverbot bzw. ein Verbot der teleologischen Reduktion noch nicht entschieden hat.

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. 2 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.

1. Aktivlegitimation und Klagebefugnis

Der Gläubiger aus § 8 Abs. 1 Satz 1 UWG bedarf einer besonderen Anspruchsberechtigung, der **Aktivlegitimation**. Dies folgt aus dem Umstand, dass das UWG als Marktordnungsrecht fungiert, das im Interesse der Allgemeinheit gilt (vgl. § 1 Abs. 1 Satz 2 UWG). Aus objektiven Ordnungsnormen dieser Art leiten sich aber nicht automatisch **subjektive Rechte** (Ansprüche, Forderungen) eines privaten Trägers ab (vgl. § 42 VwGO). Wer daher aufgrund des UWG vorgeht, tut dies nicht allein zum Selbstschutz, sondern immer auch zum Schutz des Wettbewerbs auf dem Markt. Dadurch entsteht die **Gefahr von Missbräuchen**, weil die Geltendmachung von Unterlassungsansprüchen zugleich die Erzielung von Einnahmen nach **§ 13 Abs. 3 UWG** ermöglicht: Wer einen Rechtsverletzer erfolgreich abmahnt, kann von diesem nämlich Ersatz der erforderlichen Aufwendungen verlangen. Im Einzelfall können daher UWG-Verstöße allein zu Zwecken der Einnahmeerzielung geltend gemacht werden. Entsprechend droht eine Vielzahl von Abmahnungen vergleichsweise geringfügiger Wettbewerbsverstöße (Verstoß gegen die Regelungen über den Ausweis der Umsatzsteuer oder gegen die Preisangabenverordnung). Diese tragen wenig zu der in § 1 Abs. 1 Satz 2 UWG niedergelegten gesetzlichen Zielsetzung bei, können aber die Freiheit des Wettbewerbs erheblich gefährden.

Daran zeigt sich ein **Paradoxon des Wettbewerbsrechts**: Einerseits entsteht der Aufwendungsersatzanspruch nach § 13 Abs. 3 UWG nur, wenn auch ein Unterlassungsanspruch nach § 8 Abs. 1 Satz 1 UWG begründet ist (dazu BGH, 27.1.2022 – I ZR 7/21 – Selbstständiger Erstattungsanspruch Rn. 12). Die Missbrauchsgefahr beruht also nicht notwendig darauf, dass im Einzelfall kein Wettbewerbsverstoß vorliegen würde. Doch will es der Gesetzgeber zugleich Jürgen Oechsler, Uni Mainz, Skript zum UWG, 2024

vermeiden, dass jedes kleine Fehlverhalten abgemahnt werden kann. Denn dadurch droht eine Lähmung der Freiheit des Wettbewerbs. Dieses Ziel verfolgt bereits der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz des Erwägungsgrunds 6 Satz 2 UGP-RL und das daraus abgeleitete Spürbarkeitserfordernis (dazu oben). Demselben Zweck dient die Beschränkung der Aktivlegitimation nach § 8 Abs. 3 UWG: Nicht jedermann, sondern nur ausgewählte Träger sollen danach Verstöße gegen das UWG geltend machen können. Aus diesem Grund schränken § 8 Abs. 3 UWG und § 8a UWG die Aktivlegitimation grundsätzlich auf **fünf Arten von Rechtsträgern** ein.

Beachten Sie jedoch noch Folgendes: In den Fällen des **Behinderungswettbewerbs nach § 4 UWG** greifen **eigene Regelungen für die Aktivlegitimation**. Hier kann sich nur der angegriffene Wettbewerber selbst oder eine Person, die gegenüber dem angegriffenen Wettbewerber zum Alleinvertrieb berechtigt ist und in ihren eigenen Rechten verletzt worden ist, auf den Wettbewerb berufen (BGH, 26.1.2023 – I ZR 15/22 – **Kerrygold** Rn. 13 f.; dazu noch ausführlich auf S. 168). Ausschlaggebend ist, dass § 4 UWG nicht auf europarechtlichen Vorgaben beruht und einen eingeschränkten Schutzzweck verfolgt: Wird ein Unternehmer durch einen anderen behindert, steht es ihm frei, auf den Schutz des UWG auch zu verzichten. In diesem Fall können nicht andere Rechtsträger an seine Stelle treten und seine Rechte für ihn geltend machen.

a) Mitbewerber (§ 8 Abs. 3 Nr. 1 UWG)

Der Begriff des Mitbewerbers ist in § 2 Abs. 1 Nr. 4 UWG definiert. Beachten Sie bitte, dass es sich um Unternehmen (§ 2 Abs. 1 Nr. 8 UWG) 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 (zB. ein Hersteller) berechtigt ist, gegen einen UWG-Täter auf einer vor- oder nachgelagerten Marktstufe (Lieferant oder Jürgen Oechsler, Uni Mainz, Skript zum UWG, 2024

Händler des Konkurrenten) 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.

Das Beispiel verdeutlicht ein einfaches Prinzip: Sobald ein Unternehmer in seinem eigenen wettbewerblichen Vorankommen durch die Handlung eines anderen Unternehmens betroffen ist, muss es gegen dieses auf der Grundlage von § 8 Abs. 1 Satz 1 UWG vorgehen dürfen. Denn in diesem Fall besteht die Gefahr eines Missbrauchs der Abmahnmöglichkeit mit dem alleinigen Ziel, Aufwendungsersatzansprüche nach § 13 Abs. 3 UWG zu generieren, nicht. Deswegen ist im Ergebnis auch der Zweck des § 8 Abs. 3 Nr. 1 UWG erfüllt und der Gläubiger deshalb Mitbewerber iSd. § 2 Abs. 1 Nr. 4 UWG. Dann liegt das in der Norm vorausgesetzte konkrete Wettbewerbsverhältnis vor.

BGH Wettbewerbsbezug

(BGH (26. 1. 2017 - I ZR 217/15 – **Wettbewerbsbezug**): Ein Anbieter von Beteiligungen an einem geschlossenen Immobilienfonds und eine auf Kapitalmarktrecht spezialisierte Rechtsanwalts-gesellschaft, die im Internet zum Zwecke der Akquisition anwaltlicher Beratungsmandate Pressemitteilungen zu dem Fondsanbieter veröffentlicht, sieht das Gericht nicht als Mitbewerber i. S. d. § 2 Abs. 1 Nr. 4 UWG an. Grund: Allein der Umstand, dass die anwaltliche Beratung sich negativ auf die Geschäftstätigkeit des Fondsanbieters auswirken kann, verleiht dem Dienstleistungsangebot der Anwalts-gesellschaft noch nicht den Charakter eines Wettbewerbsverhaltens. Die Ausweitung der wettbewerbsrechtlichen Anspruchsberechtigung wäre andernfalls zu groß (Rn. 20). Den Tatbestand des konkreten Wettbewerbsverhältnisses definiert der BGH in diesem Zusammenhang so:

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

Ein aktuelles Beispiel für die Anwendung der §§ 8 Abs. 3 Nr. 1, 2 Abs. 1 Nr. 4 UWG liefert

BGH Zweitmarkt für Lebensversicherungen II

(BGH, 24.2.2022 – I ZR 128/21 – Zweitmarkt für Lebensversicherungen II) K ist eine Partnerschaftsgesellschaft, bestehend aus Rechtsanwälten. Diese berät Mandanten über die Möglichkeit, Liquidität aus bereits geschlossenen Lebensversicherungen zu erzielen. Sie geht gegen B vor, ein Unternehmen, das sich auf den Aufkauf von Lebensversicherungen spezialisiert hat. K hält eine Werbung der B für unlauter, in der B den Kunden die Überprüfung ihrer Verträge im Hinblick auf die Übertragung, Kündigung oder Rückabwicklung ohne nach dem RDG zur Rechtsberatung berechtigt zu sein.

Problematisch ist die Aktivlegitimation der K als Mitbewerberin nach §§ 8 Abs. 3 Nr. 1, 2 Abs. 1 Nr. 4 UWG. Der BGH erkennt jedoch ein besonderes Interesse am lauterkeitsrechtlichen Individualschutz der K und lässt es für ein konkretes Wettbewerbsverhältnis genügen, „dass sich der Verletzer durch seine Verletzungshandlung im konkreten Fall in irgendeiner Weise in Wettbewerb zu dem Betroffenen stellt.“ Ein konkretes Wettbewerbsverhältnis ist danach 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 und die von den Parteien angebotenen Waren oder Dienstleistungen einen wettbewerblichen Bezug zueinander aufweisen.**“ (BGH Rn. 13). Unter diesen Voraussetzungen erkennt der BGH auf ein konkretes Wettbewerbsverhältnis zwischen K und B, weil beide Beratungsleistung im Hinblick auf die Verwertung von Lebensversicherungsverträgen erbringen.

Problematisch war im Fall ferner, dass K nicht hauptberuflich Mandanten über Lebensversicherungsverträge beriet, sondern nur gelegentlich in diesem Bereich tätig wurde. Es stellte sich daher die Frage, ob K gerade nicht, wie im Wortlaut des **§ 8 Abs. 3 Nr. 1 UWG** vorausgesetzt, Waren oder Dienstleistungen **in nicht unerheblichem Maße und nicht nur gelegentlich** vertrieb oder nachfragte. Die zugrunde liegende Einschränkung des § 8 Abs. 3 Nr. 1 UWG geht auf das **Gesetz zur Stärkung des fairen Wettbewerbs** v. 26. November 2020 zurück (BGBl. I S. 2568) und versagt denjenigen Personen die Aktivlegitimation, die einer unternehmerischen Tätigkeit nur im Nebengewerbe nachgehen, ansonsten aber das Abmahnweisen betreiben. Den Schlüssel zum Verständnis liefert die Entscheidung **BGH GRUR 2019, 638 – Kündigung der Unterlassungsvereinbarung** (S. 35), in der Abmahnungen die Haupteinnahmequelle des Klägers darstellten und dieser ansonsten kaum noch in nennenswerter Weise geschäftlich tätig war. Mit der neugeschaffenen Einschränkung will der Gesetzgeber sicherstellen, dass der Aktivlegitimierte Einnahmen durch den Betrieb eines Unternehmens erzielt und die Geltendmachung des Unterlassungsanspruchs im Verhältnis dazu lediglich eine Hilfstätigkeit, nicht jedoch die Haupteinnahmequelle, darstellt. 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 weiter geführt 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 vorgelegt werden.“ (Hervorhebungen nur hier)“

Genau in diesem Sinne versteht der **BGH** das Merkmal in der oben genannten Entscheidung „Zweitmarkt für Lebensversicherungsverträge II“. Auch er geht davon aus, dass die Einschränkung des Anwendungsbereichs Missbrauchsmöglichkeiten vorbeugen solle, „die sich aus einer nur pro forma, aber nicht ernsthaft und nachhaltig betriebenen Geschäftstätigkeit ergeben“ (Rn. 14). Es dürften dabei allerdings **keine zu hohen Hürden in Bezug auf Umfang und Dauer der Tätigkeit** gestellt werden; auch müssen die Umstände des Einzelfalles berücksichtigt werden (Rn. 14). Im konkreten Fall ließ es das Gericht genügen, dass K tatsächlich Mandate dieser Art wahrnahm.

Weitere Erkenntnisse zum Begriff des konkreten Wettbewerbsverhältnisses iSd. § 2 Abs. 1 Nr. 4 UWG liefert schließlich

BGH Zweitmarkt für Lebensversicherungen I

(BGH, 5.11.2020 – I ZR 234/19 – Zweitmarkt für **Lebensversicherungen I**). Ein Versicherungsunternehmen (K), das Lebensversicherungen anbietet, geht gegen ein Unternehmen (B) vor, das Lebensversicherungen von Versicherungsnehmern aufkauft.

Ein Problem des Falles bestand darin, dass das B nicht unmittelbar in die Absatzchancen des K eingreift. Dem BGH genügt es jedoch für die Annahme eines konkreten Wettbewerbsverhältnisses, dass beide **um dieselbe Kundengruppe werben** und der Aufkäufer B dem Versicherungsunternehmen K bei dieser Gelegenheit Kunden abwirbt (Rn. 28). Diese Einordnung überzeugt, weil sie dem eigentlichen Zweck des § 8 Abs. 3 Nr. 1 UWG gerecht wird, Abmahnungen nur dort zu verhindern, wo sie auf das „Schinden“ von Abmahngebühren nach § 13 Abs. 3 UWG gerichtet sind. Denn für das Versicherungsunternehmen K besteht ein nachvollziehbares wirtschaftliches Eigeninteresse, das Verhalten des anderen Unternehmens auf dessen wettbewerbsrechtliche Zulässigkeit überprüfen zu lassen.

Die Entscheidung erscheint noch **aus einem anderen Grund beachtenswert**: Steht die Mitbewerbereignenschaft nach § 8 Abs. 3 Nr. 1 UWG einmal fest, darf der aktivberechtigte Träger nicht nur alle das Verhältnis unter Konkurrenten betreffenden UWG-Verstöße abmahnen, sondern auch alle anderen Verstöße gegen das UWG. Denn es herrscht ein **allgemeiner Mitbewerberbegriff**

im UWG, der in Bezug auf alle Tatbestände der §§ 3 bis 7 UWG gilt (Rn. 31 ff.). Eine Ausnahme gilt nur in Bezug auf § 4 Nr. 4 UWG (dazu bereits oben!).

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) mit Wirkung vom 1.12.2021 verändert. Wirtschaftsverbände sind danach aktivlegitimiert, wenn Sie vom Bundesamt für Justiz (Bundesoberbehörde im Geschäftsbereich des Ministeriums für Justiz und Verbraucherschutz) in die entsprechende Liste eingefügt worden sind. Der Gesetzgeber hat in **§ 8b UWG** eine entsprechende Verfahrensregel geschaffen, die weitgehend (§ 8b Abs. 3 UWG) auf die Regelung für Verbraucherschutzverbände (dazu sogleich) verweist. Die Kontrolle nach § 8b UWG zielt dabei ebenfalls auf die Verhinderung des Missbrauchs durch sog. **Abmahnvereine**.

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

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.

EuGH Meta Platforms

EuGH, 28.4.2022 – C-319/20 – Meta Platforms Ireland Limited) K, ein Verbraucherschutzverband iSd. § 8 Abs. 3 Nr. 3 UWG, geht gegen Meta Platforms Ireland (B) wegen Verstoßes gegen datenschutzrechtliche Bestimmungen vor. Fraglich ist, ob dies mit Art. 80 Abs. 2 DSGVO vereinbart ist.

Die Besonderheit des Art. 80 Abs. 2 DSGVO liegt darin, dass der klagende Verband nicht konkret durch die Person beauftragt werden muss, die durch eine Verletzung der DSGVO betroffen ist. Fraglich war, ob diese Norm nicht wegen der erkennbaren Missbrauchsgefahr abschließend die Aktivlegitimation wegen Verletzung der DSGVO auch in Wettbewerbsstreitigkeiten regelt. Der EuGH verneint diese Frage, fordert jedoch, dass eine Aktivlegitimation wie die nach § 8 Abs. 3 Nr. 3 UWG in diesem Fall so ausgelegt werden muss, dass die angegriffene Datenverarbeitung die Rechte **„identifizierter oder identifizierbarer natürlicher Personen** aus dieser Verordnung beeinträchtigen kann.“ (Rn. 83).

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

Der Tatbestand umfasst Träger, bei denen aufgrund ihrer öffentlich-rechtlichen Verfasstheit bzw. aufgrund ihrer im öffentlichen Interesse liegenden Aufgabenstellung keine Einzelfallprüfung der Aktivlegitimation (vgl. § 8 Abs. 3 Nr. 1 UWG) oder durch eine Behörde (vgl. § 8 Abs. 3 Nr. 2 und 3 UWG) erforderlich ist. Allerdings ist die Aktivlegitimationen bei diesen Trägern **beschränkt auf die Erfüllung ihrer Aufgaben**.

Bei den **Industrie- und Handelskammern** handelt es sich um Körperschaften des öffentlichen Rechts mit Zwangsmitgliedschaft, deren Zwecksetzung in der Wahrung berufsständischer Interessen liegt. Sie sind deshalb nur aktivlegitimiert, soweit es um Rechtsverletzungen der von ihnen repräsentierten Berufsvertreter geht. § 8 Abs. 3 Nr. 4 UWG erfasst auch **Handwerkskammern**: Bei diesen handelt es sich ebenfalls um Körperschaften des öffentlichen Rechts mit Zwangsmitgliedschaft, die die Interessen des Handwerks vertreten und insoweit aktivlegitimiert sind.

Hinzu kommen **sonstige berufsständige Körperschaften** des öffentlichen Rechts wie etwa **Landwirtschaftskammern** (BT-Drucks. 19/12084, S. 27). Berechtigt sind aber auch **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.

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

Nach § 8a UWG besteht eine sachlich beschränkte Aktivlegitimation für Verbände im Falle der Verletzung der Vorschriften der 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 bzw. Prozessführungsbefugnis

Innerhalb eines Klageantrags betrifft die Aktivlegitimation die Ebene der Begründetheit. Fehlt sie, muss die Klage als unbegründet 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 eines Klageantrags, und zwar unter dem Gesichtspunkt der **Klagebefugnis**. Das Institut der Klagebefugnis ist vor allem aus dem Verwaltungsprozessrecht bekannt (§ 42 Abs. 2 VwGO). Im Zivilrecht wird auch der Begriff der **Prozessführungsbefugnis** verwendet.

Zur Erklärung: Das Erfordernis der Prozessführungsbefugnis (Klagebefugnis) als Zulässigkeitsvoraussetzung (Sachurteilsvoraussetzung) folgt aus dem formalen Parteibegriff der ZPO. Danach ist Kläger, wer in der Klageschrift als solcher bezeichnet ist (§ 253 Abs. 2 Nr. 1 ZPO). Die Prozessführungsbefugnis fehlt indes, wenn dem Kläger der nach § 253 Abs. 2 Nr. 1 ZPO geltend gemachte Anspruch von vornherein unter keinem denkbaren Gesichtspunkt zustehen kann. Die Klage wird in diesem Fall als unzulässig abgewiesen.

Im öffentlichen Recht ergibt sich die Notwendigkeit einer Klagebefugnis aus dem Umstand, dass nicht jeder Verstoß gegen das öffentliche Recht zur Klage berechtigen 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 wider. Das UWG beinhaltet (ebenfalls) objektives Marktordnungsrecht (§ 1 Abs. 1 Satz 2 UWG). Deshalb kann nicht jede Person wegen Verletzung der objektiven Marktordnungsregeln Klage erheben. Vielmehr muss sie sich von vornherein auf ein eigenes subjektives Recht stützen, das ihr durch § 8 Abs. 3 UWG verliehen wird. Fehlt es von vornherein an einem solchen Recht, wird die Klage als unzulässig abgewiesen.

Die Klagebefugnis bzw. Prozessführungsbefugnis erscheint damit als Spiegelbild der Aktivlegitimation auf der Ebene der Zulässigkeit der Klage.

Hinweis: 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 geprüft (BGH GRUR 2019, 966 – **Umwelthilfe** Rn. 10 ff.). Die Entscheidung darüber, wo genau § 8 Abs. 3 UWG einer näheren Prüfung unterzogen wird, dürfte auf richterlichen Zweckmäßigkeitserwägungen im Einzelfall beruhen.

2. Das Erfordernis der geschäftlichen Handlung (§ 2 Abs. 1 Nr. 2 UWG)

a) Allgemeines

Der Unterlassungsanspruch nach § 8 Abs. 1 Satz 1 UWG setzt eine (nach § 3 oder § 7 unzulässige) **geschäftliche Handlung** voraus. Dieses Tatbestandsmerkmal ist in § 2 Abs. 1 Nr. 2 UWG definiert. Die Norm geht ihrerseits auf Art. 2 lit. d UGP-RL, der einem anderen Wortlaut folgt:

Im Sinne dieser Richtlinie bezeichnet der Ausdruck

...

d) „Geschäftspraktiken im Geschäftsverkehr zwischen Unternehmen und Verbrauchern“ (nachstehend auch „Geschäftspraktiken“ genannt) jede Handlung, Unterlassung, Verhaltensweise oder Erklärung, kommerzielle Mitteilung einschließlich Werbung und Marketing eines Gewerbetreibenden, die unmittelbar mit der Absatzförderung, dem Verkauf oder der Lieferung eines Produkts an Verbraucher zusammenhängt.

Zunächst **nimmt** das Tatbestandsmerkmal der geschäftlichen Handlung **das typische Verhalten von Verbrauchern vom Anwendungsbereich des UWG aus**. Denn dieses besteht in der Nachfrage zu privaten Zwecken iSd. § 2 Abs. 2 UWG iVm. § 13 BGB. In diesen Fällen fehlt der in § 2 Abs. 1 Nr. 2 UWG vorausgesetzte objektive Bezug zum eigenen Unternehmen oder zu einem fremden Unternehmen.

Darüber hinaus erfüllt das Tatbestandsmerkmal **drei Funktionen**:

b) Abgrenzung gegenüber der Lehre vom eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb

Liegt eine geschäftliche Handlung vor, findet § 823 Abs. 1 BGB aufgrund der Lehre vom eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb keine Anwendung. Diese Lehre beruht auf einer Rechtsanalogie und setzt folglich eine Regelungslücke voraus. Das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb ist deshalb subsidiär und tritt hinter spezielleren Normen zurück, die die Regelungslücke schließen. Zu diesen zählen die Regelungen des UWG. Diese sind anwendbar, wenn eine geschäftliche Handlung vorliegt.

c) Schwerpunkt im Bereich der Ausübung von Grundrechten

Das Erfordernis einer geschäftlichen Handlung in § 8 Abs. 1 Satz 1 UWG grenzt auch eine Tätigkeiten aus, deren **Schwerpunkt im Bereich der Grundrechtsausübung** liegt. In Betracht kommen vor allem die in Art. 5 GG geregelten Grundrechte (Meinungs-, Presse-, Wissenschafts- oder Kunstfreiheit). In der Leitentscheidung zu dieser Frage (BGH, 11.12.2014 - I ZR 113/13 – **Bezugsquellen für Bachblüten**, Rn. 22) orientiert sich der BGH an **Erwägungsgrund 7 Satz 2 der UGP-Richtlinie**. Danach bezieht sich die UGP-RL „nicht auf Geschäftspraktiken, die vorrangig anderen Zielen als der Beeinflussung der geschäftlichen Entscheidung von Verbrauchern in Bezug auf Produkte dienen und sich lediglich reflexartig auf die Absatz- oder Bezugsförderung“ (Jürgen Oechsler, Uni Mainz, Skript zum UWG, 2024).

auswirken...“ Entsprechend kommt es für eine geschäftliche Handlung auf den Schwerpunkt der Tätigkeit entweder im Bereich der Grundrechtsausübung oder der Absatztätigkeit an. Diese Einordnung erfolgt wiederum aufgrund einer Gesamtbetrachtung.

OLG Köln – Tipps zum Stromanbieterwechsel

(OLG Köln, 10.9.2021 – 6 U 51/21 – Tipps zum Stromanbieterwechsel) Bei K handelt es sich um einen Energieversorger, der seine Kunden u.a. mit Strom versorgt. Er wendet sich gegen B, den Sender „rbb“. Dieser präsentiert auf einer seiner Websites „Tipps zum Stromanbieterwechsel“. Konkret findet sich dort ein kurzes Interview mit dem Geschäftsführer der G-GmbH, die einen Preisvergleichsrechner betreibt. Aus dem Interview ergibt sich, dass bei Preiserhöhungen des Anbieters ein außerordentliches Kündigungsrecht des Kunden besteht. Ferner heißt es, nähere Tipps finde der Nutzer auf der Website der G-GmbH. Durch einen begleitenden Link werden die Nutzer auf das Angebot der G-GmbH verwiesen, die einen Stromvergleichsrechner betreibt. G finanziert sich seinerseits durch sog. Affiliate-Links. Wendet sich ein Verbraucher über den Link der G an einen Anbieter, erhält G von diesem eine Provision. K verlangt von B Unterlassung der „Tipps zum Stromanbieterwechsel“, solange diese nicht als Werbung gekennzeichnet sind.

Das OLG geht von einer geschäftlichen Handlung iSd. § 2 Abs. 1 Nr. 2 UWG nur aus, wenn vorrangig ein Absatzförderungszusammenhang des B besteht und die Absatzförderungswirkung nicht allein eine **bedingte Folge der redaktionellen Berichterstattung durch B ist** (Juris-Rn. 28). Denn diese wäre nach Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG geschützt. Davon geht das OLG aus und verneint eine geschäftliche Tätigkeit iSd. § 2 Abs. 1 Nr. 2 UWG. Dafür nach seiner Ansicht auch folgende beiden Faktoren:

- die **Unentgeltlichkeit der Tätigkeit** der B (OLG Rn. 35)
- die **Vermeidung einer übermäßig werbenden Darstellung** mit unkritischer Haltung gegenüber dem präsentierten Angebot (OLG Rn. 36). Dieses Kriterium wird in der Praxis auch als „**werblicher Überschuss**“ bezeichnet. Es handelt sich um eine Form der anpreisenden Darstellung, die über das Maß dessen hinausgeht, was zwecks Ausübung, der Presse-, Rundfunk- oder Medienfreiheit erforderlich ist.

Beide Kriterien sind über den Fall hinaus für die Unterscheidung zwischen redaktioneller Tätigkeit und geschäftlicher Handlung maßgeblich. Die Lehre vom werblichen Überschuss spielt vor allem bei der Beurteilung der **Influencerwerbung** eine große Rolle und wird dort im Zusammenhang dargestellt (ab S. 122).

d) Abgrenzung gegenüber öffentlich-rechtlichem Handeln

Schließlich leistet das Tatbestandsmerkmal der geschäftlichen Handlung nach § 2 Abs. 1 Nr. 2 UWG Jürgen Oechsler, Uni Mainz, Skript zum UWG, 2024

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:

BGH Durchleitsystem

(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 diese Banken an den Subventionsempfänger weiterleiten lässt. Der Kläger geht gegen die Begünstigung dieser Banken vor.

Eine geschäftliche Handlung nach § 2 Abs. 1 Nr. 2 UWG ist nur dann ausgeschlossen, wenn der Staat oder seine Untergliederungen im Rahmen **einer ausdrücklichen Ermächtigung tätig** werden oder wenn aufgrund einer **Gesamtbetrachtung von einem Schwerpunkt im Bereich der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben auszugehen** ist. Dazu 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 der KfW zur vorgestellten 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 Kirchstein

(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 unlautere Geschäftspraxis iSd. Richtlinie ermöglicht (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). Vgl. weiter den EuGH:

(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.“

Aus Gründen des wirksamen Verbraucherschutzes versteht der **EuGH** den Begriff der **Geschäftspraktiken von Unternehmen** gegenüber Verbrauchern iSd. Art. 2 lit. d UGP-RL in einem weiten Sinn. Zum Beispiel sieht er die Abtretung einer Forderung eines Unternehmens an ein **Inkassounternehmen** als geschäftliche Handlung an (EuGH, 20.7.2017 – C-357/16, NJW 2017, 2980, Rn. 19).

3. Wettbewerbsverstoß

§ 8 Abs. 1 Satz 1 UWG setzt **eine nach § 3 oder § 7 unzulässige geschäftliche Handlung** voraus. Die damit vorgestellte Weichenstellung prägt die Systematik der §§ 3 bis 7 UWG.

Denn **§ 3 Abs. 1 UWG** regelt, dass eine unlautere geschäftliche Handlung unzulässig ist. Die §§ 3a bis 6 UWG konkretisieren den in § 3 Abs. 1 UWG vorausgesetzten Begriff der Unlauterkeit. Sie fungieren also als Definitionsnormen und lassen sich ihrerseits wie folgt systematisieren:

1. Die Regelungen der §§ 4a bis 5c UWG setzen die UGP-RL um und beinhalten entsprechend Regeln über aggressive und irreführende Werbung. Hier geht es um den Schutz der informierten Verbraucherentscheidung aufgrund der UGP-RL. Diese Normen werden durch die Tatbestände der Schwarzen Liste ergänzt.

2. Die Regelungen des § 4 UWG und des § 6 UWG regeln den sog. Behinderungswettbewerb, also den Fall, dass ein Wettbewerber die Verhaltensspielräume eines anderen auf unzulässige Weise einschränkt und ihn dadurch daran hindert, auf dem Markt ein Angebot zu unterbreiten. § 4 UWG beruht auf nationalem Recht und normiert in Nr. 4 eine Generalklausel des Verbots von

Behinderungswettbewerb. § 6 UWG, die Regelung für vergleichende Werbung, setzt hingegen die vollharmonisierende Werbe-RL um.

3. In eine eigene Kategorie fällt **§ 3a UWG**. Die Norm beruht auf nationalem Recht und ordnet Verstöße gegen Markverhaltensnormen (darunter fallen Verbraucherschutzvorschriften, aber auch etwa die Preisangabenverordnung oder die Impressumspflicht nach dem Telemediengesetz) als unlauter ein.

§ 7 UWG fällt demgegenüber in eine eigene Kategorie. Die Norm regelt Fälle der Belästigung anderer Verkehrsteilnehmer, die nicht unbedingt die Möglichkeit der informierten Verbraucherentscheidung gefährden (Abs. 1). Abs. 2 erfasst hingegen Fälle der Belästigung durch unerbetene Kontaktaufnahme mittels Telefonanrufen oder elektronischer Post.

Sämtliche Tatbestände werden im besonderen Teil des vorliegenden Skripts näher erläutert (S. 76 ff.).

4. Wiederholungsgefahr

Bei § 8 Abs. 1 Satz 1 UWG handelt es sich um einen **negatorischen Anspruch** (vergleichbar § 1004 Abs. 1 BGB). Die Norm setzt folglich **kein Verschulden** voraus, sondern stattdessen das Bestehen einer besonderen Gefahr. Im Fall des praktisch bedeutsamen Unterlassungsanspruchs (§ 8 Abs. 1 Satz 1 zweiter Fall UWG) besteht diese in der Wiederholungsgefahr. Dabei handelt es sich um die Gefahr, dass sich ein in der Vergangenheit erfolgter Wettbewerbsverstoß (gegen §§ 3 bis 7 UWG) in der Zukunft wiederholen kann. Zu Lasten einer Person, die gegen das UWG in bestimmter Weise verstoßen hat, wird dabei **vermutet**, dass sie einen ähnlichen Verstoß auch 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 (dazu S. 63) und der Anspruch aus § 8 Abs. 1 Satz 1 UWG geht unter. Daran zeigt sich, dass die Wiederholungsgefahr eine materielle Voraussetzung des Unterlassungsanspruchs darstellt. Fehlt sie, ist der Anspruch aus § 8 Abs. 1 UWG unbegründet.

§ 8 Abs. 1 Satz 2 UWG regelt ferner die sog. **Erstbegehungsgefahr**. Es handelt sich um die Gefahr, dass eine Verletzung der §§ 3 bis 7 UWG erstmals eintreten könnte. In einem solchen Fall macht der Betroffenen einen **vorbeugenden Unterlassungsanspruch** geltend. Die Anforderungen an die Erstbegehungsgefahr und die auf ihr gründende vorbeugende Unterlassungsklage sind 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: Gibt der (spätere) Anspruchsgegner zu verstehen, dass er sich für berechtigt hält, eine wettbewerbswidrige Handlung vorzunehmen, ist von der Gefahr ihrer Erstbegehung auszugehen. Der Betroffene braucht in diesem Fall nicht abzuwarten, bis die andere Seite ihren Worten Taten folgen lässt (BGH GRUR 1957, 342, 345 – Underberg).

Wiederholungs- und Erstbegehungsfahr 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 noch näher auf S. 63). Dort, wo ein Vertragsstrafeversprechen wegen § 13a Abs. 2 UWG iVm. § 134 BGB nicht wirksam vereinbart werden kann, geht die Wiederholungs- oder Erstbegehungsfahr jedoch bereits durch ein isoliertes Unterlassungsversprechen unter (noch nicht höchstrichterliche geklärt; ab S. 63).

§ 8 Abs. 1 Satz 1 erster Fall regelt schließlich den **Beseitigungsanspruch**. Dieser setzt ein Andauern der Störung eines der in §§ 3 bis 7 UWG geschützten Rechtsgüter voraus.

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, Garantienpflichten eines Providers und Haftung für Kundenrezensionen

Schuldner des Unterlassungsanspruchs ist grundsätzlich der Rechtsverletzer, dh. die Person, die einen der Tatbestände der §§ 3 bis 7 UWG verletzt hat.

Daneben haftet der Unternehmensträger nach **§ 8 Abs. 2 UWG** für **Wettbewerbsverstöße, die seine Mitarbeiter begehen**. Die Norm beruht auf demselben Rechtsgedanken wie § 278 Satz 1 BGB: Weil der Unternehmensträger seinen Handlungsbereich durch Einschaltung des Mitarbeiters erweitern kann, haftet er im Gegenzug und zum Ausgleich auch für die von ihm begangenen Verstöße gegen das UWG.

BGH Affiliates

(BGH, 26.1.2023 – I ZR 27/22 – Affiliates) Amazon (B) betreibt ein sog. Affiliate-Programm. Die Affiliates (A) können per Link auf die Seite von Amazon verweisen. Kommt auf diese Weise ein Vertrag zustande, erhält A von B eine Provision iH. eines prozentualen Anteils am Kaufpreis. Ein A betreibt irreführende Werbung nach § 5 UWG. Haftet A für diese als Störerin?

Es stellte sich die Frage, ob B der Verstoß nach **§ 8 Abs. 2 UWG** zurechenbar ist. Dazu müsste der Wettbewerbsverstoß von einem Mitarbeiter oder einem Beauftragten des Unternehmens begangen werden. Fraglich ist, ob es sich bei A um einen **Beauftragten** im Sinne der Norm handelt. Der Zweck dieses Zurechnungstatbestands liegt in einem an das **Prinzip ausgleichender Gerechtigkeit gemahnenden Rechtsgedanken**: Wenn der Unternehmer seinen Geschäftsbereich durch Einschaltung von Hilfspersonen erweitert, muss er für deren Verhalten auch einstehen (ähnlich BGH Rn. 23). Dies erinnert – wie bereits ausgeführt – an den Schutzzweck des § 278 Satz 1 BGB. Deshalb kommt es für § 8 Abs. 2 UWG darauf an, dass die Person in die betriebliche Organisation des Unternehmers so eingegliedert ist, dass der geschäftliche Erfolg der Person dem Betriebsinhaber zugutekommt (Rn. 23). Maßgeblich ist, welchen Einfluss der Unternehmensinhaber auf das Verhalten dieser Person hat und nicht darauf, welchen Einfluss er konkret ausgeübt hat (Rn. 23). Danach liegen die Voraussetzungen des § 8 Abs. 2 UWG bei einem Affiliate nicht vor. Durch diesen erweitert der Unternehmer den eigenen Geschäftsbetrieb nicht, sondern schaltet einen betrieblich nicht in den eigenen Betrieb eingegliederten externen Werbepartner ein (vgl. Rn. 27). Der Fall unterscheidet sich von dem der Beauftragung einer Werbeagentur; denn diese wirbt im Rahmen eines vom Unternehmer erteilten konkreten Auftrags und fällt daher unter § 8 Abs. 2 UWG (Rn. 27). Dies ist beim Affiliate nicht der Fall (Rn. 27). Auch übt K über seine Affiliate keinen unternehmerischen Einfluss aus und kann deren Verhalten nicht steuern (Rn. 31 ff.).

Fraglich ist ferner, ob ein Provider für die Rechtsverstöße der auf seiner Plattform agierenden Nutzer verantwortlich ist.

BGH Kundenbewertungen auf Amazon

(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 schmerzlindernd. 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?

Hinweis: In der Originalentscheidung richteten sich die Ansprüche des K gegen X, nicht gegen B! In beiden Fällen greifen jedoch dieselben Überlegungen.

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

- a) Der Provider ist für eigene Verstöße gegen das UWG selbstverständlich verantwortlich. Dies folgt für das Internet etwa aus § 7 Abs. 1 Telemediengesetz. Zu diesen Verstößen zählen auch die nach § 8 Abs. 2 UWG begangenen Taten.
- b) Ein Provider kann ferner als Beteiligter nach § 830 Abs.1 Satz 1 und Abs. 2 BGB haften (unten (1)).
- c) Im UWG besteht darüber hinaus keine allgemeine Störerhaftung, dh. keine verschuldensunabhängige Haftung für Rechtsverletzungen Dritter auf der eigenen Plattform (dazu ebenfalls sogleich). Auch im Bereich des Telemedienrechts (= Recht der Kommunikation über das Internet; vgl. § 1 Abs. 1 Telemediengesetz (TMG)) ist die Störerhaftung nach §§ 7 ff. TMG eingeschränkt.

Der Provider kann vorliegend für die Tätigkeiten seiner Kunden nach **§ 830 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2 BGB** als Beteiligter (= Mittäter, Anstifter, Gehilfe) verantwortlich sein.

Beachte jedoch: In BGH GRUR 2015, 1025 – TV-Wartezimmer, Rn. 16 f. wendet der BGH nicht § 830 BGB, sondern § 25 StGB an!

Die Norm setzt wie § 25 StGB **doppelten Beteiligtenvorsatz** voraus: 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, aufgrund derer der Provider die Rechtswidrigkeit der Beeinträchtigung erkennt (**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 er weiterhin die Löschung der Kundenbewertungen verweigert.

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 vermeintlich billigend in Kauf. Irreführend waren die Rezensionen übrigens, weil die Wirkungsweise der Tapes nicht – wie für ein Heilmittel erforderlich – im Rahmen einer doppelverblindeten, randomisierten und placebokontrollierten Studie überprüft worden waren (dazu S. 91).

Der BGH begegnet dieser Gefahr im vorliegenden Fall allerdings mit der Überlegung, **dass den Provider keine Garantenpflicht trifft, gegen Kundenrezensionen 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

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 (vgl. dazu noch unten S. 108). 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 (*Oechsler*, FS für Dieter Dörr, 2022, S. 1097 ff.).
- Schließlich sind Kundenbewertungen als **Meinungen nach Art. 5 I 1 GG und Art. 11 Abs. 1 Satz 1 Gr-Ch** geschützt. Diese Grundrechte entfalten im Drittverhältnis zum Provider wertsetzende Bedeutung. Der Provider kann daher die 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. **Für das UWG verneint der BGH die Möglichkeit einer Störerhaftung** (BGH GRUR 2011, 152 – Kinderhochstühle im Internet I, Rn. 48). Der Grund liegt darin, dass Ansprüche aus § 8 Abs. 1 UWG – anders als etwa urheberrechtliche Ansprüche – nicht auf der Verletzung absolut geschützter Rechtsgüter gründen. Insoweit fehlt die Vergleichbarkeit zum Urfall der Störerhaftung in § 1004 Abs. 1 BGB. Deshalb ist für die Normadressaten des UWG 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 Anbieters der Ware Jürgen Oechsler, Uni Mainz, Skript zum UWG, 2024

zurückgeht. Denn dies hätte gerade eine Störerhaftung des Anbieters bedeutet (was in der Entscheidung nicht weiter ausgeführt wird). Ähnliches muss erst recht für den Provider gelten, auf dessen Plattform der Anbieter agiert. B könnte sonst jederzeit von Aktivlegitimierten nach § 8 Abs. 3 UWG auf Löschung von Kundenrezensionen in Anspruch genommen werden.

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 oder diese abändert. Maßgeblich ist dabei der **Horizont des durchschnittlichen Verbrauchers 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.

Eine **Neubesinnung im Hinblick auf die Störerhaftung** lässt jetzt jedoch folgende Entscheidung erkennen:

BGH Rundfunkhaftung II

(BGH, 23.2.2023 – I ZR 155/21– Rundfunkhaftung II) B ein Privatsender strahlt Werbung des X für verbotene Glücksspiele aus. B lässt Werbung durch das zum selben Konzern gehörende Unternehmen X auf offensichtliche und schwere Rechtsverstöße prüfen. Ist B nach § 3a UWG iVm. mit dem Glücksspielstaatsvertrag der Länder verantwortlich?

Erstaunlicherweise erwägt der BGH zunächst eine Verantwortlichkeit der B für den Fall, dass eine **wettbewerbsrechtliche Verkehrspflicht** verletzt worden sei. In Betracht komme eine Prüfungspflicht, die auf Klärung der Rechtmäßigkeit der Werbung gerichtet sei. Diese Pflicht müsse jedoch unter Berücksichtigung der nach Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG gewährten Rundfunkfreiheit konkretisiert werden (Rn. 35). Deshalb beschränkt sie sich auf offenkundige und schwere Rechtsverstöße (Rn. 35). Weil B diese Pflicht an X übertragen, beschränkt sich ihre Verantwortlichkeit – der Lehre von den Verkehrssicherungspflichten folgend (vgl. § 831 Abs. 1 Satz 2 BGB) – auf die Auswahl und Überwachung des X (BGH Rn. 37). Diese Ausführungen stehen in einem bislang noch nicht aufgelösten Widerspruch zur der Rechtsprechung des BGH, die eine **allgemeine Störerhaftung im Bereich des UWG verneint**.

Im Ergebnis bejaht der BGH die Voraussetzungen des **§ 8 Abs. 2 UWG** in Bezug auf das konzernangehörige Unternehmen X (Rn. 40). Dafür spricht, dass B auch durch die Einschaltung des Schwesterunternehmens ihren Handlungsradius bewusst erweitert und dass B wenigstens mittelbar – nämlich unter Anrufung der Konzernspitze – auf die Tätigkeit des Schwesterunternehmens Einfluss

nehmen kann. Im Fall geht der BGH übrigens davon aus, dass X die ihr übertragenen Pflichten nicht in grober Weise im Hinblick auf einen offensichtlichen Rechtsverstoß verletzt hat (Rn. 41 ff.).

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 zwar entsteht, der Inhaber jedoch wegen des Missbrauchsvorwurfs an seiner Geltendmachung gehindert ist. Bei der Prüfung des § 8 Abs. 1 Satz 1 UWG stellt daher der Einwands 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 Kündigung der Unterlassungsvereinbarung

BGH GRUR 2019, 638 – Kündigung der Unterlassungsvereinbarung: Die Geschäfte des Händlers K laufen nicht gut, und er gerät entsprechend in finanzielle Nöte. Seine wesentliche Einnahmequelle besteht jetzt darin, dass er sich bei seinen Konkurrenten als Käufer ausgibt, dabei nach Verstößen gegen die Verbraucherschutzrechtlichen Aufklärungspflichten sucht und diese möglichst flächendeckend abmahnt. B hat in Unkenntnis der Verhältnisse des K eine solche Abmahnung angenommen und dabei eine Unterlassungserklärung abgegeben, die durch ein Vertragsstrafversprechen 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. Dieser folgt aus dem Umstand, dass zum Zeitpunkt der Annahme der Abmahnung die Voraussetzungen des § 8c UWG (in der Entscheidung noch § 8 Abs. 4 UWG aF.) vorlagen, ohne dass B dies wusste. Diese Gründen 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 also die tragenden Gründe für den Missbrauchsvorwurf dar. An dieser Überlegungen knüpft § 8c Abs. 2 UWG an.

b) Regelbeispiele (Abs. 2)

In Anlehnung an die vorgestellte Rechtsprechung hat der Gesetzgeber in § 8c Abs. 2 UWG einzelne Regelbeispiele geschaffen, anhand derer die Konkretisierung eines Missbrauchs möglich sein soll. Diese überaus 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 auf 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 zufügen): Die Institute des Zivilrechts dürfen nicht zu dem vornehmlichen Zweck eingesetzt werden, einen anderen zu schädigen.

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 Jürgen Oechsler, Uni Mainz, Skript zum UWG, 2024

Kostenbelastung fällt daher grundsätzlich auch 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.

Ein sachlicher Grund iSd. § 8c Abs. 2 Nr. 7 UWG für eine Mehrfachabmahnung kann jedoch darin liegen, dass zwei Konzerngesellschaften wegen desselben Wettbewerbsverstößes abmahnen und eine der Gesellschaftern ihren Sitz im Ausland hat, da die Inanspruchnahme aus ihrer Sicht mit zeitlichen Nachteilen verbunden ist (KG, 22.11.2022 – 5 U 1043/20 – **wöchentlicher E-Mail-Verteiler**)

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) Hinzutreten muss ein qualifizierender Umstand. Dabei nennt das Gesetz zwei Fälle:
 - a) Im ersten steht die **Anzahl der geltend gemachten Verstöße**. Sie muss außer Verhältnis zum Umfang der eigenen Geschäftstätigkeit stehen. In diese Fallgruppe gehört die vom BGH entschiedene Konstellation „Kündigung der Unterlassungsvereinbarung“ (GRUR 2019, 638; in diesem Skript: S. 35).
 - 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, kommt ein Missbrauch in Betracht. Denn die Abmahnung zielt auf Gewährleistung einer am Wettbewerbsprinzip Jürgen Oechsler, Uni Mainz, Skript zum UWG, 2024

orientierten Marktordnung (§ 1 Abs. 1 Satz 2 UWG), dient aber nicht als Instrument der persönlichen Gewinnerzielung.

Ein **Indiz** für ein Handeln in Gewinnabsicht stellt es in der Praxis dar, wenn in großer Zahl Abmahnungen ausgesprochen werden, **ohne** dass bei Ausbleiben einer Unterwerfung eine **gerichtliche Klärung** erfolgt. Dadurch drängt sich der Verdacht auf, dass die Abmahntätigkeit in erster Linie dazu eingesetzt wird, Ansprüche auf Aufwendungsersatz und auf Vertragsstrafe zu vereinbaren (OLG Hamm, 30.5.2023 – 4 U 78/22 – **Untätiger Abmahner**).

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.“

Dabei verdient folgender Punkt Beachtung: 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). Diese fällt bereits für das Verfassen der Abmahnung an; das Zustandekommen einer Einigung ist nicht erforderlich. 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 RVG. Eine Gebühr von mehr als 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 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.“

Vgl. noch zum sog. **Hamburger Brauch** S. 65.

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 Abs. 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. 38) 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 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 folgt aus **§ 8b Abs. 2 UWG**. In der Sache geht es darum, dass der Rechtsträger über eine solide finanzielle Ausstattung und einen Aufgabenbereich verfügen muss, so dass er nicht auf Einnahmen auf der Grundlage von § 13 Abs. 3 UWG angewiesen ist. Genügt der Rechtsträger diesen Anforderungen, trägt ihn das Bundesamt in die **Liste der qualifizierten Unternehmensverbände** ein. Stellt sich nach diesem Zeitpunkt 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 Jürgen Oechsler, Uni Mainz, Skript zum UWG, 2024

Aktivlegitimation durch Entfernung aus der Liste der qualifizierten Wirtschaftsverbände wieder 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 im Hinblick auf die Voraussetzungen einer **Aktivlegitimation nach § 8 Abs. 3 Nr. 3 UWG** (Verbraucherschutzverbände). Hier finden die **§§ 4 ff. UKlaG** direkte Anwendung.

Entstehen **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 § 8c UWG berücksichtigt werden können. Dies war Gegenstand der Entscheidung

BGH Umwelthilfe

(BGH, 4.7.2019 – I ZR 149/18 – **Umwelthilfe**) Die Deutsche Umwelthilfe e.V. (U), die beim Bundesamt für Justiz in der Liste nach § 4 Abs. 1 UKlaG geführt wird, mahnt im Rahmen des sog. „Abgasskandals“ einen Mercedes-Händler ab, weil dieser falsch über den CO₂-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 unter Beachtung der Kompetenz des Bundesamtes nach § 4c UKlaG 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**). Im Ergebnis verneint das Gericht jedoch einen Missbrauch. Die von U realisierten Umsätze erschienen dem BGH unbedenklich, da ihre Erzielung die Tätigkeit der U nicht dominierte (Rn. 44). Dasselbe galt für die Höhe der 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 auch nicht so hoch festgesetzt, so dass es an der Schädigungsabsicht fehlte (Rn. 47).

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. 57), im Klageweg (S. 68) oder im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes verfolgen (S. 72). 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 Aufwendungen verlangen. Der Anspruch hängt also vom Bestehen eines Unterlassungsanspruchs aus § 8 Abs. 1 Satz 1 UWG. Dennoch ist er nicht akzessorisch:

BGH Selbstständiger Erstattungsanspruch

(BGH, 27.1.2022 – I ZR 7/21 – Selbstständiger Erstattungsanspruch) K hat B aufgrund eines Anspruchs aus § 8 Abs. 1 Satz 1 UWG abgemahnt. B hat diese Abmahnung nicht angenommen. Der späteren Klageerhebung des K geht jedoch ein Verhalten voraus, das nach § 8c UWG als missbräuchlich anzusehen ist, so dass die Klage des K abgewiesen wird. Steht K dennoch der Anspruch aus § 13 Abs. 3 UWG auf Ersatz der Abmahnkosten zu?

Der Anspruch aus § 13 Abs. 3 UWG setzt nach dem Normwortlaut voraus, dass die Abmahnung berechtigt ist und den formalen Anforderungen des § 13 Abs. 2 UWG entspricht. Der BGH geht daher davon aus, dass es für das Entstehen und Fortbestehen des Anspruchs aus § 13 Abs. 3 UWG **auf den Zeitpunkt der Abmahnung** ankommt (BGH Rn. 12). Besteht in diesem Augenblick ein Unterlassungsanspruch nach § 8 Abs. 1 Satz 1 UWG ist der Aufwendungsersatzanspruch begründet und geht auch nicht dadurch unter, dass der Unterlassungsanspruch zu einem späteren Zeitpunkt nicht mehr besteht. Denn der Anspruch aus § 13 Abs. 3 UWG ist nicht akzessorisch zum Unterlassungsanspruch aus § 8 Abs. 1 Satz 1 UWG, sondern begründet eine rechtlich selbstständige Forderung (BGH Rn. 12).

Bevor der Gesetzgeber diese Anspruchsgrundlage ausdrücklich normiert hatte, gewährte die Rechtsprechung im Falle einer berechtigten Abmahnung einen Anspruch auf **Aufwendungsersatz aus Geschäftsführung ohne Auftrag nach §§ 683 Satz 1, 670 BGB** und argumentierte so: Die Abmahnung stellte 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 **wegen der Spezialregelung des § 13 Abs. 3 UWG heute überholt**.

b) Erforderlichkeitsmaßstab

Der Anspruch aus § 13 Abs. 3 UWG richtet sich auf Ersatz der **erforderlichen** Aufwendungen. Der Erforderlichkeitsmaßstab nimmt systematisch auf den Tatbestand § 670 BGB Bezug. Zugrunde liegt folgender **allgemeiner Rechtsgedanke**: Da der Ersatzberechtigte einseitige Entscheidungen treffen kann (Tätigung der Aufwendungen), für deren Folgen der Aufwendungsersatzverpflichtete in der Folge nach § 13 Abs. 3 UWG verantwortlich ist, 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 zugleich 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 der Fall, wenn die Sachvoraussetzungen eines Unterlassungsanspruchs aus § 8 Abs. 1 UWG nicht vorliegend. In Betracht kommt aber auch, dass die Geltendmachung des Anspruchs aus § 8 Abs. 1 Satz 1 UWG **rechtsmissbräuchlich nach § 8c UWG** war. Beachten Sie jedoch bitte in diesem Fall, dass die Voraussetzungen des § 8c UWG im Zeitpunkt der Abmahnung vorliegen müssen. Durch spätere Verwirklichung des § 8c UWG, geht der Anspruch aus § 13 Abs. 3

UWG nicht unter (BGH, 27.1.2022 – I ZR 7/21 – Selbstständiger Erstattungsanspruch Rn. 12; oben unter a) behandelt)

Der Aufwendungsersatzanspruch aus § 13 Abs. 3 UWG ist ferner 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)**. Die Norm betrifft in beiden Alternativen 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** folglich **vor automatisierten Abmahnungen**. Die Wahrung der vielfältigen Informationspflichten im Internethandel bereitet dem juristisch nicht geschulten Kaufmann grundsätzlich Schwierigkeiten, weshalb die Informationen auf den Websites immer wieder einmal unvollständig oder fehlerhaft formuliert ausfallen bzw. überhaupt unterbleiben. Gerade diese Verstöße sind jedoch leicht durch Suchprogramme („Crawler“) aufzuspüren, die bestimmte Stringketten als fehlerhaft identifizieren können (Beispiel: keine fünfstellige Postleitzahl im Impressum eines deutschen Unternehmens). Durch Auslesen des Impressums kann die Abmahnung schließlich automatisiert an die Adresse des Betroffenen ergehen. Angesichts dieser Möglichkeit zeigt sich das bereits thematisierte Paradoxon des Wettbewerbsrechts (S. 17). Einerseits werden auch in diesen Fällen Verstöße gegen das UWG (meist: § 3a UWG) abgemahnt. Andererseits erscheint deren Unwertgehalt häufig vergleichsweise gering. Der Vorteil auf Seiten der Rechtsdurchsetzung steht deshalb regelmäßig außer Verhältnis zur Einschränkung der Wettbewerbsfreiheit der betroffenen Unternehmen. Wenn diese täglich auf Forderungen gem. § 13 Abs 3 UWG wegen vermeintlicher Wettbewerbsverstöße eingehen müssen, sind sie in ihrem Wettbewerbsverhalten massiv betroffen. Aus diesem Grund **lässt § 13 Abs. 4 Nr. 1 UWG den ökonomischen Anreiz für automatisierte Abmahnungen in diesem Bereich** entfallen und schützt

Jürgen Oechsler, Uni Mainz, Skript zum UWG, 2024

– ähnliche wie das Erfordernis der Spürbarkeit oder die Begrenzung der Aktivlegitimation in § 8 Abs. 3 UWG – damit die Wettbewerbsfreiheit im Internethandel.

Als Beispiele für betroffene Informationspflichten nennt der Gesetzgeber (vgl. die oben im Wortlaut zitierte Begründung) die

- Impressumspflicht des Internetproviders nach § 5 TMG,
- die Belehrung hinsichtlich der Voraussetzungen des Fernabsatzwiderrufs (§ 312d BGB) und
- die Vorschriften nach der Preisangabenverordnung. Ansonsten gelten folgende Prinzipien:

Insgesamt muss es 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. 4 UWG nicht durchschaut werden kann (**verschleierte Werbung**), fällt jedoch **nicht** unter § 13 Abs. 4 Nr. 1 UWG. Dafür sprechen mehrere Gründe. Der bedeutendste liegt in dem Regelungsanspruch der UGP-RL, auf die § 5a Abs. 4 UWG zurückgeht. Dieser gebietet eine effiziente Rechtsdurchsetzung. Hinzu tritt die Überlegung, dass die Feststellung einer Verschleierung des kommerziellen Charakters einer geschäftlichen Handlung regelmäßig auf einem Werturteil beruht, das nicht von einem Programm automatisch getroffen werden kann. In jedem Fall ist der Anspruch aus § 13 Abs. 3 UWG begründet, wenn ein Verstoß gegen § 5a Abs. 4 UWG geltend gemacht wird.

Beachte noch: In den Fällen des § 13 Abs. 4 Nr. 1 UWG ist der Aufwendungsersatzanspruch nur für Aktivlegitimierte gem. § 8 Abs. 3 Nr. 1 UWG gesperrt.

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

Die Norm trägt dem Aufwand Rechnung, der mit der Wahrung der aus beiden Regelwerken resultierenden Pflichten einhergeht. **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.“

Jürgen Oechsler, Uni Mainz, Skript zum UWG, 2024

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 Ansprüchen kann im Einzelfall 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). Diese andauernde Wirkung muss mit Hilfe des Beseitigungsanspruchs (Gegendarstellungsanspruch) abgestellt werden. Gleichzeitig kann die Gefahr einer Wiederholung in der Zukunft bestehen, die 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 Andauern eines störenden Zustandes (= Beseitigungsanspruch) nicht dieselbe Eilbedürftigkeit besteht wie bei der Verhinderung eines künftigen Wettbewerbsverstoßes. Denn idR. hat es der Betroffene zum Eintritt des Zustandes kommen lassen; dann besteht auch für die Beseitigung im Regelfall kein große Eile, so dass die Vermutung des § 12 Abs. 1 UWG nicht passt. 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.

BGH Luftentfeuchter

(BGH, 4.5.2017 - I ZR 208/15 – **Luftentfeuchter**) K und B stellen Luftentfeuchter her. B hatte seine Geräte mit Verkaufsverpackungen mit der Aufschrift „40 % mehr Wirksamkeit“ vertrieben. Eine Abmahnung des K wegen dieser Praxis nahm B gegen Abgabe eines Vertragsstrafeversprechens iHv. 5.000 € pro Verletzungshandlung an. Darin verpflichtet er sich, künftig den Vertrieb seiner Luftentfeuchter mit dieser Aufschrift zu unterlassen. Dennoch nimmt K den B später iHv. 250.000 € in Anspruch, weil er bei diversen Händlern auf 50 dieser Packungen gestoßen ist, die B vor Abgabe des Vertragsstrafeversprechens beliefert hatte.

Die Vertragsstrafe ist nach § 339 Satz 2 BGB verwirkt, wenn B seinem Versprechen zuwidergehandelt hat. Fraglich ist, ob dieses auch den Rückruf der bereits ausgelieferten Geräte

betrif. Der BGH bejaht diese Frage, geht jedoch nur von einer einzigen Verletzungshandlung wegen der 50 Geräte aus. Im Einzelnen:

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 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 Kartons zu beseitigen oder die Kartons 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. Denn dies kann der Gläubiger aus § 8 Abs. 1 UWG regelmäßig nicht überblicken. 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.

Der **BGH** geht jedoch – wie bereits erwähnt – von einer einzigen Verletzungshandlung aus. Begründet wird dies mit der Überlegung „(m)ehrere **zeitlich nicht zu weit auseinanderliegende** Einzelverstöße, die auf **fahrlässigem Verhalten** beruhen“, stellen eine einheitliche Zuwiderhandlung dar (Rn. 36). Maßgeblich dafür, ob eine oder mehrere Handlungen vorliegen, ist also der Verhaltensunwert des Rechtsverletzers (eine Lieferung) und nicht so sehr der Erfolgswert der Verletzungshandlung auf dem Markt (Zahl der Geräte).

3. Der Auskunftsanspruch nach § 8 Abs. 5 UWG

Die Norm verweist auf § 13 UKlaG. 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 zwischen 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). Sie können im Ausnahmefall als unselbstständige Hilfsansprüche nach Treu und Glauben (§ 242 BGB), ergänzend zu den Pflichten aus einem Schuldverhältnis ergeben.

Daneben kennt das Wirtschaftsrecht noch zwei bedeutsame Auskunftsansprüche:

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

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

4. Schadensersatzanspruch

a) Der allgemeine Schadensersatzanspruch (§ 9 Abs. 1 UWG)

Der Schadensersatzanspruch folgt diesem Aufbau:

a) Die **Aktivlegitimation** bestimmt sich unmittelbar nach § 9 Abs. 1 UWG und liegt allein bei Mitbewerbern iSd. § 2 Abs. 1 Nr. 4 UWG.

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

c) Diese geschäftliche Handlung muss nach § 3 oder § 7 UWG unzulässig sein.

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

e) Verschulden = Vorsatz und Fahrlässigkeit nach § 276 BGB

f) **Problem: haftungsausfüllende Kausalität.** Aus dem Grundscha- den müssen sich konkret bezifferbare Vermögensschäden ergeben.

Hinweis: Die **Unterscheidung zwischen haftungsbegründender und haftungsausfüllender Kausalität** ist im Hinblick auf das Normenpaar § 286 und § 287 ZPO erforderlich. Für die haftungsbegründende Kausalität gelten die strengen Beweiserfordernisse des § 286 ZPO: Es muss der Vollbeweis zur Überzeugung des Gerichts erbracht werden. In Bezug auf die haftungsausfüllende Kausalität hingegen können die Beweiserleichterungen des § 287 ZPO greifen. Die Unterscheidung beider Formen der Kausalität ist im Falle des § 9 Abs. 1 UWG nicht so einfach wie bei **§ 823 Abs. 1 BGB**: Dort führt die haftungsbegründende Kausalität vom Verhalten des Schuldners ausgehend zur Verletzung des absolut geschützten Rechtsguts. Die haftungsausfüllende Kausalität betrifft den anschließenden Ursachenzusammenhang zwischen der Verletzung des absolut geschützten Rechtsguts zum konkreten Vermögensschaden iSd. §§ 249 ff. BGB. Bei § 9 Abs. 1 UWG, der keine Verletzung eines absolut geschützten Rechtsguts voraussetzt, betrifft die haftungsbegründende Kausalität den Ursachenzusammenhang zwischen dem gegen eine UWG-Norm verstoßenden Verhalten des Rechtsverletzers hin zur Verursachung eines Vermögensschadens dem Grunde nach. Erforderlich ist dafür allein, dass ein Vermögensschaden überhaupt in Betracht kommt. Dieser muss also noch nicht beziffert sein. Die haftungsausfüllende Kausalität betrifft den von der Verletzung des UWG ausgehenden Ursachenzusammenhang hin zu konkreten Vermögensschäden iSd. §§ 249 ff. BGB.

Ist es für den Gläubiger aus § 9 Abs. 1 UWG 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. Denn regelmäßig entsteht ein sog. **Marktverwirrungsschaden**. Dieser besteht in einer grundsätzlichen Irritation des Wettbewerbs; welche konkreten Folgen damit für das Vermögen des Gläubigers verbunden sind, ist hingegen schwer zu beziffern.

B erhebt von seinen Kunden teilweise keine Umsatzsteuer (Schwarzarbeit) und verstößt damit ua. auch gegen § 3a UWG. Es liegt auf der Hand, dass der vor Ort tätige redliche Konkurrent K dadurch Einnahmen verloren hat, weil ein Teil seiner potentiellen Kunden zu B abgewandert sind. Die Anzahl dieser Kunden und die Höhe der von diesen bei hypothetischer Betrachtungsweise an K erteilten Aufträge lässt sich jedoch nicht beziffern. Denn nachträglich kann kein Beweis darüber geführt werden, ob sich diese Kunden bei redlichem Verhalten an K gewandt hätten und ob sie diesem angesichts der anfallenden Umsatzsteuer gleich hohe Aufträge erteilt hätten.

Unproblematisches Beispiel: B 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. Zugleich ist unstrittig, 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.

Auch für die haftungsausfüllende Kausalität greift die Lehre vom Schutzzweck der Norm. Der geltend gemachte Schaden muss daher in den Schutzbereich der verletzten Norm fallen.

BGH Lebenskost

(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 Geschäftskontakte. 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 €?

K macht vorliegend einen Vergütungsanspruch nach §§ 675 Abs. 1, 631 Abs. 1 BGB geltend. Fraglich ist, ob B dagegen mit einem Anspruch aus § 9 Abs. 1 UWG aufrechnen kann. B ist Mitbewerber des K § 2 Abs. 1 Nr. 4 UWG. Denn im Stufenwettbewerb (s. dazu oben S. 18) genügt es, dass sich das Verhalten des K auf die Wettbewerbschancen des B direkt auswirkt, was hier der Fall ist. Auch bedeutet der Vertrieb des Inserats eine geschäftliche Handlung nach § 1 Abs. 1 Nr. 2 UWG und K hat – mangels mutmaßlicher Einwilligung des B – gegen § 7 Abs. 2 Nr. 1 UWG verstoßen.

Problematisch ist jedoch, ob dem B ein Schaden iHv. 723 € zugefügt wurde. Dies setzt voraus, dass dieser Schaden in den sachlichen Schutzzweck des § 7 Abs. 2 Nr. 1 UWG fällt. Dafür könnte zunächst sprechen, dass § 7 Abs. 2 Nr. 1 UWG den B vor unerbetenen Telefonanrufen schützen will und der Schaden daher gerade in der am Telefon eingegangenen Verbindlichkeit liegt. Einen sachlichen Schutzzweck des § 7 Abs. 2 Nr. 1 UWG dieser Art hat der BGH jedoch zu Recht verneint (BGH Rn. 15 ff.). Die Norm schützt den Angerufenen nicht vor einer Übereinkunft am Telefon (wie etwa das sog. AGAV-Widerrufsrecht nach §§ 312d, 312g Abs. 1 BGB), sondern allein davor, innerhalb (der eigenen Wohnung bzw.) des eigenen Unternehmens nicht belästigt zu werden. Der Belästigungsschaden kann sich etwa im Zeitverlust des B ausdrücken oder darin, dass er einen andere Geschäftskontakt am Telefon nicht wahrnehmen kann, weil er durch das Telefonat mit K zeitlich gebunden war. Der Schaden liegt jedoch nicht in der Eingehung einer fernmündlich begründeten Verbindlichkeit und ist deshalb auch nicht so hoch wie die gegenüber K eingegangene Verbindlichkeit. Da B den Belästigungsschaden hier nicht beziffern kann, ist er auf 0 Euro anzusetzen. Eine Aufrechnung kommt nicht Betracht.

Beachte:

Bei § 9 Abs. 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 Abs. 1 UWG Anwendung finden. Dies gilt insbesondere für die Regeln über die Schadensberechnung (§§ 249 ff. BGB), also etwa den Einwand des Mitverschuldens nach § 254 BGB sowie die unwiderlegliche Vermutung der Kausalität nach § 830 BGB.

b) Der Schadensersatzanspruch der Verbraucher (§ 9 Abs. 2 UWG)

Die Norm wurde durch das Gesetz zur Stärkung des Verbraucherschutzes im Wettbewerbs- und Gewerberecht zum 28.5.2022 eingeführt. Sie setzt die Art. 11a UGP-RL in der durch die **Omnibus-Richtlinie (EU) 2019/2161** veränderten Fassung um. Danach muss Verbrauchern, die durch unlautere Geschäftspraktiken geschädigt wurden, Zugang zu angemessenen und wirksamen Rechtsbehelfen, einschließlich Ersatz des dem Verbraucher entstandenen Schadens sowie gegebenenfalls Preisminderung oder Beendigung des Vertrags, gewährt werden. Dabei können die Mitgliedstaaten die Voraussetzungen für die Anwendung und die Folgen dieser Rechtsbehelfe festlegen.

Der **Anspruchsaufbau** orientiert sich im Fall des § 9 Abs. 2 Satz 1 UWG an folgende Struktur:

1. Aktivlegitimiert ist ein Verbraucher iSd. § 2 Abs. 2 UWG iVm. § 13 BGB.
2. Ihm gegenüber muss der Rechtsverletzer eine geschäftliche Handlung iSd. § 2 Abs. 1 Nr. 2 UWG vorgenommen haben.
3. Diese Handlung muss zu einem **qualifizierten Verstoß gegen § 3 Abs. 1 UWG** führen.

In Betracht kommt danach nur die Verletzung einzelner, durch den Gesetzgeber bestimmter Tatbestände des UWG.

Nach § 9 Abs. 2 Satz 2 UWG ausgeschlossen sind die §§ 3a, 4 und 6 UWG. Der Grund für diese Ausnahme dürfte darin liegen, dass diese Norm einerseits auf deutschem Recht beruhen (§§ 3a, 4 UWG) und andererseits auf der Werberichtlinie 2006/114/EG, deren effiziente Umsetzung in der Omnibus-Richtlinie nicht erzwungen wird.

Aus ähnlichen Gründen kommen Schadensersatzansprüche auch im Fall der Verletzung der **Nr. 32 SL** nicht in Betracht (§ 9 Abs. 2 Satz 2 UWG). Denn die Norm beruht auf nationalem Recht (S. 135).

§ 7 UWG wird bereits in § 9 Abs. 2 Satz 1 UWG nicht genannt. Bei Verletzung dieser Norm kommen schon aus diesem keine Schadensersatzansprüche von Verbrauchern in Betracht. Ausschlaggebend dürfte sein, dass § 7 UWG Verbotstatbestände zusammenfasst, die einerseits auf das deutsche Recht zurückgehen (§ 7 Abs. 1 und Abs. 2 Nr. 1 UWG), andererseits Verbotstatbestände, die die ePrivacy-Richtlinie Richtlinie 2002/58/EG umsetzen.

Im Umkehrschluss kommt es für den Anspruch aus § 9 Abs. 2 Satz 1 UWG auf die Verletzung einer durch die UGP-Richtlinie geprägten Norm, also auf einen Verstoß gegen §§ 4a bis 5b UWG an.

4. Haftungsbegründende Kausalität
5. Verschulden (Vorsatz bzw. Fahrlässigkeit iSd. § 276 Abs. 1 BGB).
6. Haftungsausfüllende Kausalität nach §§ 249 ff. BGB.

Aufgrund der Norm drohen Massenverfahren durch Verbraucher, die von einem Wettbewerbsverstoß betroffen sind.

Denkbares Beispiel: Anbieter B verschweigt entgegen § 5a UWG, dass seine Zahncreme Mikroplastik enthält, die – wenn sie in die Weltmeere gelangt – vor allem für Korallenpolypen besonders schädlich sind. Tausende von Käufern verlangen, als diese Tatsache bekannt wird, die für die Zahncreme über Jahre gezahlten Kaufpreise nach § 9 Abs. 2 UWG mit der Begründung zurück, sie hätten dieses Produkt niemals erworben, wenn ihnen dieser Umstand bekannt gewesen wäre.

Die **Richtlinie (EU) 2020/1828 über Verbandsklagen zum Schutz von Kollektivinteressen** will die prozessualen Voraussetzungen für die Durchsetzung solcher Ansprüche schaffen. Sie wird nun durch das **Verbraucherrehtedurchsetzungsgesetz (VDuG)** umgesetzt. Dieses sieht die sog. **Abhilfeklage nach § 14 VDuG** vor, mit Hilfe derer gleichartige Verbraucheransprüche einheitlich eingeklagt werden können. **Gleichartig** sind die Verbraucheransprüche nach § 15 VDuG, wenn die Ansprüche auf demselben Sachverhalt oder auf einer Reihe im Wesentlichen vergleichbarer Sachverhalte beruhen und für die Ansprüche die im Wesentlichen gleichen Tatsachen- und Rechtsfragen entscheidend sind. Die Klage ist nur zulässig, wenn eine **Mindestzahl von Verbrauchern durch das Verhalten des Beklagten betroffen** ist (§ 4 Abs. 1 VDuG). Sie ist unter anderem unzulässig, wenn sie von einem Wettbewerber des Beklagten oder einem vom Beklagten abhängigen Träger finanziert wird (§ 4 Abs. 2 VDuG).

Klageberechtigt sind **Verbraucherschutzverbände** iSd. § 4 UKlaG bzw. ausländische Einrichtungen, die von der Kommission in einem aufgrund der Richtlinie zu führenden Verzeichnis geführt werden (§ 2 VDuG). An der Klage nehmen sämtliche Verbraucher teil, die ihre **Ansprüche wirksam zum Verbandsklageregister (§ 43 VDuG) angemeldet haben (sog. Opt-In-Lösung)**. Die Anmeldung ist bis zum Ablauf von drei Wochen nach dem Schluss der mündlichen Verhandlung möglich (§ 46 Abs. 1 VDuG). Hat ein Verbraucher bereits im Vorfeld Klage gegen den Beklagten in derselben Sache erhoben, schließt sich aber später der Verbandsklage an, wird das erste Verfahren nach § 11 VDuG ausgesetzt.

Die Klage wird **vor dem OLG** erhoben und zielt auf ein **dreistufiges Verfahren**. Auf der ersten Stufe weist das OLG die Klage entweder zurück oder erlässt ein sog. **Abhilfegrundurteil**, indem die haftungsbegründende Kausalität festgestellt wird (§ 16 VDuG). Im Anschluss daran werden Vergleichsverhandlungen zwischen den Parteien zur Einigung über die Schadenshöhe geführt (§ 17 VDuG). Scheitern diese Verhandlungen, ergeht ein Abhilfeturteil über die Höhe des geltend gemachten Schadens (§ 18 VDuG).

Der dabei erstrittene **kollektive Gesamtbetrag** (§ 19 VDuG) wird im Rahmen eines **Umsetzungsverfahrens** an die Verbraucher verteilt (§§ 22 ff. VDuG). Dazu bestellt das Gericht einen **Sachwalter** (§ 23 VDuG), der den **Umsetzungsfonds** (§ 25 VDuG) verwaltet. Dessen Vermögen wird an alle Verbraucher teil, die ihre Ansprüche zum Verbandsklageregister angemeldet haben (§ 26 VDuG).

Bislang behilft sich Praxis erfolgreich mit des sog. „**Sammelinkasso**“ nach § 2 Abs. 2 Satz 1 RDG. Die Norm erlaubt es, dass sich ein Unternehmen die Forderungen einer Vielzahl von Geschädigten aus einem einheitlichen Schadensfall abtreten lässt, um diese einheitlich gegenüber dem Schädiger geltend zu machen (BGH, 13.7.2021 – II ZR 84/20 = BGHZ 230, 255 – Sammelinkasso; BGH, 13.6.2022 – VIa ZR 418/21 – financialright; für das Kartellrecht *Heinze NZKart* 2022, 193).

Vgl. schließlich die Überlegungen des Gesetzgebers zu § 9 Abs. 2 UWG:

BT-Drucks. 19/27873, S. 39: „Der neue § 9 Absatz 2 UWG-E setzt Artikel 3 Nummer 5 der Richtlinie (EU) 2019/2161 um. Dieser ergänzt die Richtlinie 2005/29/EG um einen neuen **Artikel 11a**, welcher die Mitgliedstaaten der Europäischen Union in Absatz 1 Satz 1 dazu verpflichtet, Verbraucherinnen und Verbrauchern Zugang zu angemessenen und wirksamen Rechtsbehelfen, einschließlich Ersatz des entstandenen Schadens sowie gegebenenfalls Preisminderung oder Beendigung des Vertrages zu gewährleisten. Damit werden die **Mitgliedstaaten der Europäischen Union** nunmehr erstmals dazu **verpflichtet, bei Verstößen gegen nationale Vorschriften, mit denen die Vorgaben der Richtlinie umgesetzt werden, individuell im Klageweg durchsetzbare Ansprüche und Rechte für Verbraucherinnen und Verbraucher vorzusehen**. Dies gilt im Hinblick auf die Verpflichtung zum Ersatz des durch die betreffende unlautere geschäftliche Handlung kausal entstandenen Schadens ohne Einschränkung. Denn während die Aufzählung der weiteren Rechtsbehelfe in Artikel 11a Absatz 1 Satz 1 wie Preisminderung und Vertragsbeendigung mit der Einschränkung „gegebenenfalls“ eingeleitet wird, steht die Verpflichtung zur Schaffung eines Anspruchs auf Schadensersatz nicht unter einem solchen Vorbehalt. Daraus folgt, dass für jeden Verstoß gegen eine die Richtlinie umsetzende Vorschrift ein individueller Anspruch der Verbraucherinnen und Verbraucher auf Ersatz des ihnen entstandenen Schadens vorgesehen sein muss. Im Übrigen können die Mitgliedstaaten der Europäischen Union allerdings die Voraussetzungen für die Anwendung und die Rechtsfolgen der Ansprüche frei bestimmen, solange die eingeräumten Ansprüche und Rechte Verbraucherinnen und Verbraucher wirksam schützen.“

BT-Drucks. 19/27873, S. 39: „Durch die nach der gegenwärtigen Rechtslage bestehenden Ansprüche und Rechte von Verbraucherinnen und Verbrauchern aus dem bürgerlichen Recht, welche auch zur Beseitigung der Folgen einer unlauteren geschäftlichen Handlung eingreifen können, besteht für Verbraucherinnen und Verbraucher bereits ein weitgehender, aber mit Blick auf die Vorgaben der Richtlinie **nicht lückenloser Schutz**. Insbesondere ist bisher nicht hinreichend sichergestellt, dass Verbraucherinnen und Verbraucher gegen unlauter handelnde Unternehmer einen Anspruch auf Schadensersatz haben, wenn zwischen ihnen kein Vertragsverhältnis entstanden ist. Dies gilt zum Beispiel im Hinblick auf die Frage, ob Verbraucherinnen und Verbraucher in den sogenannten „Anlockfällen“, also Irreführungen des Unternehmers über die Verfügbarkeit einer als besonders günstig beworbenen Ware, die der Unternehmer nicht in angemessener Menge zur Befriedigung der zu erwartenden Nachfrage vorhält, Ersatz frustrierter Aufwendungen für das vergebliche Aufsuchen des Geschäfts verlangen können. Werden Verbraucherinnen oder Verbraucher nach einem

Jürgen Oechsler, Uni Mainz, Skript zum UWG, 2024

Identitätsdiebstahl von einem Inkassounternehmen zur Bezahlung tatsächlich nicht bestellter Waren oder Dienstleistungen aufgefordert, kann dies nach höchstrichterlicher Rechtsprechung eine unlautere geschäftliche Handlung im Sinne von § 5 Absatz 1 Satz 2 Alternative 1 UWG darstellen (BGH, Urteil vom 6.6.2019 – I ZR 216/17). **Der neu eingeführte Schadensersatzanspruch kommt in diesen Fällen schon bei einem fahrlässigen Handeln des Unternehmers als Anspruchsgrundlage für die Erstattung außergerichtlicher Rechtsverteidigungskosten der Verbraucherinnen und Verbraucher in Betracht.** Im Verhältnis zu irreführenden Herstellern //40//haben Verbraucherinnen und Verbraucher, wenn kein Vertragsverhältnis oder vorvertragliches Schuldverhältnis im Sinne von den §§ 311 Absatz 2, 241 Absatz 2 BGB entstanden ist, aus dem bürgerlichen Recht nur Ansprüche bei vorsätzlichem Handeln. Im Fall der **aggressiven geschäftlichen Handlungen** nach § 4a UWG bestehen nach den Regelungen des bürgerlichen Rechts vor allem dann Ansprüche und Rechte von Verbraucherinnen und Verbrauchern, soweit diese durch eine Drohung im Sinne von **§ 123 Absatz 1 BGB** zu einer geschäftlichen Entscheidung veranlasst worden sind. Der Tatbestand des § 4a UWG erfasst aber auch andere Zwangssituationen, in denen psychisch wirkender Zwang ausgeübt wird, Überrumpelungssituationen herbeigeführt werden, und Notlagen oder Gefühle ausgenutzt werden, um Verbraucherinnen und Verbraucher zu einer geschäftlichen Handlung zu veranlassen. Auch in solchen Konstellationen sind die nach geltendem Recht bestehenden Ansprüche der Verbraucherinnen und Verbraucher auf Schadensersatz nicht lückenlos.“

BT-Drucks. 19/27873, S. 40: „Der neue § 9 Absatz 2 Satz 1 UWG-E schließt solche Lücken, indem er das UWG um einen individuellen Schadensersatzanspruch für Verbraucherinnen und Verbraucher ergänzt. Hierdurch wird sichergestellt, dass Verbraucherinnen und Verbrauchern, denen durch schuldhafte Verstöße von Unternehmern gegen die Richtlinie 2005/29/EG umsetzende Vorschriften ein Schaden entstanden ist, auch ein Anspruch auf Ersatz dieses Schadens zusteht. Dies gilt nicht nur für den Fall, dass die unlautere geschäftliche Handlung von dem Vertragspartner ausgeht, sondern auch im Hinblick auf unlautere geschäftliche Handlungen Dritter. So haben Verbraucherinnen und Verbraucher, denen durch schuldhafte irreführende Werbeäußerungen des Herstellers ein Schaden entstanden ist, gegen diesen nunmehr einen Anspruch auf Ersatz des durch die schuldhafte irreführende Werbeäußerung entstandenen Schadens. Damit wird ein klarer und umfassender Rechtsrahmen zur Beseitigung der individuellen Folgen unlauterer geschäftlicher Handlungen geschaffen.“

BT-Drucks. 19/27873, S. 40: „Der Schadensersatzanspruch besteht **nur, wenn Verbraucherinnen oder Verbraucher durch die betreffende vorsätzlich oder fahrlässig vorgenommene unzulässige geschäftliche Handlung zu einer geschäftlichen Entscheidung veranlasst worden sind, die sie andernfalls nicht getroffen hätten, und ihnen hierdurch ein Schaden entstanden ist.** Der **Begriff der geschäftlichen Entscheidung ist in § 2 Nummer 1 UWG-E** definiert. Nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs ist der Begriff der geschäftlichen Entscheidung weit auszulegen und erfasst nicht nur die Entscheidung über den Erwerb oder Nichterwerb einer Ware oder Dienstleistung, sondern auch damit unmittelbar zusammenhängende Entscheidungen wie die **Entscheidung über das Aufsuchen eines Geschäfts aufgrund einer irreführenden Werbeaussage über die Verfügbarkeit einer als besonders günstig beworbenen Ware** (EuGH, Urteil vom 19.12.2013 – C-281/12 (Trento Sviluppo/ Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato)). Damit sind auch die oben angeführten „Anlockfälle“ von dem Anwendungsbereich des Schadensersatzanspruchs erfasst. Das Tatbestandsmerkmal dient der Präzisierung **des erforderlichen Kausalzusammenhangs zwischen der unzulässigen geschäftlichen Handlung und dem den Verbraucherinnen und Verbrauchern entstandenen Schaden.** Hierzu knüpft der Tatbestand an das Merkmal der **geschäftlichen Relevanz der geschäftlichen Handlung** des Unternehmers für die betroffenen Verbraucherinnen und Verbraucher an. Dieses Tatbestandsmerkmal findet sich jeweils auch in der Definition der unlauteren geschäftlichen Handlung nach § 4a Absatz 1 Satz 1, § 5 Absatz 1 Satz 1 und in § 5a Absatz 1 Nummer 2 sowie in der Verbrauchergeneralklausel in § 3 Absatz 2 über die Definition einer „wesentlichen Beeinflussung des wirtschaftlichen Verhaltens des Verbrauchers“ in Jürgen Oechsler, Uni Mainz, Skript zum UWG, 2024

§ 2 Nummer 11 wieder. In diesem Zusammenhang ist diese Voraussetzung allerdings jeweils abstrakt-generell formuliert, indem darauf abgestellt wird, dass die geschäftliche Handlung geeignet sein muss, Verbraucherinnen oder Verbraucher zu einer Entscheidung zu veranlassen, die sie andernfalls nicht getroffen hätten. **Für das Vorliegen des Schadensersatzanspruchs muss sich dieses abstrakt-generelle Risiko in einem ihnen individuell entstandenen Schaden realisiert haben, indem die betreffenden Verbraucherinnen oder Verbraucher durch die unlautere geschäftliche Handlung im konkreten Einzelfall zu einer geschäftlichen Entscheidung veranlasst worden sind, die sie andernfalls nicht getroffen hätten und ihnen hierdurch ein Schaden entstanden ist.**“

BT-Drucks. 19/27873, S. 40: „Der Schadensersatzanspruch der Verbraucherinnen und Verbraucher **verjährt**, wie auch der Schadensersatzanspruch der Mitbewerber nach § 9 Absatz 1 UWG-E, **in sechs Monaten** (§ 11 Absatz 1 UWG). Der Beginn der Verjährungsfrist richtet sich nach § 11 Absatz 2 UWG... Der Schadensersatzanspruch für Verbraucherinnen und Verbraucher steht **in freier Anspruchskonkurrenz zu den bereits bestehenden Ansprüchen des bürgerlichen Rechts**. Das heißt, die Verbraucherinnen und Verbraucher können bei Vorliegen der jeweiligen Voraussetzungen frei entscheiden, ob sie gegen den Schädiger den Schadensersatzanspruch aus § 9 Absatz 2 Satz 1 UWG-E oder einen ebenfalls bestehenden Gewährleistungs- oder außervertraglichen Haftungsanspruch geltend machen. Die Ergänzung des UWG um einen individuellen Schadensersatzanspruch für Verbraucherinnen und Verbraucher soll nichts daran ändern, dass die **Vorschriften des UWG** (mit //41//Ausnahme der Strafnorm des § 16 UWG) **grundsätzlich keine Schutzgesetze im Sinne des § 823 Absatz 2 BGB sind**, wie es auch bisherigem Verständnis entspricht (vergleiche Bundestagsdrucksache 15/1487, S. 22). Inhalt und Umfang des Schadensersatzanspruchs richten sich nach den allgemeinen Vorschriften der §§ 249 ff. BGB. Danach richtet sich der Anspruch regelmäßig nur auf das negative Interesse, das bedeutet, dass Verbraucherinnen und Verbraucher vom Schädiger so zu stellen sind, als wäre die unzulässige geschäftliche Handlung nicht vorgenommen und die Verbraucherinnen und Verbraucher nicht zu der jeweiligen geschäftlichen Entscheidung veranlasst worden.

BT-Drucks. 19/27873, S. 41: „Um dem Grundsatz der „1:1-Umsetzung“ Rechnung zu tragen, erfasst der Schadensersatzanspruch **nur Verstöße gegen Vorschriften, die die Richtlinie 2005/29/EG umsetzen**. Das gilt zum einen nicht für den neu gefassten § 7 UWG-E, soweit er Verbraucherinnen und Verbraucher betrifft, weshalb insoweit eine unzulässige geschäftliche Handlung nach § 7 UWG Verbraucherinnen und Verbrauchern keinen Schadensersatzanspruch nach § 9 Absatz 2 UWG-E eröffnet. Zum anderen fallen damit auch unlautere geschäftliche Handlungen nach den §§ 3a, 4 und 6 UWG nicht in den Anwendungsbereich des neuen Schadensersatzanspruchs... Dadurch, dass die neu gefasste **Nummer 26** des Anhangs zu § 3 Absatz 3 UWG nunmehr gleichlaufend zu dem entsprechenden Verbotstatbestand aus der Richtlinie 2005/29/EG das hartnäckige und unerwünschte Ansprechen von Verbraucherinnen und Verbrauchern auch in Form von Werbung mittels Telefonanrufen erfasst, **sind diese besonders gravierenden Fälle unerlaubter Werbung in den Anwendungsbereich des Schadensersatzanspruchs einbezogen**. Soweit Verbraucherinnen und Verbraucher aufgrund eines solchen Verstoßes zum Abschluss eines wirtschaftlich nachteiligen Vertrages veranlasst worden sind, kann im Wege der Naturalrestitution nach § 249 Absatz 1 BGB unter Umständen auch ein Anspruch auf Aufhebung des Vertrages bestehen.

c) Das Presseprivileg (§ 9 Abs. 3 UWG)

§ 9 Abs. 3 UWG dient dem Schutz der Presse als Institut. Denn Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG beinhaltet nach der Rechtsprechung des BVerfG nicht nur ein Abwehrrecht gegenüber dem Staat, sondern auch eine **Institutsgarantie**: Der Staat muss für die Existenz einer pluralistischen Presselandschaft sorgen, Jürgen Oechsler, Uni Mainz, Skript zum UWG, 2024

damit das pluralistische Meinungsbild der freien Gesellschaft in ihr widergespiegelt werden kann. Ein ähnliches Verständnis gebietet die in Art. 11 Abs. 2 GrCh geschützte Medienfreiheit (BT-Drucks. 19/27873, S. 41). Deshalb darf vor allem der Schadensersatzanspruch nach § 9 Abs. 1 und Abs. 2 UWG für Verleger nicht prohibitiv wirken, also die Wahrnehmung der Pressefreiheit aufgrund der Haftungsgefahr beeinträchtigen. Zu bedenken ist jedoch, dass die Ansprüche nach § 9 Abs. 1 bzw. Abs. 2 UWG jeweils auch eine geschäftliche Handlung iSd. § 2 Abs. 1 Nr. 2 UWG voraussetzen. Diese kommt wiederum dann nicht in Betracht, wenn der Schwerpunkt der Tätigkeit in der Ausübung der Grundrechte und nicht in der Absatzförderung liegt (dazu S. 25). Ist eine Schwerpunktsetzung im Bereich der Grundrechtsausübung zu bejahen, scheitern Ansprüche gegen Verleger bereits daran, dass die in § 9 Abs. 1 und Abs. 2 UWG jeweils vorausgesetzte geschäftliche Handlung fehlt. Auf § 9 Abs. 3 UWG kommt es dann nicht an.

5. Gewinnabschöpfung nach § 10 UWG

Der Anspruch ist auf Abschöpfung des Gewinns beim Rechtsverletzer gerichtet. Er erinnert in seiner Wirkung an den Gewinnabschöpfungsanspruch aus §§ 687 Abs. 2, 681 Satz 2, 667 BGB und setzt wie dieser vorsätzliches Handeln voraus. Durch die Norm sollen die Vorteile herausverlangt werden können, die der Rechtsverletzer infolge der Nichtbeachtung des UWG **zu Lasten einer Vielzahl von Abnehmern** erlangt hat. Zugrunde liegt die Überlegung, dass die Betroffenen im jeweiligen Einzelfall häufig nur Schäden in geringer Höher erleiden und daher keinen ökonomischen Anreiz haben, diese geltend zu machen (sog. Streuschäden; dazu *Oechsler/Ricard* NZKart 2019, 308 ff.). Dies kann dazu führen, dass der Rechtsverletzer einerseits gerade durch die Verletzung des UWG einen erheblichen Gewinn erzielt, dass er aber andererseits nicht damit rechnen muss, von den Betroffenen in Anspruch genommen zu werden, weil diese aus einer sog. „rationalen Apathie“ keinen Rechtsstreit gegen ihn führen. Deshalb soll ein nach § 8 Abs. 3 Nr. 2 bis 4 UWG aktivlegitimierter Träger die Vorteile beim Rechtsverletzer abschöpfen dürfen. Dabei ist allerdings **nicht** an eine **Auskehrung an die betroffenen Verbraucher** gedacht.

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 Vorgehen in der Praxis

Der Gläubiger aus § 8 Abs. 1 Satz 1 UWG hat drei praktische Möglichkeiten gegen einen Wettbewerbsverstoß vorzugehen: im Wege der 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 die ordentliche Klage oder stellt einen Antrag auf einstweilige Verfügung, droht ihm **nach § 93 ZPO eine nachteilige Kostenentscheidung**, wenn der Rechtsverletzer den Antrag sofort anerkennt und **zuvor keine Veranlassung zur Klage gegeben** hat. Die lässt es ratsam erscheinen, gegen den Rechtsverletzer zunächst im Rahmen der Abmahnung vorzugehen. Lehnt der Verletzer 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**, kann das Vorehen mittels Abmahnung eine unnötige Zeitverschwendung bedeuten. 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 weiterhin fortsetzen. Hier empfiehlt sich ein Antrag auf einstweilige Verfügung, um das Verhalten des Täters rasch zu beenden. Stets ist jedoch wegen der Kostenfolge des § 93 ZPO Zurückhaltung geboten.
- 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 sog. **Unterlassungsvereinbarung** zustande (S. 59). Um die Einhaltung der daraus resultierenden Unterlassungspflicht abzusichern, wird der Adressat zusätzlich aufgefordert, eine

Jürgen Oechsler, Uni Mainz, Skript zum UWG, 2024

Vertragsstrafe für den Fall der Zuwiderhandlung zu versprechen. Nimmt der abgemahnte auch diesen Antrag an, kommt ein **Vertragsstrafeversprechen nach § 339 BGB** zustande (ab S. 62 ff.). Die Kombination beider Vereinbarungen wird als **Abgabe einer strafbewehrten Unterlassungserklärung** durch den Abgemahnten bezeichnet. Sie lässt die Wiederholungsgefahr nach § 8 Abs. 1 Satz 1 UWG entfallen (S. 63). Dem Abmahnenden steht also nach Abgabe der strafbewehrten Unterlassungserklärung kein Anspruch aus § 8 Abs. 1 UWG mehr zu; eine dennoch erhobene Klage würde als unbegründet mit der Kostenfolge des § 91 ZPO abgewiesen. Dem Abmahnenden wiederum steht ein Anspruch auf Aufwendungsersatz nach § 13 Abs. 3 UWG zu (zu bereits oben ab S. 42).

b) Form und praktischer Mindestinhalt

§ 13 Abs. 2 UWG regelt die bei der Abmahnung einzuhaltenden Formerfordernisse. Die Verletzung der Norm führt dazu, dass dem Abmahnenden kein Anspruch auf Aufwendungsersatz nach § 13 Abs. 3 UWG zusteht. 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. Denn dadurch, dass er auf eine formunwirksame Abmahnung nicht reagiert hat, hat er noch keinen Anlass zur Klageerhebung gegeben. Durch Wahrung der Form des § 13 Abs. 2 UWG wird daher das Prozesskostenrisiko gesteuert.

Beachtenswert erscheint noch **folgender Zusammenhang**: § 13 Abs. 2 UWG erwähnt das **Vertragsstrafeversprechen** gerade nicht unter den Formvoraussetzungen. 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. Hier dürften ähnliche Grundsätze gelten wie für die Bestimmtheit des Klageantrags nach § 253 Abs. 2 Nr. 1 ZPO.

- (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. 2 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 hingegen der Aufwendungsersatzanspruch kraft Gesetzes ausgeschlossen (§ 13 Abs. 4 UWG), muss 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 2 BGB abgesichert (sog. **strafbewehrtes Unterlassungsversprechen**), **entfällt die Wiederholungsgefahr** nach § 8 Abs. 1 Satz 1 BGB (S. 63), wenn der Abgemahnte die Abmahnung **annimmt**. Die Abmahnung kann dabei etwa in Form einer PDF-Datei erfolgen (BGH, 12.1.2023 – I ZR 49/22). 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**. Dies hat **praktische Bedeutung**, wenn der Abgemahnte später sein Verhalten wiederholt und deshalb ein Anspruch wegen Verwirkung der Vertragsstrafe aus § 339 Satz 2 BGB geltend gemacht wird. Es kommt dann nicht mehr darauf an, ob das Verhalten des Abgemahnten gegen das UWG verstößt. Maßgeblich ist allein, dass es die Unterlassungsvereinbarung verletzt.

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

Jürgen Oechsler, Uni Mainz, Skript zum UWG, 2024

Abmahnende aber gibt im Unterlassungsvertrag gerade nicht iSd. § 779 Abs. 1 BGB nach. Allenfalls lässt sich daher von einer **vergleichsähnlichen Wirkung** der Unterlassungsvereinbarung sprechen.

Beachte noch folgendes Sonderproblem: Entfällt nachträglich die **Eintragung eines Verbands** in die nach § 8b UWG geführte Liste und damit die Aktivlegitimation, steht dem Abgemahnten im Hinblick auf sein Unterlassungsversprechen ein **außerordentliches Kündigungsrecht** zu. Dieses wirkt aber nur ex nunc (OLG Hamm, 30.5.2023 – 4 U 78/22 – **Untätiger Abmahner**; zuvor: BGH GRUR 1997, 382 – Altunterwerfung I; BGH GRUR 2001, 85 – Altunterwerfung IV).

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

Im Falle einer 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 will es ermöglichen, dass Abmahnungen in Bezug auf neuartige Fallgestaltungen möglich bleiben. Gerade wenn die Rechtslage unklar ist, besteht ein rechtliches Interesse daran, dass einschlägige Probleme erkannt und im Wege der Abmahnung abgestellt 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 für die Abmahnung** nach § 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. Denn dieser ist unter den Voraussetzungen des § 13 Abs. 4 UWG gerade ausgeschlossen. In diesen Fällen besteht eine verschuldensunabhängige Haftung.

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 Schadensersatz in dem nach § 249 Abs. 1 BGB vorausgesetzten Umfang 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). § 13 Abs. 5 UWG erinnert an die verschuldensunabhängige Haftung nach § 945 ZPO für den Fall, dass eine erwirkte einstweilige Verfügung in der Sache unbegründet war.

Fraglich ist, ob Schadensersatzansprüche des Abmahnenden in Betracht kommen, wenn der Abgemahnte zu Unrecht eine Unterlassungserklärung abgibt.

BGH Saints Row

(BGH, 17.12.2020 – I ZR 228/19 – **Saints Row**; Hinweis: Der im Urheberrecht spielende Fall wird hier abgewandelt) K mahnt B wegen eines UWG-Verstoßes ab und fordert ihn zur Abgabe einer Unterlassungserklärung auf. Zahlungsforderungen erhebt er nicht. B weiß, dass nicht er, sondern sein Bekannter X der Täter ist. Doch gibt er die Erklärung ab, um Ärger zu vermeiden. Danach verlangt K von B Aufwändungsersatz nach § 13 Abs. 3 UWG. B weist jetzt auf die Täterschaft des X hin. K erhebt dennoch Klage gegen B, die später als unbegründet abgewiesen wird. Kann K von B die Kosten des Rechtsstreits wegen der unwahren Angaben im Vorfeld ersetzt verlangen?

(a) Vertragliche Ansprüche

Der **BGH verneint einen Anspruch aus §§ 280 Abs. 1 Satz 1, 241 Abs. 2 BGB** iVm. dem zwischen K und B geschlossenen **Unterlassungsvertrag**. Durch Annahme der Abmahnung kommt zwischen den Beteiligten zwar ein **Unterlassungsvertrag** zustande. Doch ist der **Pflichteninhalt des Unterlassungsvertrages beschränkt**: Er begründet keine Aufklärungspflichten des Abgemahnten über die Person des wahren Täters, wenn der Abgemahnte nicht zuvor Aufklärungsverpflichtungen dieser Art im Unterlassungsvertrag (ausdrücklich) übernommen hat (Rn. 28). Für diese Betrachtungsweise spricht ein **systematisches Argument aus § 13 Abs. 3 UWG**. Danach können Aufwändungsersatzansprüche nur geltend gemacht werden, wenn die Abmahnung selbst der Form des § 13 Abs. 2 UWG genügt. Dies setzt wiederum nach Nr. 3 der Norm voraus, dass die geltend gemachten Aufwändungsersatzansprüche benannt werden. Dieses Formerfordernis schützt den Empfänger davor, in einem ersten Schritt das Unterlassungsversprechen gegenüber dem Absender

abzugeben, um dann in einem zweiten Schritt von diesem mit einer Geldforderung überrumpelt zu werden.

(b) Culpa in Contrahendo

Die Aufklärungspflicht folge auch **nicht aus einem vorvertraglichen Schuldverhältnis**. Der BGH **verneint Ansprüche aus culpa in contrahendo** (§§ 280 Abs. 1 Satz 1, 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 BGB). Denn vor der Abmahnung besteht zwischen den Beteiligten kein vorvertragliches Schuldverhältnis nach § 311 Abs. 2 BGB. Insbesondere **tritt der Abgemahnte nicht mit dem Abmahnenden in Vertragsverhandlungen nach § 311 Abs. 2 Nr. 1 BGB** (Rn. 37): Denn der Abgemahnte verhandelt nicht mit dem Abmahnenden, sondern muss die Abmahnung einseitig hinnehmen. Er steht vor der Alternative, die Abmahnung mit dem Inhalt, mit dem sie an ihn ergeht, anzunehmen oder sie abzulehnen und einen Rechtsstreit mit dem Abmahnenden zu riskieren. Aus diesem Grund öffnet der Abgemahnte seine Rechtssphäre nicht in einer für § 311 Abs. 2 Nr. 1 BGB charakteristischen Art und Weise (Rn. 37), so dass es an einem vorvertraglichen Schuldverhältnis fehlt.

(c) Schadensersatzansprüche wegen Verletzung einer Schutzpflicht aus einem gesetzlichen Schuldverhältnis

Schließlich resultiert die Aufklärungspflicht auch nicht aus der Verletzung einer Schutzpflicht aus einem gesetzlichen Schuldverhältnis.

Beachten Sie bitte, dass § 280 Abs. 1 Satz 1 BGB auch anwendbar ist, wenn zwischen den Parteien bereits ein gesetzliches Schuldverhältnis besteht und der Schuldner eine Pflicht aus diesem verletzt: S schuldet G nach § 7 Abs. 1 StVG Schadensersatz und will die Sache privat in der Wohnung des G regeln. Dort stößt S aus Unachtsamkeit eine Blumenvase des G um: G gegen S aus § 280 Abs. 1 Satz 1, 241 Abs. 2 BGB iVm. § 7 Abs. 1 StVG.

Der BGH verneint einen Anspruch des K gegen B aus § 280 Abs. 1 Satz 1 BGB iVm. § 97 Abs. 1 Satz 1 UrhG iVm. § 241 Abs. 2 BGB. Grundsätzlich kann die Aufklärungspflicht, um deren Verletzung es zwischen K und B geht, aus **einem gesetzlichen Schuldverhältnis aus § 8 Abs. 1 UWG** resultieren (für § 97 Abs. 1 UrhG der BGH: Rn. 41). Vorliegend bestand jedoch kein Anspruch des K gegen B, da B keine Rechtsverletzung begangen hatte (Rn. 41 f.).

3. Das Vertragsstrafeversprechen (§ 13a UWG)

a) Überblick

Durch das **Vertragsstrafeversprechen** 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. 59), 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 Vertragsstrafeversprechens schützen. Eine Anspruchsgrundlage stellt die Norm hingegen nicht dar.

b) Wegfall der Wiederholungsgefahr

Verbindet der Abgemahnte die Unterlassungserklärung mit einem Vertragsstrafeversprechen (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 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** (Ersttat 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 stellt sich die Frage, ob die **Wiederholungsgefahr** nach § 8 Abs. 1 Satz 1 UWG ausnahmsweise auch **durch eine isolierte Unterlassungserklärung** beseitigt werden kann (dagegen: OLG Nürnberg, 9.5.2023 – 3 U 3524/22, juris Rn. 48; *Feddersen* WRP 2021, 713 (715); für die Möglichkeit der Beseitigung der Jürgen Oechsler, Uni Mainz, Skript zum UWG, 2024

Wiederholungsgefahr: OLG Schleswig WRP 2021, 950; *Sosnitza* GRUR 2021, 671 (675)). Gegen die Möglichkeit spricht zunächst, dass die Unterlassungserklärung von der Gegenseite nicht unter erleichterten Bedingungen durchgesetzt werden kann und auf dem Schuldner kein wirtschaftlicher Druck lastet, sein Versprechen einzuhalten. Für die Möglichkeit spricht der Zweck des § 13a Abs. 2 UWG: Mit der Norm verbessert der Gesetzgeber die Rechtsstellung des Abmahnungsempfängers. Dies spricht gegen die Möglichkeit, dass er ihm die Möglichkeit einer außergerichtlichen Beilegung des Streites nehmen will. Auch wird in den Fällen des § 13a Abs. 2 UWG das geringe Gewicht des Wettbewerbsverstoßes unwiderleglich vermutet. Dann muss die Wiederholungsgefahr entsprechend durch isolierte Unterlassungserklärung beseitigt werden können. Der BGH hat über die Frage allerdings noch nicht entschieden.

Fraglich ist weiter, ob die Wiederholungsgefahr auch durch eine **einseitige strafbewehrte Unterlassungserklärung des Rechtsverletzers** abgewendet werden kann, die der Aktivlegitimierte nicht veranlasst und über die er sich nicht mit dem Rechtsverletzer geeinigt hat (dazu BGH, 1.12.2022 – I ZR 144/21 = BGHZ 235, 222 – Wegfall der Wiederholungsgefahr III Rn. 38; OLG Frankfurt, 21.9.2023 – 6 W 61/23 – Fahrplaninformations-App Rn. 28 ff.). Das einseitige Vorgehen des Rechtsverletzers lässt zunächst weder einen Unterlassungsvertrag noch ein Vertragsstrafversprechen entstehen, da es an der vertraglichen Einigung fehlt. Die Rechtsprechung geht jedoch davon aus, dass die Wiederholungsgefahr entfällt, wenn die Erklärung für den Rechtsverletzer dauerhaft bindend ist und vom Aktivlegitimierten jederzeit angenommen werden kann. Lehnt der Aktivlegitimierte das Angebot jedoch ab, bleibt die Wiederholungsgefahr bestehen. Geht er nun gerichtlich gegen den Rechtsverletzer vor, droht ihm jedoch eine Kostenentscheidung nach § 93 ZPO.

c) Dogmatik des Vertragsstrafversprechens nach § 339 BGB

Das Vertragsstrafversprechen 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 Vertragsstrafversprechen hat dabei **zwei Funktionen**:

- Erstens soll es einen 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.

- Zweitens **pauschalisiert** das Vertragsstrafversprechen 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 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 Vertragsstrafversprechens ein Kaufmann (= ein Unternehmer) ist. **Mit § 348 HGB Norm bricht allerdings § 13a Abs. 4 UWG**. Danach kommt eine Herabsetzung der Vertragsstrafe im Wettbewerbsrecht zum Schutz des abgemahnten Unternehmers sehr wohl in Betracht.

Im Wettbewerbsrecht sowie im Urheberrecht und dem Recht des gewerblichen Rechtsschutzes besteht 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) durch Konkretisierung der Höhe der Vertragsstrafe 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 dem Vertragsstrafeverlangen nach § 13a UWG

Im UWG dient das Vertragsstrafversprechen 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 Vertragsstrafversprechen einzugehen, um dann in einem zweiten Schritt von der Gegenseite auf dieser Grundlage in Anspruch genommen zu werden. 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** liegt darin, dass gerade mögliche Mitbewerber Verstöße gegen die Datenschutz-Grundverordnung und das Telemedienrecht in der Vergangenheit dazu genutzt haben, um Konkurrenten zu schaden. Deshalb sollen 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 bereits oben ab S. 43). Etwas verkürzt geht es um die Verletzung von Kennzeichnungs- und Informationspflichten im elektronischen Geschäftsverkehr (§ 13 Abs. 4 Nr. 1 UWG), die automatisch abgemahnt werden können, 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 für die Voraussetzung einer Erstbegehung beim zweiten Fall dürfte 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 Vertragsstrafversprechens 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 hin 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. 65; 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 §§ 3 Abs. 2, 2 Abs. 1 Nr. 11 UWG nicht zu einer Normverletzung. In den Ausnahmereichen, in denen eine Spürbarkeitsprüfung nicht stattfinden darf (§ 7 Abs. 2 UWG sowie § 3 Abs. 3 iVm. der Schwarzen Liste), stellt § 13a Abs. 3 UWG wiederum 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 können.

(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 heraus: Denn nach der Regelung des BGB 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 nicht herabgesetzt werden. § 13a Abs. 4 UWG fordert daher **Kritik** heraus, weil sie den Parteien **keine abschließende, außergerichtliche Klärung des Rechtsstreits durch strafbewehrte** Jürgen Oechsler, Uni Mainz, Skript zum UWG, 2024

Unterlassungserklärung ermöglicht, sondern den sog. Hamburger Brauch (S. 65) 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 Höhe der Vertragsstrafe verwickelt zu werden. Die im Vertragsstrafeversprechen genannte Summe bringt ihm nur in Bezug auf die **Darlegungs- und Beweislast** einen Vorteil. Der Abmahnende muss danach das Zustandekommen des Vertragsstrafeversprechens darlegen und beweisen. Daraufhin muss der Abgemahnte darlegen und beweisen, dass die vereinbarte Summe zu hoch ist. Dabei leisten die eher vage gehaltenen Kriterien für die Konkretisierung der Angemessenheit in § 13a Abs. 1 UWG nur einen bescheidenen Beitrag.

4. Die Klageerhebung

(a) Bei der Zulässigkeit einer auf § 8 Abs. 1 Satz 1 UWG gestützten Klage muss zunächst die **Zuständigkeit** des Gerichts nach § 14 UWG geprüft werden.

(b) Ferner ist auf die **Prozessführungsbefugnis** des Klägers nach § 8 Abs. 3 UWG einzugehen (dazu oben S. 24). Hier genügt im Rahmen der Zulässigkeitsprüfung eine summarische Prüfung. Materielle Probleme des § 8 Abs. 3 UWG sollten Sie im Rahmen der Begründetheit im Zusammenhang mit der Aktivlegitimation des Klägers abhandeln.

(c) 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.

Der Aufbau einer auf § 8 Abs. 1 UWG gestützten Klage folge daher folgender Struktur

I. Zulässigkeit

1. Zuständigkeit nach § 14 UWG
2. Prozessführungsbefugnis nach § 8 Abs. 3 UWG/§ 8a UWG.
3. Rechtsschutzbedürfnis (knapp).

II. Begründetheit

Liegt vor, wenn dem Kläger ein Anspruch aus § 8 Abs. 1 iVm. ... UWG zusteht.

1. Aktivlegitimation nach § 8 Abs. 3 UWG/§ 8a UWG).
2. Anspruch aus § 8 Abs. 1 UWG.

a) Zuständigkeit

aa) Sachliche 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.

bb) Örtliche Zuständigkeit

(1) Regel: Allgemeiner Gerichtsstand des Beklagten (§ 14 Abs. 2 Satz 1 UWG)

§ 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; für die GmbH: § 4a GmbHG) wird der Sitz in der Satzung (im Gesellschaftsvertrag) bestimmt. Dieser **Satzungssitz** ist auch nach § 14 Abs. 2 Satz 1 UWG iVm. § 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 die Regelung der örtlichen Zuständigkeit in § 14 Abs. 2 UWG 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**.

(2) Fliegender Gerichtsstand

Ergänzend zum allgemeinen Gerichtsstand nach § 14 Abs. 2 Satz 1 UWG kommt auch der sog. **fliegende Gerichtsstand** nach § 14 Abs. 2 Satz 2 UWG in Betracht. Danach ist das Gericht zuständig, **in dessen Bezirk die Zuwiderhandlung begangen** wurde (**Begehungsort**). Der **Begehungsort** kann wiederum an zwei Lokalitäten liegen: am Ort der Tathandlung (**Handlungsort**; Beispiel: Ort, an dem eine Werbeäußerung getätigt wurde) sowie am Ort des Erfolgseintritts (**Erfolgsort**; Beispiel: Ort, an dem durch die Werbeäußerung ein Recht des Klägers verletzt worden ist). Regelmäßig hat der Kläger die **Wahl** zwischen beiden Gerichtsständen. Dies ist für ihn günstig, da er uU. bei dem an eigenen Wohn- oder 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 eingetreten.

(3) Einschränkung des fliegenden Gerichtsstands (§ 14 Abs. 2 Satz 3 UWG)

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 der Regelung gedacht worden, weil bei Verletzungshandlungen im Internet eine Vielzahl von Erfolgsorten und damit auch von Gerichtsständen in Betracht kommt. Es handelt sich um sog. „Streudelikte“. Die Diskussion mündete schließlich in die **Kompromissnorm des § 14 Abs. 2 Satz 3 Nr. 1 UWG**.

(a) **Grundsätzlich** steht der Gerichtsstand nach § 14 Abs. 2 Satz 2 UWG **nur dem Mitbewerber** nach § 8 Abs. 3 Nr. 1 UWG zu. **Die übrigen** nach § 8 Abs. 3 Nr. 2 bis 4 UWG Aktivlegitimierten können an diesem Ort **nur** Klage erheben, **wenn der Beklagte im Inland keinen allgemeinen Gerichtsstand (§§ 13, 17 ZPO) hat**. Dies folgt aus der kompliziert gefassten Regelung des § 14 Abs. 2 Satz 3 Nr. 2 UWG. Diese Norm dürfte – entgegen dem Wortlaut – auch für die nach § 8a UWG Aktivlegitimierten gelten, da diese sonst ihre aus der PlattformVO resultierenden Rechte nicht effektiv geltend machen können.

(b) Ferner ist der Gerichtsstand nach § 14 Abs. 2 Satz 2 UWG bei Rechtsstreitigkeiten wegen **Zuwiderhandlungen im elektronischen Geschäftsverkehr oder in Telemedien** (= im Internet) **ausgeschlossen**. Dies ergibt sich aus **§ 14 Abs. 2 Satz 3 Nr. 1 UWG**. Die Norm 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 trägt dem Umstand Rechnung, dass andernfalls in Internetfällen eine Vielzahl von Erfolgsorten als Gerichtsstand in Betracht kämen. Bei der Auslegung des § 14 Abs. 2 Satz 3 Nr. 1 UWG liegt der systematische Vergleich mit § 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 steht dabei bekanntlich 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. 43). Gegenüber § 13 Abs. 4 Nr. 1 UWG ist der **Anwendungsbereich des § 14 Abs. 2 Satz 3 Nr. 1 UWG jedoch deutlich 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 in diesen Fällen 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.

cc) Schadensersatzklagen von Verbrauchern

Werden Schadensersatzansprüche von Verbrauchern nach § 9 Abs. 2 Satz 1 UWG geltend gemacht gelten die allgemeinen Regeln über die sachliche und örtliche Zuständigkeit.

Nach §§ 23 Nr. 1, 71 GVG ist das Landgericht zuständig, wenn der Gegenstand 5.000 € übersteigt.

Bei der örtlichen Zuständigkeit ist § 32 ZPO zu beachten. Beim UWG handelt es sich um Sonderdeliktsrecht. Als Ort, an dem die Handlung begangen worden ist, kommen wie im Falle des § 14 Abs. 2 Satz 2 UWG der Handlungs- und der Erfolgsort in Betracht!

b) Die Feststellungsklage

Einen Sonderfall stellt die **Feststellungsklage** dar. Hier beantragt der Gläubiger aus § 8 Abs. 1 Satz 1 UWG die Feststellung eines Wettbewerbsverstoßes. 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 iSd. § 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 mögliche Rechtsverhältnis regelmäßig in 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 seiner Feststellung haben. Dies ist der Fall, wenn dem Kläger eine **aktuelle Gefährdung seiner Rechte** droht. Dies ist denkbar, wenn der UWG-Täter mit Klage droht, falls der Kläger weiterhin einen UWG-Verstoß behauptet oder wenn eine Schadensersatzklage der anderen Seite abzusehen ist.

c) Negative Feststellungsklage

Einen Sonderfall stellt die **negative Feststellungsklage** dar. Hier geht der vermeintliche Rechtsverletzer gegen deine Person vor, die behauptet Inhaber eines Anspruchs aus § 8 Abs. 1 Satz 1 UWG zu sein und verlangt Feststellung, dass ein solcher Anspruch nicht besteht. Der Klageantrag (§ 253 Abs. 2 Nr. 1 ZPO) ist in diesem Fall auf Feststellung gerichtet, dass der behauptete Anspruch aus §§ 8 Abs. 1 Satz 1 iVm. ... UWG nicht besteht.

Beachte: Bei der negativen Feststellungsklage findet die **Zuständigkeitsregelung des § 14 Abs. 2 UWG spiegelbildliche Anwendung** (BGH GRUR 2012, 1273 – Stadtwerke Wolfsburg). Zuständig ist nach § 14 Abs. 2 Satz 1 UWG also das Gericht am Sitz (§ 17 Abs. 1 ZPO) bzw. am Wohnsitz (§ 13 ZPO) **des Klägers**. Denn nach dem Zweck der Norm soll das für den Wohnsitz bzw. die Niederlassung zuständige LG einheitlich sämtliche Verstöße des Rechtsverletzers 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!**

5. 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

Die Zulässigkeit des Antrags auf Erlass einer einstweiligen Verfügung nach §§ 935, 940 ZPO richtet sich nach folgendem Aufbau:

1. Die **Zuständigkeit** folgt aus § 14 UWG (dazu bereits ab S. 69).

2. Der Antragsteller muss einen **Verfügungsanspruch** iSd. § 8 Abs. 1 Satz 1 UWG behaupten (in der Klausur muss die genaue Rechtsgrundlage genannt werden, darf aber an dieser Stelle noch nicht geprüft werden). Dabei muss auch die Klagebefugnis bzw. Prozessführungsbefugnis nach § 8 Abs. 3 UWG behauptet werden (S. 7).

3. Der Antrag bedarf eines **Verfügungsgrundes** (Eilbedürftigkeit). Diese wird bei Geltendmachung eines Unterlassungsanspruchs nach **§ 12 Abs. 1 UWG widerleglich vermutet**. Diese Vermutung kann wiederum bei sog. **dringlichkeitsschädlichem Verhalten des Klägers** widerlegt werden. Dies ist insbesondere der Fall, wenn der Kläger mit dem Antrag auf einstweilige Verfügung zu lange gewartet hat. Referenz ist dabei die sechsmonatige Verjährungsfrist des § 11 Abs. 1 UWG. Ein Zuwarten des Antragstellers von einigen Wochen nach dem Zeitpunkt des Verjährungsbeginns nach § 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 (§ 937 Abs. 2 ZPO)**. Grund: Die Anhörung verzögert das Verfahren und gibt der Gegenseite die Möglichkeit, wirkungsvolle Maßnahmen des Gerichts zu vereiteln. Es steht also **im freien Ermessen** des Gerichts, auf die bloße eidesstattlich versicherte Behauptung des Antragstellers hin zu entscheiden und der Gegenseite keine Gelegenheit zur Stellungnahme einzuräumen.

Dadurch entsteht für den Antraggegner 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 möglicher eine gegen ihn ergehende einstweilige Verfügung im Beschwerdeverfahren angreifen, was Zeitverlust und finanziellen Aufwand mit sich bringt.

§ 945a ZPO eröffnet daher einem Unternehmer die Möglichkeit, beim Schutzschriftregister 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 Gerichte ein Antrag auf einstweilige Verfügung gestellt, ist Jürgen Oechsler, Uni Mainz, Skript zum UWG, 2024

das **Gericht verpflichtet**, das Schutzschreiben zu berücksichtigen, auch wenn es sich gegen eine Anhörung des Gegners entscheidet. Dies gebietet der **Grundsatz des rechtlichen Gehörs** (Art. 103 Absatz 1 GG). Denn mit der Kenntnisaufnahme vom Inhalt der Schutzschrift verbindet sich nicht die Gefahr einer Vereitelung des Verfügungsanspruchs.

d) Rechtliches Gehör trotz § 937 Abs. 2 ZPO durch Vorlage des Ablehnungsschreibens

§ 937 Abs. 2 ZPO stellt, wie gerade gesehen, das rechtliche Gehör des Antragsgegners in das Ermessen des Gerichts. Eine neue Rechtsprechungslinie des **BVerfG** zwingt jedoch zu einer verfassungskonformen Auslegung der Norm (BVerfG GRUR 2020, 773 Rn. 16 ff.): Richtet sich der Antrag auf einstweilige Verfügung gegen eine **Äußerung** der Gegenseite, muss der sich äussernden Person rechtliches Gehör gewährt werden, bevor ein Titel gegen sie ergeht. Dies gebietet die **wertsetzende Bedeutung der Meinungsfreiheit** (Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG) im Drittverhältnis zwischen Privaten. Das rechtliche Gehör muss nicht notwendig durch eine mündliche Verhandlung gewährt werden. Denkbar ist auch das Nachlassen eines Schriftsatzes. Diese Rechtsprechung führt zu der weiterführenden Überlegung, dass in Wettbewerbsstreitigkeiten – anders als sonst beim einstweiligen Rechtsschutz – regelmäßig nicht die Gefahr besteht, dass der Antragsgegner Ansprüche vereiteln oder Beweise beiseiteschaffen könnte. In der Verhinderung solcher Vereitelungen liegt aber einer der Zwecke des § 937 Abs. 2 ZPO. Dies spricht dafür, der Gegenseite regelmäßig rechtliches Gehör zu gewähren.

Daraus entwickelt die Praxis **eine neue Antragsvoraussetzung** im Verfahren auf Erlass einer einstweiligen Verfügung (OLG Köln GRUR 2021, 505 Rn. 46 – Dairy Gold). Bei der Antragstellung muss der Antragsteller zugleich das Schreiben vorlegen, durch das der Antragsgegner die Abmahnung abgelehnt hat (**Ablehnungsschreiben**). Aus diesem kann das Gericht idR. die abweichende tatsächliche und rechtliche Beurteilung durch den Antraggegner entnehmen, und diesem wird in jedem Fall rechtliches Gehör gewährt. Die Folgerungen sind weitreichend: Denn verschweigt der Antragsteller das Ablehnungsschreiben bzw. behauptet, ein solches nie erhalten zu haben, begeht er einen Prozessbetrug und die einstweilige Verfügung kann nach § 826 BGB (Fallgruppe: Rechtskraftdurchbrechung) kassiert werden.

Das OLG knüpft die Zulässigkeit des Antrags an folgende Voraussetzungen

- Der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung muss unmittelbar nach Ablauf der in der Abmahnung gesetzten angemessenen Frist eingereicht werden.
- Das Unterlassungsbegehren muss mit dem in der Abmahnung geltend gemachten Anspruch identisch sein.

- Schließlich muss der Antragsteller das Ablehnungsschreiben der Gegenseite auf die Abmahnung mit einreichen.

e) 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. Ist nämlich gegen die Gegenseite eine einstweilige Verfügung ergangen, steht dieser nach der Rechtsprechung ein **Zeitraum von zwei Wochen** zu, innerhalb dessen sie die Gegenseite darüber informieren muss, ob sie ein Rechtsmittel gegen den Beschluss einlegt oder nicht. Versäumt sie den Hinweis innerhalb dieser Frist und legt doch ein Rechtsmittel ein, trägt sie nach §§ 280 Abs. 1 Satz 1, 241 Abs. 2 BGB etwa die Kosten eines überflüssig gewordenen Abschlusschreibens, das der Antragsteller/Kläger erstellt hat (BGH, 9.2.2023 – I ZR 61/22 – Kosten für Abschlusschreiben II).

Die Abgabe eines **Vertragsstrafeversprechens** ist im Abschlusschreiben nicht üblich und kann auch nicht verlangt werden. Ausschlaggebend ist, dass der Kläger nun aus der einstweiligen Verfügung gegen die andere Seite vollstrecken kann und auf einen Anspruch aus § 339 Satz 2 BGB zwecks Rechtsdurchsetzung nicht angewiesen ist.

6. Die Anrufung von Einigungsstellen (§ 15 UWG)

Einigungsstellen werden bei der Industrie- und Handelskammer eingerichtet, um einen Vergleichsvorschlag zu erarbeiten (Abs. 6 Satz 1), den die Parteien annehmen können (Abs. 7). Es handelt sich **nicht um Schiedsgerichte**, da keine Entscheidung getroffen wird. 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 die Einigungsstelle nach § 15 Abs. 3 Satz 2 UWG auch ohne Zustimmung der anderen Seite angerufen werden. Ein Gericht kann die Verhandlung aussetzen und die Sache an die Einigungsstelle verweisen (Abs. 10 Satz 1). Dies ist im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes jedoch nur eingeschränkt möglich (Abs. 10 Satz 2). Die praktische Bedeutung der Einigungsstellen ist groß.

B. BESONDERER TEIL

I. Aggressive Geschäftliche Handlungen (§ 4a UWG)

1. Überblick

Aggressive geschäftliche Handlungen iSd. § 4a UWG hindern den Verbraucher an einer informierten Entscheidung nach §§ 3 Abs. 2, 2 Abs. 1 Nr. 11 UWG, indem sie in den Prozess der Informationsverarbeitung eingreifen. Auch wenn dem Verbraucher sämtliche für seine Nachfrageentscheidung benötigten Informationen vorliegen, kann ihn doch der von der aggressiven geschäftlichen Handlung ausgehende Druck an deren rationalen Verarbeitung hindern. § 4a UWG setzt die Art. 8 und 9 der UGP-RL um, die bei der Auslegung der Norm berücksichtigt werden müssen.

Die Schwarze Liste sieht in den Nr. 24 bis 32 Per-Se-Verbote für bestimmte aggressive geschäftliche Handlungen vor. Für diese Normen gelten folgende Prinzipien (vgl. bereits oben S. 13 ff.):

- (a) Es handelt sich um Per-Se-Verbote, die keine Prüfung der Spürbarkeit voraussetzen.
- (b) Aus ihnen sind begrenzte Umkehrschlüsse auf erlaubte geschäftliche Handlungen möglich.
- (c) Die Tatbestände können weder durch Analogie noch durch teleologische Reduktion in ihrem Anwendungsbereich verändert werden.

2. Aufbau des § 4a UWG

Ein Problem bei der Anwendung des § 4a UWG besteht darin, dass das Spürbarkeitskriterium im Normtext an mehreren Stellen erwähnt wird. Deshalb empfiehlt sich folgender Aufbau:

(1) Es muss eine der in Abs. 1 Satz 1 vorgesehenen Formen von aggressiver geschäftlicher Handlung vorliegen. Der in der Norm erwähnte Kanon ist abschließend. Denn die Anwendung des § 4a UWG muss den Art. 8 f. UGP-RL genügen, die eine vollharmonisierende Regelung treffen, von der im deutschen Recht nicht abgewichen werden darf. In Betracht kommen:

aa) Eine **Belästigung** (§ 4a Abs. 1 Satz 2 Nr. 1): Es geht um die Überwindung von Widerstand beim Betroffenen, der eine bestimmte Handlung nicht wünscht. In Abgrenzung zu Nr. 2 geht der Rechtsverletzer eher durch Hartnäckigkeit (vergleichbar § 7 Abs. 2 Nr. 1 UWG) als durch Erzeugung einer Zwangswirkung vor.

bb) **Nötigung**, einschließlich der Anwendung körperlicher Gewalt: Es geht um die

Jürgen Oechsler, Uni Mainz, Skript zum UWG, 2024

Entfaltung einer Zwangswirkung, hinter der der Wille des Betroffenen zurücktritt. Hier kann mit Vorsicht auf die Methode zur Konkretisierung des § 240 StGB zurückgegriffen werden. Der Begriff ist jedoch autonom nach Maßgabe der UGP-RL auszulegen.

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. Dabei geht es um eine **Machtausübung**, die eine informierte Verbraucherentscheidung erheblich erschwert. Vorausgesetzt ist eine Druckausübung auf die Entscheidung nach §§ 3 Abs. 2, 2 Abs. 1 Nr. 11 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 einer konkreten, einmaligen 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**.

(aa) 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. 11 UWG **einwirken** kann.

(bb) Dabei ist gedanklich zwischen der **Machtausübung** und ihrer **Spürbarkeit** (Erheblichkeit) ihrer Ausübung zu unterscheiden.

(2) Die aggressive geschäftliche Handlung muss aufgrund einer **Gesamtbetrachtung anhand der Kriterien des Abs. 2** verboten sein. Entsprechend dem Schutzzweck des § 4a UWG zielt die Gesamtbetrachtung auf den Schutz der informierten Verbraucherentscheidung nach §§ 3 Abs. 2, 2 Nr. 11 UWG.

3) Erheblichkeit/Spürbarkeit

Das Erfordernis ist – wie bereits ausgeführt – an mehreren Stellen im Normtext (§ 4a Abs. 1 Satz 1, Satz 2 und Satz 3 UWG) erwähnt. Wie stets geht es um die Wahrung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes nach Erwägungsgrund 6 Satz 2 der UGP-RL. Als Marktordnungsrecht (vgl. auch § 1 Abs. 1 Satz 2 UWG) ist das UWG ferner nur dort berufen, wo ein Effekt auf dem Markt überhaupt spürbar ist. Hinzu tritt ein Schutz der Wettbewerbsfreiheit, die gefährdet wird, wenn auch kleinere Verstöße gegen das UWG ohne nennenswerte Auswirkungen
Jürgen Oechsler, Uni Mainz, Skript zum UWG, 2024

verfolgt werden. Konkret stellt sich die Frage, wie intensiv die aggressive geschäftliche Handlung in die informierte Verbraucherentscheidung nach §§ 3 Abs. 2, 2 Abs. 1 Nr. 11 UWG eingreift und inwieweit der Schutz der Freiheit des Wettbewerbs dazu zwingt, eine geringfügige Irritation in diese Richtung hinzunehmen.

Fälle aggressiver Werbung sind in der Praxis vergleichsweise selten. Ein aktuelles Beispiel liefert

OLG Frankfurt – Corona-Reisegutschein

(OLG Frankfurt a. M., 15.9.2022 – 6 U 191/21 – Corona-Reisegutschein) Als pandemiebedingt die von R gebuchte Reise nicht stattfinden kann, schreibt ihm der Veranstalter, dass er ihm eine Umbuchungsmöglichkeit anbieten werde, bittet R jedoch, wegen der zurzeit bestehenden Überlastung bis dahin von einer Kontaktaufnahme abzusehen.

Das OLG erkennt darin noch keine unzulässige Beeinflussung, da es an der Ausnutzung einer situativen Machtposition fehle. V verursacht durch die Bitte, keinen Kontakt aufzunehmen, keinen Druck, der den Verbraucher von einer informierten Verbraucherentscheidung nach §§ 3 Abs. 2, 2 Abs. 1 Nr. 11 UWG abhalten kann. Vielmehr kann ein durchschnittlicher Verbraucher in der Position des V weiterhin seine Interesse an einer Umbuchung oder Rückerstattung gegeneinander abwägen. V drängt ihn nicht dazu, die Umbuchungsmöglichkeit wahrzunehmen.

Übungsfall Regenwaldprojekt

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

K, eine konkurrierende Brauerei, stört sich an dieser Kampagne und hat beim Landgericht, das für den 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

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). Fraglich ist, ob alternativ dazu gemäß § 14 Abs. 2 Satz 2 UWG eine örtliche Zuständigkeit am Tatort als Ort der Niederlassung der K in Betracht kommt. Der Tatort kann am Ort der Tathandlung, aber auch am Ort des Erfolgseintritts liegen. Der Erfolg ist hier am Sitzort des K eingetreten. Der Begründung eines Gerichtsstandes dort könnte jedoch § 14 Abs. 2 Satz 3 Nr. 1 UWG entgegenstehen, wenn B den Verstoß im elektronischen Geschäftsverkehr begeht. Ihrem Zweck nach soll die Einschränkung die Begründung einer Vielzahl sog. fliegender Gerichtsstände bei Rechtsverletzungen verhindern, die im Internet begangen werden. Denn dabei kommt regelmäßig

eine Vielzahl von Erfolgssorten in Betracht. Dies will § 14 Abs. 2 Satz 3 Nr. 1 UWG gerade verhindern. Ein Gerichtsstand am Sitz des K kommt daher nicht in Betracht.

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.

b) Fraglich ist jedoch, ob die Werbeaktion des B eine geschäftliche Handlung nach §§ 3 Abs. 1, 2 Abs. 1 Nr. 2 UWG darstellt. Entsprechend Erwägungsgrund 7 Satz 2 der UGP-RL kommt es darauf an, ob der Schwerpunkt der Tätigkeit des B im Warenabsatz oder – darin läge hier die Alternative – in der Grundrechtsausübung liegt. Das umweltpolitische Engagement der B könnte Ausdruck ihrer Meinungsfreiheit nach Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG sein. Erwägungsgrund 7 Satz 2 UGP-RL gebietet jedoch ebenso, dass eine Handlung, deren Schwerpunkt in der Werbung und Vermarktung von Waren liegt, dem Anwendungsbereich des UWG nicht deshalb entzogen werden darf, weil sie daneben auch grund- oder verfassungsrechtlich geschützte Interessen berührt. Denn andernfalls wäre das Wettbewerbsrecht zu leicht zu umgehen. Einer verbleibenden wertsetzenden Bedeutung der Grundrechte und des Verfassungsrechts kann in diesen Fällen stets auch bei der Konkretisierung der Unlauterkeit ausreichend Rechnung getragen werden. Vorliegend zielt die Handlung des B vor allem auf den Absatz seines Bieres. Dabei erregt er Aufmerksamkeit und Nachfragebereitschaft durch das populäre Bemühen um einen Schutz des Regenwaldes. Diese Maßnahme erscheint folglich als Mittel, zur Verfolgung des Absatzzwecks und stellt nicht Schwerpunkt der Tätigkeit des B dar. Eine geschäftliche Handlung liegt demnach vor.

3. Voraussetzungen des § 4a UWG

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

Unlauter iSd. § 8 Abs. Satz 1, 3 Abs. 1 UWG handelt B jedoch nur, wenn er eine verbotene aggressive geschäftliche Handlung iSd. § 4a Abs. 1 Satz 1 UWG vorgenommen hat.

aa) Als verbotene Handlungsform kommt vorliegend eine unzulässige Beeinflussung nach § 4a Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 UWG in Betracht. Dies setzt die Ausnutzung einer Machtposition gegenüber dem Verbrauchern voraus. Fraglich ist bereits, ob B vorliegend eine solche Machtposition einnahm. Diese könnte sich durch den Appell an das umweltpolitische Gewissen der Verbraucher ergeben. Fraglich ist, ob die Fähigkeit des B, einschlägige Skrupel bzw. Wertvorstellungen der Verbraucher zu aktivieren, dieser Anforderung genügt.

Der Wortlaut des § 4a Abs. 1 Satz 3 UWG legt es nahe, dass es für die unzulässige Beeinflussung nicht zwingend auf die Anwendung oder Androhung von körperlicher Gewalt ankommt. Dafür spricht auch ein Umkehrschluss aus § 4a Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 UWG. Maßgeblich erscheint vor allem der Zweck des § 4a UWG, die informierte Verbraucherentscheidung nach §§ 3 Abs. 2, 2 Nr. 11 UWG vor unsachlicher Beeinflussung zu schützen. Auf dem Markt kann sich das ökonomische effizienteste Angebot wiederum nur dann durchsetzen, wenn der Verbraucher eine rationale Nachfrageentscheidung auf der Grundlage möglichst umfassender Informationen treffen kann. Bei der in § 4a Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 und Satz 3 UWG vorausgesetzten Machtposition muss es sich daher um eine Position der Überlegenheit handeln, aus der heraus dieser Prozess einseitig zu Lasten eines effizienten Wettbewerbs beeinflusst werden kann. Trennt man die Frage der Einflussnahme, systematisch von der nach der Spürbarkeit, liegt eine unzulässige Beeinflussung nicht fern. Denn umweltpolitische Anliegen genießen in der tagespolitischen Debatte einen hohen Stellenwert. Durch den Appell an das umweltpolitische Gewissen der Verbraucher kann B daher die Entscheidung der Verbraucher potenziell in eine andere Richtung lenken.

Hinweis: Bereits hier ist ein anderes Ergebnis vertretbar.

b) Unlauterkeit

Fraglich ist jedoch, ob die von der aggressiven geschäftlichen Handlung ausgehende Druckausübung auch unlauter ist. Die Unlauterkeit ist dabei auf der Grundlage einer Gesamtbetrachtung nach § 4a Abs. 2 UWG festzustellen.

Der Vergleich mit den Regelbeispielen der Nr. 2 und Nr. 3 spricht zunächst gegen eine unlautere 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 an ein unlauteres aggressives Verhalten entsprechen dem in Erwägungsgrund 6 Satz 2 UGP-Richtlinie zum Ausdruck kommenden Verhältnismäßigkeitsprinzip, das einer einseitiger Verwirklichung des Verbraucherschutzes zu

Jürgen Oechsler, Uni Mainz, Skript zum UWG, 2024

Lasten der Wettbewerbsfreiheit entgegensteht. Dies spricht bereits gegen eine verbotene aggressive geschäftliche Handlung. In jedem Fall dürfte dieser jedoch die im Gesetz vorausgesetzte spürbare Wirkung auf das Marktgeschehen fehlen.

c) Spürbarkeit

Das Merkmal der Spürbarkeit ist in allen drei Sätzen des § 4a Abs. 1 UWG als Tatbestandsvoraussetzung vorausgesetzt. Es hat eine doppelte Funktion: Einerseits setzt der Zweck des UWG als Marktordnungsrecht gem. § 1 Abs. 1 Satz 2 UWG voraus, dass eine verbotene Verhaltensweise auch auf dem Markt spürbar wird. Andererseits gebietet der in Erwägungsgrund 6 Satz 2 UGP-RL vorausgesetzte Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, zum Schutz der Wettbewerbsfreiheit den Anwendungsbereich des Wettbewerbsrechts auf Wettbewerbsverstöße von Gewicht zu einschränken. Wendet man diese Kriterien auf den Fall an, kommt eine spürbare Marktauswirkung eher nicht in Betracht. Zwar mag der Adressatenkreis der von B ausgegebenen Werbung für umweltpolitische Themen motiviert sein. Doch wird dieser Effekt wesentlich durch den Umstand abgeschwächt, dass die Nachfrage nach Bier in den großen Warenhäusern und Supermärkten weitgehend anonym und ohne konkreten Appell an das Umweltbewusstsein erfolgt. Auch sind für den durchschnittlichen Verbraucher iSd. § 3 Abs. 4 Satz 1 UWG die von B verfolgten absatzpolitischen Ziele zu gut durchschaubar, 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. 11 UWG über die zentralen Merkmale des Angebots von K (Preis, Warenqualität usw.) geht. Der B anzulastenden aggressiven Handlung fehlt daher in jedem Fall die spürbare Wirkung auf dem Markt.

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 Kunden werben Kunden

(Hinweis: Es handelt sich um eine Zusatzfrage aus einer Originalschwerpunktklausur)

Die Stadt A hat ein neues Thermalbad errichtet und beabsichtigt, dessen Besuch unter anderem durch Laienwerber zu 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 den Erlass einer einstweiligen Verfügung nach §§ 935, 940 ZPO abwenden kann.

A. Zulässigkeit eines Antrags

Fraglich ist zunächst, ob ein möglicher gegen A gerichteter Antrag zulässig wäre.

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. Geht ein Aktivlegitimierter nach § 8 Abs. 3 Nr. 1 UWG vor, kommt auch ein Gerichtsstand am Erfolgort der unerlaubten Handlung nach § 14 Abs. 2 Satz 2 UWG in Betracht.

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 von A 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

Die Aktivlegitimation des Antragstellers nach § 8 Abs. 3 UWG vorausgesetzt, stellt sich die Frage, ob ein Anspruch aus §§ 8 Abs. 1 Satz 1, 3 Abs. 1, 4a UWG besteht.

1. Dieser setzt zunächst eine **geschäftliche Handlung iSd. § 2 Abs. 1 Nr. 2 UWG** voraus. Fraglich ist jedoch, ob A als Unternehmer iSd. § 2 Abs. 1 Nr. 8 UWG eine Förderung des Absatzes gerichtete Handlung vornimmt. Zweifel könnten daraus resultieren, dass A als öffentlich-rechtliche Gebietskörperschaft verfasst ist und dabei Dienstleistungen eines kommunalen Betriebs vermarktet.
Jürgen Oechsler, Uni Mainz, Skript zum UWG, 2024

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. Daher ist geschäftliches Handeln nach der Rechtsprechung des BGH nur sicher auszuschließen, wenn der Träger aufgrund einer speziellen Ermächtigungsgrundlage tätig wird (vgl. oben S. 27). Dies ist vorliegend nicht der Fall. Danach kommt es auf eine Gesamtbetrachtung mit dem Ziel der Klärung der Frage an, ob der Schwerpunkt der Tätigkeit im Bereich der öffentlich-rechtlichen Verwaltung oder im Warenabsatz liegt. Diese Betrachtungsweise legt Erwägungsgrund 7 Satz 2 der UGP-RL nahe, der für die Anwendbarkeit des UWG auf den Schwerpunkt der jeweiligen Tätigkeit abstellt. Vorliegend nimmt A danach keine hoheitliche Tätigkeit wahr, sondern vertreibt wie ein privater Träger seine Dienstleistungen im Bäderbereich. Dann muss für ihn auch das UWG genauso wie für seine privatrechtlich verfassten Konkurrenten gelten. Eine geschäftliche Handlung liegt danach vor.

II. § 4a UWG

1. Aggressive geschäftliche Handlung

Fraglich ist, ob A eine aggressive geschäftliche Handlung iSd. § 4a Abs. 1 Satz 1 UWG plant. In Betracht kommt 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. In der Sache geht es darum zu verhindern, dass ein Verbraucher die ihm vorliegenden Informationen rational verarbeiten kann und dass er eine informierte Verbraucherentscheidung nach §§ 3 Abs. 2, 2 Abs. 1 Nr. 11 UWG trifft. Das UWG zielt jedoch 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 durch die Mindestabnahmemenge 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 Jürgen Oechsler, Uni Mainz, Skript zum UWG, 2024

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 kann sich deshalb die Unlauterkeit daraus ergeben, dass A neue Kunden nicht dadurch gewinnt, dass diese sich aufgrund einer informierten Verbraucherentscheidung nach §§ 3 Abs. 2, 2 Abs. 1 Nr. 11 UWG für das Angebot der A entscheiden, sondern weil die Laienwerber der A den Kunden gegenüber Gefühle persönlicher Verbundenheit, Schamgefühle, nein zu sagen bzw. den schlichten Wunsch der Kunden ausnutzen werden, dem Laienwerber einen Vorteil zukommen zu lassen (vgl. dazu BGH a.a.O. Rn. 19). Damit würde die gesetzliche Regelung, die dem effizientesten Angebot zum Markterfolg verhelfen will, ihre Wirkung verfehlen.

bb) Unlauterkeit nach § 4a Abs. 2 UWG

Fraglich ist jedoch, ob die Druckausübung auch unlauter ist. Dies ergibt sich im Wege einer Gesamtbetrachtung auf der Grundlage der Regelbeispiele des § 4a Abs. 2 UWG. Das Gesetz setzt für ein unlauteres Verhalten Umstände von einiger Schwere (vgl. § 4a Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 UWG) bzw. sogar eine Zwangslage (§ 4a Abs. 2 Satz 2 UWG) voraus. Dies entspricht Art. 9 lit. c UGP-RL (RL 2005/29/EG), der wegen seiner vollharmonisierenden Wirkung (Artt. 3 Abs. 4, 4 UGP-RL) als Auslegungshilfe zu beachten ist. Deshalb kommt unlauteres Verhalten im Rahmen des § 4a Abs. 2 UWG nur in Betracht, wenn auf die Laienwerber ein besonders großer Druck ausgeübt wird, den sie an Freunde, Verwandten und Bekannten weitergeben.

cc) Spürbarkeit

Fraglich ist, ob dieses Verhalten auch auf dem Markt spürbar wird. Die Spürbarkeit liegt den drei Sätzen des § 4a Abs. 1 UWG zugrunde: Sie ist Voraussetzung des Verbotstatbestandes (Satz 1), als auch Tatbestandsmerkmal des Begriffs der aggressiven geschäftlichen Handlung (Satz 2). § 2 Abs. 1 Nr. 11 UWG stellt klar, dass die unterschiedlichen Wendungen in Satz 1 und 2 einheitlich auf das Spürbarkeitskriterium zielen. In der Sache beruht die Spürbarkeit auf der Überlegung, dass das UWG als Marktordnungsrecht dort keine Anwendung finden kann, wo eine geschäftliche Handlung keinen Einfluss auf das Marktgeschehen hat. Auch folgt das Spürbarkeitskriterium aus dem Verhältnismäßigkeitsprinzip des Erwägungsgrunds 6 Satz 2 der UGP-Richtlinie. In der vorliegenden Konstellation setzt die Spürbarkeit 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 Jürgen Oechsler, Uni Mainz, Skript zum UWG, 2024

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 akquiriert 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. 11 UWG abzuhalten. Dies wiederum entspricht eine erhebliche Beeinträchtigung der Entscheidungsfreiheit iSd. § 4a Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 UWG.

dd) Zwischenergebnis: Eine unlautere aggressive Handlung nach § 4a UWG liegt vor.

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. 30). 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
 Jürgen Oechsler, Uni Mainz, Skript zum UWG, 2024

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

1. Überblick

Irreführende Werbung gefährdet die informierte Verbraucherentscheidung nach §§ 3 Abs. 2, 2 Abs. 1 Nr. 11 UWG in anderer Weise als aggressive Werbung (§ 4a UWG). Während letztere den Verbraucher bei der rationalen Verarbeitung der ihm vorliegenden Informationen stört, verhindert irreführende Werbung, dass der Verbraucher überhaupt an die zutreffenden Informationen gelangt. Auch dadurch wird die Schiedsrichterrolle des Verbrauchers über die Effizienz der miteinander konkurrierenden Angebote zum Nachteil der Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs beeinträchtigt. Das Gesetz regelt irreführende Werbung in den §§ 5 bis 5b UWG. Dabei setzt § 5 UWG den Art. 6 UGP-RL um, der sich auf irreführende Handlungen bezieht, während die §§ 5a f. UWG die irreführende Handlung nach Maßgabe des Art. 7 UGP-RL regeln.

Bei der Anwendung des § 5 UWG ist zu beachten, dass **Nr. 1 bis Nr. 23c der SL** zu § 3 Abs. 3 UWG Sonderfälle der irreführenden Werbung regeln. Diese Normen gehen den §§ 5 bis 5b UWG als Spezialtatbestände vor. Für die Normen der SL gelten folgende Prinzipien (vgl. bereits oben S. 13 ff.):

- (a) Es handelt sich um Per-Se-Verbote, die keine Prüfung der Spürbarkeit voraussetzen.
- (b) Aus ihnen sind begrenzte Umkehrschlüsse auf erlaubte geschäftliche Handlungen möglich.
- (c) Die Tatbestände können weder durch Analogie noch durch teleologische Reduktion in ihrem Anwendungsbereich verändert werden.

2. Prüfung des § 5 UWG

Die Prüfung des § 5 UWG orientiert sich an der folgenden Struktur:

- a) Der Anspruchsgegner muss eine geschäftliche Handlung iSd. § 5 Abs. 1 UWG vornehmen. Damit ist zunächst eine Handlung nach § 2 Abs. 1 Nr. 2 UWG bezeichnet. Diese besteht in Angaben über einen der in **§ 5 Abs. 2 UWG** genannten Gegenstände. Beachten Sie bitte, dass es sich beim Katalog des § 5 Abs. 2 UWG **nicht um Regelbeispiele** handelt. Vielmehr setzt die Norm den vollharmonisierenden Katalog des Art. 6 Abs. 1 UGP-RL um (Hinweis: Die Frage ist umstritten).

Entsprechend der Vollharmonisierung zielenden Zwecksetzung kann der Katalog daher nicht erweitert werden. Andererseits sind die einzelnen Tatbestände des § 5 Abs. 2 UWG so weit gefasst, dass sie sämtliche denkbaren Gegenstände einer irreführenden geschäftlichen Handlung lückenhaft erfassen. Aufmerksamkeit verdient auch, dass der Katalog des Art. 6 UGP-RL etwas anders gestaltet ist als der des § 5 Abs. 2 UWG. Wieder ist der Vollharmonisierungsanspruch der UGP-RL in diesem Zusammenhang zu beachten. Die Tatbestände des § 5 Abs. 2 UWG müssen im Zweifel richtlinienkonform iSd. Art. 6 Abs. 1 UGP-RL ausgelegt werden.

b) Es muss festgestellt werden, wie ein durchschnittlicher Verbraucher **nach § 3 Abs. 4 Satz 1 UWG** die geschäftliche Handlung versteht.

c) Dieses Verständnis des Verbrauchers darf **nicht mit der Wirklichkeit übereinstimmen**, sondern muss auf einer Fehlvorstellung beruhen. Die Irreführung wird dabei in einem eher seltenen Sonderfall nach § 5 Abs. 4 Satz 1 UWG bei einer Werbung vermutet, die mit einer Preisherabsetzung für Ware für eine unangemessen kurze Zeit wirbt

d) **Erheblichkeit (Spürbarkeit) des Irreführungseffekts.** Dieses Erfordernis folgt äußerlich aus dem Tatbestandsmerkmal des § 5 Abs. 1 Satz 1 UWG „geeignet ist, den Verbraucher zu einer geschäftlichen Entscheidung zu veranlassen, die andernfalls nicht getroffen hätte“. Aus dem Wortlaut der Definitionsnorm des § 2 Abs. 1 Nr. 11 UWG ergibt sich, dass diese Formulierung ein Synonym für eine spürbare Beeinflussung darstellt. In der Sache leitet der **BGH** das Spürbarkeitsprinzip jedoch aus dem **Verhältnismäßigkeitsprinzip** von Erwägungsgrund 6 Satz 2 UGP-RL her (BGH, 20.10.2021 – I ZR 17/21 – Identitätsdiebstahl II Rn. 41). Das Spürbarkeitsprinzip ist dabei durch zwei Sachaspekte gerechtfertigt:

- Als Marktordnungsrecht iSd. § 1 Abs. 1 Satz 2 UWG kann das UWG nur Anwendung finden, wo sich die Folgen der irreführenden geschäftlichen Handlung auf dem Markt auch auswirken.
- Zugleich schützt das Spürbarkeitsprinzip die Wettbewerbsfreiheit: Die im Alltagsgeschäft nicht notwendig rechtskundigen Unternehmer sollen in ihrer Betätigung auf dem Markt nicht dadurch eingeschränkt werden, dass auch Fehlverhalten von geringem Gewicht zum Gegenstand eines Rechtsstreits wird. Denn jede Abmahnung und einstweilige Verfügung bindet die Kräfte der betroffenen Unternehmen. Dieser Effekt muss im Verhältnis zum verfolgten Marktordnungszweck stehen!

Vgl. folgende bekannte Beispiele für fehlende Spürbarkeit:

Jürgen Oechsler, Uni Mainz, Skript zum UWG, 2024

BGH Bundesdruckerei

(BGH 29. 3. 2007 - I ZR 122/04 – Bundesdruckerei) K geht gegen die B-GmbH vor, weil diese auf dem Markt als „Bundesdruckerei“ auftritt. Ursprünglich befand sich B zwar im Alleineigentum der Bundesrepublik Deutschland, wurde danach jedoch privatisiert. Die Geschäftsanteile der B hält mittlerweile ein A-Fonds und gerade nicht mehr die Bundesrepublik. B nimmt seitdem Druckaufträge von Privatunternehmen an.

Die Verwendung der Geschäftsbezeichnung „Bundesdruckerei“ beeinflusst die Vorstellungen der durchschnittlichen gewerblichen Kunden (beachte § 3 Abs. 4 Satz 1 zweiter Fall) vor allem im Hinblick auf eine praktisch unbegrenzte Bonität und Insolvenzfestigkeit des Unternehmens (Rn. 27). Diesen Vorstellungen sind jedoch wegen der Verfassung der B als GmbH nicht relevant. Aufgrund der Haftungsbeschränkung des § 13 Abs. 3 GmbHG ist die Bonität der Druckerei ohnehin auf das Garantiekapital der Gesellschaft (Mindestsumme nach § 5 Abs. 1 GmbHG: 25.000 €) beschränkt.

BGH Tageszulassung II

(BGH 13.01.2000 - I ZR 253/97 – Tageszulassung II) B bewirbt ein Fahrzeug mit „Tageszulassung“, obwohl das Kfz für 6 Tage zugelassen war und dann wieder abgemeldet wurde. Das Kfz hatte noch keine Fahrleistung erbracht.

Die irreführender Handlung besteht zunächst darin, dass der durchschnittliche Verbraucher bei einer „Tageszulassung“ von einer Zulassung des Kfz für einen einzigen Tag ausgeht (offen gelassen BGH juris-Rn. 20). Doch wirkt sich diese Vorstellung nicht spürbar auf die geschäftliche Entscheidung der Verbraucher und damit auf den Markt aus. Zwar geht von der Zuschreibung „Tageszulassung“ ein besonderer Kaufanreiz für den durchschnittlichen Verbraucher aus. Denn Tageszulassungen dienen der Absatzsteigerung des Kfz-Händlers (dazu und zum Folgenden BGH juris-Rn. 25): Formal kann der Wagen nicht mehr als Neuwagen eingeordnet werden und wird deshalb in einer für den Verbraucher günstigeren Preiskategorie gehandelt. Der Verbraucher erkennt einen möglichen wirtschaftlichen Vorteil darin, ein wirtschaftlich neuwertiges Fahrzeug zum Preis eines gebrauchten zu erhalten. Der Händler wiederum erhöht auf diese Weise seine Verkaufszahlen und erzielt Verkaufsprämien gegenüber dem Hersteller.

Die Irreführung über die Dauer der Zulassung des Fahrzeugs sieht der BGH jedoch zu Recht nicht als erheblich (spürbar) an, da es dem durchschnittlichen Verbraucher nicht auf diese selbst, sondern auf den Umstand ankommt, dass das Fahrzeug noch nicht benutzt worden ist (BGH juris-Rn. 26). Letzteres war aber der Fall.

In **LG Düsseldorf, 18.2.2015 – 12 O 70/14**, juris-Rn. 31 wird ein Internettarif mit gedrosselter Datenübertragungsgeschwindigkeit durch verkürzende Angaben beworben, wobei die genauen Informationen für den Nutzer erst über einen Link zu erreichen sind. Das LG hält die zugrunde

liegende geschäftliche Handlung zu Recht für erlaubt, weil die Internetnutzer an diese Art der Information gewohnt seien. Dies entspricht im Übrigen der Regelung des § 5a Abs. 3 UWG, wonach eine wesentliche Information (§ 5b UWG) dann nicht unterlassen ist, wenn die Begrenzungen des Mediums eine detaillierte Informierung nur durch Linksetzung usw. zulassen.

Das Erfordernis der Verhältnismäßigkeit kann auch einen sog. „**wohlerworbenen Besitzstand**“ schützen. Ist ein Unternehmen unter einer irreführenden Firma iSd. § 17 HGB seit Jahren erfolgreich auf dem Markt eingeführt, muss die Firma auch dann nicht geändert werden, wenn ihr Gebrauch zu einem Irreführungseffekt iSd. § 5 Abs. 1 UWG führt. Dafür sprechen **zwei Gründe**: Erstens entfaltet der Eigentumsschutz des Firmeninhabers nach Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG mittelbare Drittwirkung, und zweitens hat sich der Verkehr durch die langjährige Firmenführung an das Tätigkeitsfeld bzw. auch die Haftungsverfassung des Unternehmens gewöhnt. In diesem Sinne: BGH GRUR 2012, 1273 – **Stadtwerke Wolfsburg**: Die Werke befanden sich gerade nicht mehr im Mehrheitseigentum der Stadt. Der BGH verneint in dem Fall allerdings einen wohlerworbenen Besitzstand, weil das Unternehmen noch nicht lange genug unter veränderter Eigentümerschaft und Beibehaltung der alten Firma auf dem Markt tätig geworden waren.

2. Werbung mit Nachhaltigkeit

Wegen der großen praktischen Bedeutung nimmt Werbung mit Nachhaltigkeitsthemen (Umweltschutz, Menschenrechte usw.) einen immer größeren Stellenwert ein. Die Anforderungen im Rahmen des § 5 UWG gestalten sich dabei nicht immer einheitlich:

OLG Düsseldorf – Klimaneutrale Marmelade

(OLG Düsseldorf, 6.7.2023 – 20 U 72/22 – Klimaneutrale Marmelade). B bietet die von ihm hergestellte Marmelade wie folgt als „klimaneutrales Produkt“ an.



Den bei der Produktion entstehenden CO₂- Ausstoß hat er durch Kompensationsleistungen, uU. die finanzielle Unterstützung eines Aufforstungsprojekts in Südamerika ausgeglichen. Kann K, ein Verbraucherschutzverband iSd. § 8 Abs. 3 Nr. 3 UWG, von B Unterlassung verlangen?

Das OLG verneint eine Irreführung iSd. § 5 Abs. 2 Nr. 1 UWG, weil ein durchschnittlicher Verbraucher iSd. § 3 Abs. 4 Satz 1 UWG wisse, dass Klimaneutralität nicht allein durch einen ausgeglichenen CO₂-Verbrauch bei der Produktion hergestellt werden könne, sondern auch durch Kompensationsleistungen. Dies folge daraus, dass Waren als klimaneutral beworben würden, die schon denklings nicht emissionsfrei hergestellt werden könnten (Rn. 18). **Anders** entscheidet das OLG Frankfurt in einem ähnlichen Fall bei der Anwendung des § 5a UWG (OLG Frankfurt a. M., 10.11.2022 – 6 U 104/22 – Klimaneutral). Maßgeblich sei die Sensibilität des Publikums für die Umweltthematik. Danach versteht der Verbraucher unter dem Begriff „klimaneutral“ eine ausgeglichene Emissionsbilanz bei der Herstellung des Produkts, während der Zertifikatehandel und andere Kompensationsmöglichkeiten im Einzelfall den Verdacht des sog. „**Greenwashing**“ entstehen lassen können. Eine eigentlich nicht nachhaltige Produktionsweise wird nachträglich als solche bemängelt.

Stellungnahme: Für die Betrachtungsweise des OLG Frankfurt spricht, dass der Hersteller in Fällen wie dem vorliegenden Fall vor allem mit seiner Eigenschaft als Sponsor des Aufforstungsprojekts in Südamerika wirbt. Dies erinnert an den Fall „Crombacher Regenwaldprojekt“ (S. 78). Diese Tätigkeit kann er problemlos als solche kenntlich machen. Dass er darüber hinaus mit der Klimaneutralität des Produkts wirbt, ist zur Herausstellung der Sponsorenstellung nicht erforderlich und bedeutet einen spürbaren Irreführungseffekt. Denn die Verbraucher können keine informierte Entscheidung darüber treffen, ob sie einem Produkt deshalb den Vorzug geben, weil es in nachhaltiger Weise produziert ist oder weil der bei seiner Produktion anfallende Schadstoffausstoß durch Kompensationsleistungen ausgeglichen wurde. Hinzu tritt eine weitere Überlegung: Würden die von B erbrachte Kompensationsleistungen ungeschmälert berücksichtigt, könnte dieser veraltete Anlagen mit einem überdurchschnittlich hohen Schadstoffausstoß betreiben und sich vergleichsweise günstig mit der Beteiligung am Aufforstungsprojekt in Südamerika freikaufen. In diesem Sinne entscheidet das OLG Bremen, 23.12.2022 – 2 U 103/22 – **nachhaltiger Kräutertee**: Wenn ein Kräutertee als „nachhaltig“ beworben wird, muss der Werbetreibende herausstellen, **auf welchen Eigenschaften des Tees** diese Eigenschaft beruht. Nur so kann der Verbraucher eine informierte Entscheidung treffen. Fehlt es an einer solchen Konkretisierung, ist die Werbung irreführend iSd. § 5 Abs. 2 Nr. 1 UWG. Diese Betrachtungsweise entspricht schließlich dem Entwurf einer sog. **Green-Claims-Richtlinie** der Europäischen Kommission (COM(2023) 166 final), den das Europäische Parlament am 17.1.2024 zugestimmt hat (Umsetzungsfrist in deutsches Recht: 2 Jahre). Nach Art. 3 des Entwurfs muss die Zuschreibung von Umwelteigenschaften bei einem Produkt im Detail begründet werden.

3. Spezialgesetzliche Irreführungsverbote

In einer Reihe von Lebensbereichen verbieten Spezialgesetze, die auf das Europarecht zurückgehen, den Unternehmen Äußerungen, weil deren Irreführungseffekt bestimmter Aussagen unwiderleglich vermutet wird:

- a) Wird dennoch eine Behauptung entgegen einer solchen gesetzlichen Regelung aufgestellt, prüfen die Gerichte meist nicht § 5 UWG in Verbindung mit dieser Regelung, was theoretisch möglich wäre. Vielmehr wenden sie § 3a UWG (Vorsprung durch Rechtsbruch) an und prüfen das Spezialgesetz als Marktverhaltensregel.
- b) Die **Spürbarkeit** des Irreführungseffekts wird nicht in diesen Fällen nicht geprüft. Denn die Irreführungsgefahr wird in diesen Normen regelmäßig unwiderleglich vermutet.

Das wichtigste Beispiel in diesem Zusammenhang stellt die Heilmittelwerbung dar. Beachte

§ 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, ...

Die Norm wird – wie gerade erwähnt – idR. iVm. § 3a UWG geprüft und führt folglich zu einem Anspruch aus §§ 8 Abs. 1 Satz 1, 3, 3a UWG iVm. § 3 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 HWG. Zugrunde liegt eine Öffnung UGP-RL in Art. 3 Abs. 3 für Regelungen im **Bereich der Gesundheitsaspekte**. Deshalb kann das Irreführungsgebot der UGP-RL um Sondertatbestände der irreführenden Heil- und Lebensmittelwerbung ergänzt werden.

Auch bei der Heilmittelwerbung geht es darum, dass die geschäftliche Handlung des Herstellers auf das Verständnis eines durchschnittlichen Verbrauchers iSd. § 3 Abs. 4 Satz 1 UWG trifft. **Besonderheiten** ergeben sich im Hinblick auf den Irreführungseffekt, dh. die Abweichung der Verbrauchervorstellung von der Wirklichkeit und im Hinblick auf die Spürbarkeit der Irreführung. Denn eine Irreführung liegt bereits dann vor, wenn die behauptete Heilwirkung des Präparats nicht durch eine **randomisierte, placebokontrollierten Doppelblindstudie** nachgewiesen ist (BGH GRUR 2013, 649 – **Basisinsulin mit Gewichtsvorteil**). Bei der Studie darf also nicht nur das getestete Medikament zum Einsatz kommen, sondern es müssen auch Placebos verabreicht werden. Die Verabreichung von Placebos muss nach dem Zufallsprinzip erfolgen, wobei sowohl die Testperson wie der Durchführende nichts wissen, ob ein Placebo oder das Medikament verabreicht wird.

Die **Spürbarkeit** bzw. die Voraussetzungen des Verhältnismäßigkeitsprinzips liegen bei einem Verstoß gegen § 3 HWG regelmäßig vor und dürfen daher im Einzelfall nicht geprüft werden.

Weitere Beispiele:

OLG Hamburg – „ohne Zucker“

(OLG Hamburg, 12.12.2022 – 3 W 38/22 – „ohne Zucker“) B bewirbt Verpackungen, die getrocknete Ananasstücke beinhalten, mit der Aufschrift „ohne Zucker“, obwohl 100g der Ware ungefähr 57 g Fruchtzucker beinhalten. B beruft sich darauf, dass er den getrockneten Ananasstücken keinen Industriezucker hinzugefügt habe und dass dies von Verbraucherseite auch so verstanden werde.

Das OLG sieht § 3a UWG verletzt, weil B die Vorgaben der sog. **Health-Claims-Verordnung (EG) 1924/2006 (HCVO)** nicht eingehalten wurden. Nach Art. 8 Abs. 1 dürfen nährwertbezogene Angaben nur getätigt werden, wenn sie im Anhang zur VO aufgeführt sind und den in der VO festgelegten Bedingungen entsprechen. „Ohne Zucker“ ist eine nährwertbezogene Angabe nach Art. 2 Abs. 2 Nr. 4 HCVO. Sie ist im Anhang zur Verordnung aufgeführt. Dort findet sich zu „Zuckerfrei“ folgende Vorgabe:

Die Angabe, ein Lebensmittel sei zuckerfrei, sowie jegliche Angabe, die für den Verbraucher voraussichtlich dieselbe Bedeutung hat, ist nur zulässig, wenn das Produkt nicht mehr als 0,5 g Zucker pro 100 g bzw. 100 ml enthält.“

Diese Größenordnung überschreitet die von B angebotene Ware. Zu Recht geht das OLG davon aus, dass es nicht auf die konkrete Irrtumserregung auf Verbraucherseite bzw. auf die Spürbarkeit des Irrtums ankommt. Denn die HCVO regelt allgemeine Verhaltensregeln für die Anpreisung, deren Geltung nicht von den im Einzelfall betroffenen Verständnishorizonten abhängen. Die Spürbarkeit wird daher unwiderleglich vermutet.

Ähnlich liegt folgender Fall:

OLG Karlsruhe Desinfektionshandschaum

(OLG Karlsruhe, 9.11.2022 – 6 U 322/21 – **Desinfektionshandschaum**) K, ein Verein nach § 8 Abs. 3 Nr. 3 UWG, geht gegen B vor, weil dieser den von ihm hergestellten Desinfektionshandschaum mit „sanft zur Haut“ bewirbt.

In Betracht kommt ein Anspruch aus § 8 Abs. 1 Satz 1, 3 Abs. 1, 3a UWG iVm. Art. 72 Abs. 3 Satz 2 **Biozid-VO (EU) Nr. 528/2012**. Beim Desinfektionshandschaum handelt es sich um Biozid (Art. 3 I lit. a Biozid-VO), also ein Mittel um Schadorganismen in anderer Weise als physikalisch oder mechanisch unschädlich zu machen.

Art. 72 Abs. 3 Biozid-VO lautet:

(3) In der Werbung für Biozidprodukte darf das Produkt nicht in einer Art und Weise dargestellt werden, die hinsichtlich der Risiken des Produkts für die Gesundheit von Mensch

oder Tier oder für die Umwelt oder seiner Wirksamkeit irreführend ist. Die Werbung für ein Biozidprodukt darf auf keinen Fall die Angaben ‚Biozidprodukt mit niedrigem Risikopotenzial‘, ‚ungiftig‘, ‚unschädlich‘, ‚natürlich‘, ‚umweltfreundlich‘, ‚tierfreundlich‘ oder ähnliche Hinweise enthalten.“

Aus der Formulierung „auf keinen Fall“ in Art. 73 Abs. 3 Satz 2 Biozid-VO geht hervor, dass es für die Geltung des Verbots nicht auf die Irreführung eines durchschnittlichen Verbrauchers (§ 3 Abs. 4 Satz 1 UWG) im Einzelfall ankommt (so das OLG). Überzeugend erkennt das Gericht jedoch in der Bezeichnung „hautverträglich“ keine ähnliche Bezeichnung iSd. Art. 72 Abs. 3 Satz 2 Biozid-VO; denn die Behauptung greift eine spezifische Produktwirkung auf ein bestimmtes Organ heraus. Informationen dieser Art will die Norm aber nicht verbieten. Eine andere Betrachtungsweise würde dem Zweck von §§ 3 Abs. 2, 2 Abs. 1 Nr. 11 UWG und der zugrunde liegenden UGP-Richtlinie zuwiderlaufen, die eine informierte Verbraucherentscheidung ermöglichen wollen. Der Verbraucher soll seine Nachfrageentscheidung gerade auch von der Hautverträglichkeit abhängig machen. Die Biozid-VO wendet sich hingegen nur gegen die pauschale und generelle Verharmlosung der von diesem Produkttyp ausgehenden Gefahren.

4. Weiteres Fallmaterial zu § 5 Abs. 1 UWG

BGH Basic-Phone-Vertrag

(BGH, 2.2.2023 – III ZR 63/22 – **Basic-Phone-Vertrag**) Verbraucher X schließt einen Mobilfunkvertrag mit dem Verbindungsnetzbetreiber B ab. Bei Vertragsschluss sendet B dem X eine Bestellbestätigung. In dieser gibt er die Mindestlaufzeit des Vertrages gegenüber X entgegen den rechtlichen Rahmenbedingungen zu hoch an. Verbraucherschutzverband K nimmt B für diesen und ähnliche Vorgänge auf Unterlassung in Anspruch. Zu Recht?

Problematisch war, dass B keine Tatsachenbehauptung aufstellte, sondern eine **Rechtsansicht** äußerte. Ein Unternehmen darf jedoch Rechtsansichten im Zusammenhang mit der Verfolgung oder der Verteidigung eigener Rechte aufstellen. Dies gebietet das Recht auf rechtliches Gehör (Art. 103 Abs. 1 GG). Um sich wirksam verteidigen zu können, darf der Betroffene deshalb auch Rechtsansichten äußern, die interessengeleitet und letztlich nicht haltbar sind. Er handelt dann im Zweifel auch zur Wahrung berechtigter Interessen (§ 193 StGB). Eine Haftung nach §§ 8 Abs. 1 Satz 1, 5 Abs. 1 UWG kommt in diesen Fällen nicht in Betracht, da sie den Betroffenen von einer wirksamen Geltendmachung seiner Rechte abhalten könnte (ähnlich BGH Rn. 32). Nimmt ein durchschnittlicher Verbraucher in der Position des Vertragspartners jedoch die Äußerung nicht als eine Rechtsansicht im Rahmen einer rechtlichen Auseinandersetzung wahr, sondern als eine ihn **bindende Feststellung**, kommt wiederum eine irreführende Handlung in Betracht. Dieser Fall ähnelt dem einer von einem Verbraucher begehrten Rechtsauskunft, die das adressierte Unternehmen unrichtig erteilt. In solchen Fällen kommt § 5 UWG in Betracht (BGH Rn. 32). Der BGH konnte

vorliegend nicht abschließend klären, ob insoweit ein irreführendes Verhalten vorlag, hält dies jedoch für möglich (BGH Rn. 33). Vgl. zu dieser Problematik auch OLG Köln, 16.12.2022 – 6 U 111/22).

Beachte noch die Regelung zu **Lockvogelangeboten** nach § 5 Abs. 5 UWG.

Beachten Sie schließlich das Sonderproblem der **Herkunftstäuschung im Rahmen vergleichender Werbung (§ 5 Abs. 3 und Abs. 4 UWG)**. Die Norm konkurriert mit § 4 Nr. 3 lit. c und § 6 Abs. 2 Nr. 3 UWG (dazu S. 151).

5. Das Trennungsprinzip und seine Verletzung

Nach einem allgemeinen Prinzip des Medienrechts müssen redaktionelle Inhalte von Werbung klar unterschieden werden. Die zugrunde liegenden Regelungen (zurzeit § 6 Abs. 1 Nr. 1 TMG und § 22 Satz 1 Medienstaatsvertrag) verfolgen einen doppelten Schutzzweck:

- Sie wollen eine Irreführung der Nutzer über den werblichen Charakter der redaktionell gestalteten Aussagen verhindern.
- Ferner zielen sie auf eine Eindämmung des Einflusses von Finanziers auf die journalistische Berichterstattung.

Diese Regelungen gehen § 5 UWG vor bzw. schränken dessen Anwendungsbereich im Bereich der Influencerwerbung ein (dazu ab S. 126). Hinzu tritt als Sonderregelung **§ 3 Abs. 3 UWG iVm. SL Nr. 11**. Verboten ist danach 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). Wie alle Normen der SL ist Nr. 11 nicht analogiefähig (ab S. 15). Sie kann also nicht in anderen Fallgestaltungen, z.B. **Product Placement** in Kinofilmen, zur Anwendung kommen.

EuGH Grazia Style Nights

(EuGH 2.9.2021 – C-371/20 – **Grazia Style Nights**) Peek & Cloppenburg Düsseldorf veröffentlicht in der Modezeitschrift „Grazia“ einen Artikel über die Veranstaltung einer „Grazia Style Night“, die von P&C D durchgeführt werden soll. Peek & Cloppenburg Hamburg geht dagegen vor, weil es einen Verstoß gegen Nr. 11 SL UGP-RL erkennt.

Auch der EuGH geht von einem Verstoß gegen SL Nr. 11 aus. Die Norm schütze das Vertrauen der Verbraucher in die Neutralität redaktioneller Inhalte (Rn. 29). Deshalb müsse Werbung als solche deutlich gekennzeichnet sein (Rn. 41). Diesem Zweck folgend sei der Begriff „bezahlt“ weit auszulegen (Rn. 42 ff.): Er umfasst danach auch den Werbevorteil, den die Zeitschrift durch die

Aktion von P & C Düsseldorf erzielt.

Entsprechend dieser Zwecksetzung wird man den Tatbestand von Nr. 11 SL so verstehen müssen:

1. Redaktionelle Inhalte sind Inhalte, die typischerweise Gegenstand journalistischer Berichterstattung sind (politische, ökonomische, kulturelle Themen). Entscheidend ist nach § 3 Abs. 4 Satz 1 UWG die Warte des durchschnittlichen Verbrauchers, der diese Abschnitte in der Erwartung liest, journalistisch aufbereitete Informationen zu erhalten und nicht Werbung.

2. Eine Finanzierung durch einen Unternehmer zu Zwecken der Verkaufsförderung kann in jeder Art der geldwerten Unterstützung liegen; es kommt nicht darauf an, dass ein Dritter durch die Zuwendung eine bestimmte Aussage erkauft hat.

3. Dieser Zusammenhang darf sich aus den Umständen **nicht eindeutig ergeben**. Maßgeblich ist abermals der Horizont des durchschnittlichen Verbrauchers nach § 3 Abs. 4 Satz 1 UWG. Dazu zählt auch der **flüchtige Leser**, etwa ein Passant, der am Kiosk schmökert!

III. Irreführung durch Unterlassung nach § 5a UWG

1. Zur Systematik der §§ 5a f. UWG

§§ 5a f. UWG beruhen auf Art. 7 UGP-RL. Das unlautere Verhalten iSd. § 3 Abs. 1 UWG – die Irreführung durch Unterlassen – wird in § 5a Abs. 1 UWG definiert. § 5a Abs. 2 UWG leistet die Abgrenzung zur Täuschung durch aktives Tun. § 5a Abs. 3 UWG trägt den Zwängen der Werbekommunikation Rechnung und § 5a Abs. 4 UWG regelt den praktisch bedeutsamen Fall verschleierte Werbung und trifft Vorgaben zur Influencerwerbung. § 5b UWG regelt die Fälle wesentlicher Informationen, hinsichtlich derer eine wettbewerbsrechtliche Aufklärungspflicht besteht.

2. Abgrenzung gegenüber § 5 UWG

Ein zentrales Anwendungsproblem des § 5a UWG liegt im **systematischen Verhältnis zu § 5 Abs. 1 UWG**, der Irreführung durch aktives Tun. Hier ist die Regelung des § 5a Abs. 2 UWG einschlägig. Grundsätzlich lassen sich zwei Problemgruppen unterscheiden:

1. Fallgruppe: Der Verletzer informiert die Verbraucher **unrichtig**. Diese Konstellation fällt theoretisch sowohl unter § 5 UWG (Irreführung durch aktive Vermittlung eines unrichtigen Gesamteindrucks) als auch unter § 5a UWG (Vorenthalten einer wesentlichen Information).

- Beachten Sie jedoch die Definition des Vorenthaltens nach **§ 5a Abs. 2 Nr. 1 bis 3 UWG**: Auch das Verheimlichen, unklare Bereitstellen oder verspätete Bereitstellen gilt als Vorenthaltung. Liegen diese Voraussetzungen vor, steht § 5a UWG im Mittelpunkt der Klausur. Erwähnen Sie § 5 UWG erst nach der Prüfung des § 5a UWG und halten Sie die Ausführungen knapp.
- Kontrollüberlegung: Läuft der Fall auf die Berücksichtigung der **Kommunikationszwänge nach § 5a Abs. 3 UWG** hinaus, liegt der Schwerpunkt bereits aus diesem Grund meist im möglichen Vorenthalten wesentlicher Informationen. Dies legt einen Schwerpunkt der Klausur bei der Prüfung des § 5a UWG nahe.
- In den **übrigen seltenen Ausnahmefällen** empfiehlt es sich wie im Strafrecht im Zweifel 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.

3. Aufbau des Verstoßes gegen § 5a Abs. 1 UWG

Ich empfehle zur Orientierung folgenden Aufbau:

Die Unlauterkeit iSd. § 3 Abs. 1 UWG ergibt sich aus § 5a Abs. 1 UWG. Diese Norm setzt voraus:

a) Es muss eine wesentliche Information iSd. § 5b UWG betroffen sein.

aa) Fälle von § 5b Abs. 1 UWG

Im Falle des § 5b Abs. 1 UWG werden die dort genannten Informationen nur dann als wesentlich angesehen, wenn der Unternehmer seine Ware so **anbietet**, dass der Verbraucher das Geschäft abschließen kann.

Dabei geht es jedoch nicht um nur um den Fall der Abgabe eines Angebots iSd. § 145 BGB. Es genügt auch eine Invitatio ad offerendum. Dies geht aus Art. 7 Abs. 4 UGP-RL hervor, der eine **Aufforderung zum Kauf** voraussetzt. 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 Erfordernis einer richtlinienkonformen Interpretation auch der Zweck des § 5b Abs. 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 § 5b Abs. 1 UWG.

bb) Sonstige wesentliche Informationen

Zu den wesentlichen Informationen zählen schließlich auch die **Pflichtangaben beim Ranking** von Angeboten nach § 5b Abs. 2 UWG (dazu S. 106).

Wesentlich sind auch die Informationen nach § 5b Abs. 3 UWG darüber, ob und wie ein Anbieter die Authentizität von Kundenbewertungen sicherstellt (dazu S. 108).

b) Vorenthalten iSd. § 5a Abs. 2 UWG

Der Rechtsverletzer muss die wesentliche Information nach § 5b UWG iSd. § 5a Abs. 2 UWG vorenthalten. Dieses Tatbestandsmerkmal wurde bereits auf S. 95 erörtert. Beachten Sie bitte ferner die einleitende Wendung bei § 5a Abs. 2: Unter Berücksichtigung aller Umstände darf die Information nicht an den Adressaten gelangen. Maßgeblich ist der Horizont des durchschnittlichen Verbrauchers nach § 3 Abs. 4 Satz 1 UWG. Auf dessen Fähigkeiten, aus den äußeren Umständen auf eine wesentliche Information zu schließen, darf der Unternehmer jedoch setzen.

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

Das Gesetz berücksichtigt in § 5a Abs. 3 Nr. 1 UWG ferner 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. Vgl. dazu die

BGH LGA tested

(BGH, 21.7.2016 – I ZR 26/15 – **LGA tested**) Händler B wirbt auf seiner Internetseite für das „Curamed Haarentfernungsgerät“ mit der Behauptung „LGA tested“. Der klagende Verbraucherverband wirft B die Verletzung einer wettbewerbsrechtliche Aufklärungspflicht vor. Denn das Zertifikat „LGA tested“ wird vom TÜV Rheinland für Haushaltsgeräte und Kinderspielzeug vergeben, wenn diese eine Betriebssicherheitsprüfung bestanden haben.

Den Verbrauchern wird hier eine wesentliche Information nach § 5b Abs. 1 Nr. 1 UWG vorenthalten. Denn ohne Aufklärung über die Bedeutung von „LGA tested“ geht der durchschnittliche Verbraucher von einer Qualitätsprüfung durch eine unabhängige Organisation aus (Gütesiegel), nicht aber von einem Test auf Betriebssicherheit. Der BGH erkennt jedoch in solchen Fällen die Möglichkeit § 5a Abs. 3 Nr. 2 UWG, dass der Anbieter „LGA tested“ mit einem Link versieht und auf eine Website

Jürgen Oechsler, Uni Mainz, Skript zum UWG, 2024

verweist, auf der dieser erklärt wird. Denn eine solche Erklärung ist wegen der räumlichen Begrenzungen, die die grafische Gestaltung einer Anzeige iSd. § 5a Abs. 3 Nr. 1 UWG mit sich bringt, nicht innerhalb der Werbenachricht selbst möglich. Im Fall hatte der Werbetreibende jedoch keinen Gebrauch von dieser Möglichkeit gemacht.

d) Spürbarkeit

Aus dem Umstand, dass es sich im Falle des § 5b UWG um wesentliche Informationen handelt, folgt, dass deren Vorenthalten im Zweifel auch spürbar iSd. §§ 3 Abs. 2, 2 Nr. 1 Nr. 11 UWG ist. Eine Zwangsläufigkeit besteht allerdings nicht. Denn nur die Tatbestände der Schwarzen Liste iSd. § 3 Abs. 3 UWG stellen Per-se-Verbote dar; für § 5a UWG, der auf Art. 7 Abs. 2 UGP-RL zurückgeht, gilt dies nicht. Regelmäßig muss die Frage der Spürbarkeit daher in der Klausur kurz angesprochen werden und kann jedoch unter Verweis auf die Wesentlichkeit der Information nach § 5b UWG rasch bejaht werden.

4. Fallmaterial

OLG Hamm Einbauküche

(OLG Hamm, 18.8.2022 – 4 U 66/21 – **Einbauküche**) Das Möbelhaus B bietet in einem bebilderten Prospekt, der einem Anzeigenblatt beiliegt, eine Einbauküche für 2.999 € an. K, eine qualifizierte Einrichtung nach §§ 8 Abs. 3 Nr. 2, 8b UWG, erkennt darin eine Irreführung durch Unterlassen, weil die Marke bzw. der Hersteller nicht genannt werde, weshalb der Verbraucher die Küche nicht mit anderen vergleichen und den Preis nicht einordnen könne.

Das OLG folgt dieser Ansicht, da B eine wesentliche Angabe iSd. § 5b Abs. 1 Nr. 1 UWG im Sinne des § 5a Abs. 2 Nr. 1 UWG verheimlicht habe. Wesentlich seien nämlich alle Angaben, die einen Bezug zur informierten Verbraucherentscheidung hätten. Die Küche werde aber durch die Bezeichnung des Herstellers und seiner Modellbaureihen individualisiert. Dies erst ermöglicht es dem Verbraucher, das Produkt zu identifizieren und dessen Preis zu vergleichen. §§ 5a f. UWG zielten nämlich darauf ab, dem Verbraucher im Vorfeld seiner Entscheidung Angaben zur Verfügung zu stellen, die für eine informierte Entscheidung erforderlich sind. Für diese Betrachtungsweise spricht, dass das Möbelhaus die Verbraucher nicht durch ein vermeintlich vorteilhaftes Angebot in seine Räumlichkeiten locken darf, um sie dann für ein anderen Angebot zu gewinnen. Bereits die Entscheidung über den Besuch des Möbelhauses soll der Verbraucher daher informiert treffen. Deshalb beinhaltet der Prospekt ein Angebot iSd. § 5b Abs. 1 UWG, das zur Veröffentlichung der nach § 5b Abs. 1 Nr. 1 UWG erforderlichen Angaben zwingt.

5. Übungsfall zu § 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.

Aufgabenstellung

Unternehmer K verkauft Geräte der Unterhaltungselektronik über das Internet. Am 1. März 2021 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 2021 hatte B auf der Webseite 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. Das LG Mainz will über den Antrag des K ohne mündliche Verhandlung entscheiden. Doch ist eine Schutzschrift des B im Schutzschriftregister hinterlegt. Darin weist B darauf hin, dass am unteren Rand der betreffenden Annonce folgende Zeile in Kleinschrift eingerückt war: „Sind Sie an näheren Informationen zu unseren Angeboten interessiert, senden Sie uns eine E-Mail an info@b-shopping.de. Wir antworten Ihnen gern.“ Ferner weist B in der Schutzschrift darauf hin, dass sein Unternehmen, vergleichbar dem Konkurrenten eBay, ausschließlich als Verkaufs- und Versteigerungsplattform für Drittanbieter allgemein bekannt sei und ein Verbraucher daher nicht auf den Gedanken komme, B selbst sei der Anbieter der Haushaltsgeräte.

Wird der Antrag erfolgreich sein, wenn K ihn auf §§ 5a f. UWG stützt?

Hinweis: Erwägen Sie bitte ein Hilfsgutachten bzw. unterbreiten Sie B einen anderen Vorschlag, wenn der Antrag entweder nicht zulässig oder begründet sein 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) Sachliche Zuständigkeit

Sachlich ist nach § 14 Abs. 1 UWG das Landgericht zuständig.

b) Örtliche Zuständigkeit

Die örtliche Zuständigkeit richtet sich zunächst nach § 14 Abs. 2 Satz 1 UWG iVm. § 17 Abs. 1 ZPO. Danach ist das Gericht am Ort der Sitz des Beklagten zuständig. Dies wäre Düsseldorf. Fraglich ist, ob darüber hinaus gemäß § 14 Abs. 2 Satz 2 UWG auch der Gerichtsstand in Betracht kommt, indem B die Handlung begangen hat. Als Begehungsort kommt sowohl der Ort der letzten Tathandlung als auch der Erfolgsort in Betracht. Der Erfolg einer möglichen Verletzung des UWG kann aber vorliegend am Ort der Niederlassung des K eingetreten sein. Fraglich ist nur, ob dem nicht § 14 Abs. 2 Satz 3 Nr. 1 UWG entgegensteht, weil eine Zuwiderhandlung im elektronischen Geschäftsverkehr in Betracht kommt. B bietet vorliegend seine Ware im Internet an. Fraglich ist, ob es sich dabei um elektronischen Geschäftsverkehr iSd. § 14 Abs. 2 Satz 3 Nr. 1 UWG handelt. Dafür spricht bereits der Normwortlaut, aber auch ein systematisches Argument zu § 13 Abs. 4 Nr. 1 UWG. Maßgeblich erscheint ferner der Normzweck. Durch die Norm will der Gesetzgeber verhindern, dass für Internetunternehmen sog. fliegende Gerichtsstände an einer Vielzahl von Erfolgsorten begründet werden. Bei Internetdelikten handelt es sich um sog. Streudelikte, weil die Folgen der an einem Ort begangenen kommunikativen Handlungen überall dort eintreten können, wo diese wahrgenommen werden. Das Gesetz schützt den Unternehmer in § 14 Abs. 2 Satz 3 Nr. 1 UWG jedoch davor, sich an jedem dieser Orte vor Gericht verantworten zu müssen. Diese Gefahr besteht auch vorliegend, so dass ein elektronischer Geschäftsverkehr iSd. § 14 Abs. 2 Satz 3 Nr. 1 UWG vorliegt.

Zwischenergebnis: Eine örtliche Zuständigkeit des LG Mainz kommt nicht in Betracht. Der Gerichtsstand des § 14 Abs. 2 UWG ist ausschließlich, so dass auch eine Begründung der Zuständigkeit nach § 39 ZPO durch rügeloses Sich-Einlassen nicht in Betracht kommt.

Ein Antrag beim LG Mainz müsste daher als unzulässig zurückgewiesen werden. K ist deshalb zu raten, einen Antrag beim LG Düsseldorf zu stellen. Dieser soll im Wege eines Hilfsgutachtens weiter werden.

Hinweis: Vermeiden Sie einen dramatischen Fanfarenstoß „II. Hilfsgutachten“, sondern machen Sie schlicht einen Vorbehalt und greifen Sie diesen im Gesamtergebnis auf!

2. Prozessführungsbefugnis nach § 8 Abs. 3 Nr. 1 UWG

Eine Prozessführungsbefugnis des K kommt nach § 8 Abs. 3 Nr. 1 UWG in Betracht. Dies ist zwar nicht unproblematisch. Doch legen die Grundsätze des BGH über das Bestehen eines konkreten

Wettbewerbsverhältnisses iSd. § 2 Abs. 1 Nr. 4 UWG in den Fällen des Stufenwettbewerbs die Prozessführungsbefugnis so nahe, dass der Antrag insoweit zulässig erscheint.

3. Verfügungsanspruch

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

4. 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. 1 UWG zusteht.

1. Aktivlegitimation

K müsste als Mitbewerber nach § 8 Abs. 3 Nr. 1 UWG K aktivlegitimiert sein. Problematisch erscheint daran, 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 jedoch nach § 2 Abs. 1 Nr. 4 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. 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. Diese Gefahr besteht nach der Rechtsprechung des BGH jedoch dann nicht, wenn das geschäftliche Verhalten des Beklagten unmittelbare Wechselwirkung im Hinblick auf die Geschäftschancen des Klägers entfaltet. 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. 4 UWG.

Da K 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.

Jürgen Oechsler, Uni Mainz, Skript zum UWG, 2024

2. Geschäftliche Handlung

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

3. Verletzung des § 5a Abs. 1 UWG

Fraglich ist, ob B den Verbrauchern oder sonstigen Marktbeteiligten gem. § 5a Abs. 1 UWG eine wesentliche Information vorenthalten hat.

a) Verschweigen einer wesentlichen Information

B könnte mit der Identität der Drittanbieter eine nach § 5b Abs. 1 Nr. 2 UWG wesentliche Information verschwiegen haben.

aa) Angebot

§ 5b Abs. 1 UWG setzt dabei voraus, 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. § 5b Abs. 1 UWG vorliegt. Dagegen könnte zunächst sprechen, dass B die Leser der MAZ nur zur Abgabe eines Angebots auffordert (Invitatio ad offerendum). Darin läge aber kein Angebot iS. eines Antrags nach § 145 BGB. Ausschlaggebend für das Normverständnis ist jedoch nicht der Wortlaut der deutschen Norm. Im Rahmen einer richtlinienkonformen Auslegung ist zu berücksichtigen, dass Art. 7 Abs. 4 UGP-Richtlinie (Richtlinie 2005/29/EG) lediglich 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 § 5a Abs. 1 UWG ausdrücklich normierte Zweck, dem Verbraucher eine informierte Entscheidung nach §§ 3 Abs. 2, 2 Abs. 1 Nr. 11 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. 11 UWG getroffen werden. Ein Angebot iSd. § 5b Abs. 1 UWG liegt demnach vor.

bb) Vorenthaltene Information

B hat in der Annonce weder die Anschrift der Drittanbieter noch deren Identität iSd. § 5b Abs. 1 Nr. 2 UWG offenbart.

Hinweis: Bereits an dieser Stelle kann geprüft werden, ob B den Voraussetzungen des § 5a Abs. 3 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 § 5b Abs. 1 UWG durch § 5a Abs. 3 UWG 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. 11 UWG beeinträchtigt. In seiner Schutzschrift führt B tatsächliche Gründe für eine entgegengesetzte Betrachtungsweise an.

aa) Berücksichtigung der Schutzschrift

Fraglich ist zunächst, ob das Gericht die Schutzschrift berücksichtigen darf. Dafür spricht neben der Regelung des § 945a ZPO der Anspruch des B auf rechtliches Gehör nach Art. 103 Abs. 1 GG. Durch die Schutzschrift kann ein Unternehmer vorbeugend dem Umstand Rechnung tragen, dass das Gericht über den Antrag auf einstweilige Verfügung gem. § 937 Abs. 2 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 danach, 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. 11 bzw. § 5b Abs. 1 Nr. 2 UWG. In diese geht aber nicht nur die Überlegung ein, ob B Jürgen Oechsler, Uni Mainz, Skript zum UWG, 2024

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 Bereich der Europäischen Union 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. 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. 11 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. 1 Nr. 2 UWG 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. 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. 3 UWG trägt diesem Aspekt dadurch Rechnung, dass bei der Beurteilung der Vorenthaltung wesentlicher Informationen den begrenzten Darstellungsmöglichkeiten innerhalb des verwendeten Kommunikationsmittels Rechnung getragen werden muss (Nr. 1) und es dem Werbetreibenden vorbehalten bleibt, dem Informationsinteresse des Verbrauchers außerhalb dieses Kommunikationsmittels Rechnung zu tragen (Nr. 2).

Fraglich ist, ob B diesen Anforderungen durch den in der Schutzschrift vorgetragenen Verweis auf eine Verbraucheranfrage durch E-Mail an die eigene Unternehmensadresse Rechnung getragen hat. Maßgeblich für das Verständnis des § 5a Abs. 3 UWG erscheint dabei der bereits 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 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. 3 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

Die von B begangene Verletzung des § 5a Abs. 1 UWG spricht für eine Wiederholungsgefahr iSd. § 8 Abs. 1 Satz 1 UWG. Verjährung nach § 11 UWG ist noch nicht eingetreten.

5. Ergebnis

Der Antrag ist, wenn er an das LG Düsseldorf gerichtet ist, zulässig und begründet. Unter dieser Voraussetzung wird er erfolgreich sein.

6. Angaben zum Ranking (§ 5b Abs. 2 UWG)

§ 5b Abs. 2 UWG regelt den Gegenstand wesentlicher Informationen für den Fall, dass ein Unternehmer Verbrauchern die Möglichkeit eröffnet, nach Waren oder Dienstleistungen zu suchen, die von verschiedenen Unternehmern oder von Verbrauchern angeboten werden. Unter diesen Umständen gelten als wesentlich:

1. die Hauptparameter zur Festlegung des Rankings der dem Verbraucher als Ergebnis seiner Suchanfrage präsentierten Waren oder Dienstleistungen sowie
2. die relative Gewichtung der Hauptparameter zur Festlegung des Rankings im Vergleich zu anderen Parametern.

Die Informationen nach Satz 1 müssen von der Anzeige der Suchergebnisse aus unmittelbar und leicht zugänglich sein.

Diese Regeln gelten nach § 5b Abs. 2 Satz 3 UWG allerdings nicht für die typischen Online-Suchmaschinen (Bing, Google, Yahoo). Beachten Sie bitte die **Legaldefinition des Ranking** in § 2 Abs. 1 Nr. 7 UWG sowie die Begründung der Norm durch den Gesetzgeber:

BT-Drucks. 19/27873, S. 36: „Der neue § 5b Absatz 2 setzt Artikel 3 Nummer 4 Buchstabe b der Richtlinie (EU) 2019/2161 um. Das Ranking eines Angebotes in den Ergebnissen einer Online-Suchanfrage **hat regelmäßig erhebliche Auswirkung darauf, ob die Verbraucherinnen und Verbraucher sich überhaupt näher mit dem betreffenden Angebot beschäftigen**. Auch ist es Verbraucherinnen und Verbrauchern nicht möglich, die Bedeutung der Stellung eines Angebots im Ranking zu beurteilen, wenn sie keine Informationen darüber haben, nach welchen Kriterien die Angebote als Ergebnis ihrer Suchanfrage präsentiert werden. Bietet ein Unternehmer daher Verbraucherinnen und Verbrauchern die Möglichkeit, nach Waren oder Dienstleistungen verschiedener Anbieter zu suchen, dürfen ihnen Informationen dazu, **nach welchen Hauptparametern das Ranking der Angebote in den Ergebnissen der Online-Suchanfrage festgelegt wird** und wie deren relative Gewichtung im Vergleich zu anderen Parametern ist, nicht vorenthalten werden. Flankierend zu dieser neuen Transparenzpflicht enthält die neue Nummer 11a des Anhangs zu § 3 Absatz 3 UWG das Verbot verdeckter Werbung in Suchergebnissen. Danach müssen bezahlte Werbung oder spezielle Zahlungen zur Beeinflussung des Rankings bei Suchergebnissen gegenüber Verbraucherinnen und Verbrauchern offengelegt werden. Da der Anwendungsbereich der neuen Transparenzpflicht unabhängig davon eröffnet ist, wo der Abschluss des Rechtsgeschäfts über die angebotenen Waren erfolgt, sind nach Absatz 2 – anders als nach Absatz 1 Nummer 6 – **nicht nur Online-Marktplätze von der Transparenzpflicht erfasst**. Das heißt, die Vorschrift gilt auch für sonstige Vermittlungsdienste wie **Vergleichsplattformen**, unabhängig davon, ob sie den Verbraucherinnen und Verbrauchern auf ihrer Plattform die Möglichkeit zum Vertragsschluss mit dem Anbieter der Waren oder Dienstleistungen bieten. Erforderlich ist aber, dass die

Suche nach Waren und Dienstleistungen verschiedener Anbieter ermöglicht wird. Nicht von der Vorschrift erfasst sind Online-Shops von Unternehmen, die nur ihre eigenen Waren oder Dienstleistungen anbieten. Ebenfalls nicht vom Anwendungsbereich der Vorschrift erfasst sind Betreiber von Online-Suchmaschinen im Sinne des Artikels 2 Nummer 6 der Verordnung (EU) 2019/1150. Hintergrund ist, dass in Artikel 5 Absatz 2 der Verordnung (EU) 2019/1150 bereits eine Pflicht der Betreiber von Online-Suchmaschinen zur öffentlichen Information über die Hauptparameter für die Festlegung des Rankings und deren relativer Gewichtung enthalten ist.

Nach **Erwägungsgrund 22 der Richtlinie (EU) 2019/2161** sind Parameter für das Ranking alle allgemeinen Kriterien, Prozesse und spezifischen Signale, die in Algorithmen eingebunden sind, oder sonstige Anpassungs- oder Rückstufungsmechanismen, die im Zusammenhang mit dem Ranking eingesetzt werden. Ausreichend ist die Bereitstellung einer allgemeinen Beschreibung der wichtigsten Parameter für die Festlegung des Rankings, in der die vom Unternehmer voreingestellten Hauptparameter sowie ihre relative Gewichtung im Verhältnis zu anderen Parametern erläutert werden. Die Beschreibung muss nicht in einer jeweils auf die einzelne Suchanfrage zugeschnittenen Form bereitgestellt werden.

Die Pflicht zur Information über die Hauptparameter zur Festlegung des Rankings gilt unbeschadet der Richtlinie (EU) 2016/943 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 8. Juni 2016 über den Schutz vertraulichen Know-hows und vertraulicher Geschäftsinformationen (**Geschäftsgeheimnisse**) vor rechtswidrigem Erwerb sowie rechtswidriger Nutzung und Offenlegung (ABl. L 157 vom 15.6.2016, S. 1). Die Unternehmer sind nicht verpflichtet, die Funktionsweise ihrer Ranking-Systeme, einschließlich der Algorithmen, im Detail offenzulegen.

Die Informationen müssen von der Anzeige der Suchergebnisse aus unmittelbar und leicht zugänglich sein. Nach Erwägungsgrund 22 der Richtlinie (EU) 2019/2161 sollten diese Informationen knapp gehalten, leicht verständlich und an gut sichtbarer Stelle verfügbar gemacht werden.“

Beachten Sie bitte ferner folgenden Systemzusammenhang: Auch nach **Art. 6 Abs. 11 DMA** (= VO (EU) 2022/1925 vom 14. September 2022 (**Digital Market Act**)) muss der Torwächter den Betreibern konkurrierender Suchmaschinen einen angemessenen und diskriminierungsfreien Zugang zu Informationen über das Ranking gewähren. Dies führt zu **zwei Schlussfolgerungen für § 5b Abs. 2 UWG**:

- Der Umfang der Pflicht des Unternehmens nach § 5a Abs. 3 UWG kann unter dem Gesichtspunkt konkretisiert werden, dass dieses eine Schlüsselstellung für den Zugang zu einem vor- oder nachgelagerten Markt einnimmt und sein Ranking darüber entscheidet, welcher Anbieter dort erfolgreich ist. Anders als Art. 6 Abs. 10 DMA begründet § 5a Abs. 3 UWG keine konkreten Verhaltensgebote im Hinblick auf die Parameter des Ranking, erzeugt aber durch die Pflicht zur Offenlegung der Kriterien präventiven Druck auf die Torwächter, Diskriminierungen zu unterlassen.
- Gegenüber den Unternehmen kann der Betreiber des Rankingsystems uU. ein Entgelt für den Zugang zu den Informationen verlangen. Dies legen Art. 6 Abs. 10 DMA und die Essential-Facility-Doktrin des Kartellrechts (vgl. Kartellrechtsskript) nahe.

7. Kundenrezensionen (§ 5b Abs. 3 UWG, Nr. 23b und 23c SL)

Kundenrezensionen auf Internetverkaufsseiten stellen ein wichtiges Instrument für den Warenvertrieb dar. Sind die Bewertungen authentisch, kann der Nutzer diese seiner informierten Entscheidung nach §§ 3 Abs. 2, 2 Abs. 1 Nr. 11 UWG zugrunde legen. Aus ökonomischer Sicht wirken Kundenrezensionen wie elektronische Mund-zu-Mund-Propaganda (vgl. Bundeskartellamt, Sektoruntersuchung Nutzerbewertungen – Bericht, Oktober 2020; zugänglich unter www.bundeskartellamt.de). Sie werden als Fälle des sog. Erfahrungsmarketing verstanden: Die Rezensenten teilen den Verbrauchern ihre positiven und negativen Erfahrungen mit. Diese erscheinen den Kaufinteressenten häufig realistischer und praxisnäher als die Angaben des Herstellers selbst. Werden die Rezensionen jedoch gefälscht, verkehren sich diese Vorteile in ihr Gegenteil: Die Nutzer werden in die Irre geführt, vertrauen in der Folge Kundenrezensionen nicht mehr. Dies erschwert den Internethändlern den Warenabsatz auf sog. Low-Trust-Märkten, also dort, wo der Händler kein besonderes Vertrauen der Kaufinteressenten genießt. Vgl. dazu **Erwägungsgrund 47 Omnibus-Richtlinie 2019/2161**:

„Verbraucher stützen sich bei ihren Kaufentscheidungen zunehmend auf Bewertungen und Empfehlungen von Verbrauchern. Wenn Gewerbetreibende Verbraucherbewertungen von Produkten zugänglich machen, sollten sie deshalb Verbraucher **darüber informieren, ob Prozesse oder Verfahren angewandt werden, um sicherzustellen, dass die veröffentlichten Bewertungen tatsächlich von Verbrauchern verfasst wurden, die die Produkte tatsächlich verwendet oder erworben haben.** Wenn solche Prozesse oder Verfahren angewandt werden, sollten Gewerbetreibende Informationen darüber bereitstellen, **wie die entsprechenden Prüfungen ablaufen,** und den Verbrauchern eindeutige Informationen darüber zur Verfügung stellen, wie mit Bewertungen umgegangen wird, etwa ob alle Bewertungen — positive wie negative — veröffentlicht werden oder ob diese Bewertungen im Wege eines Vertragsverhältnisses mit einem Gewerbetreibenden gesponsert oder beeinflusst wurden. Zudem sollte es deshalb als **unlautere Geschäftspraktik zur Irreführung der Verbraucher angesehen werden, wenn behauptet wird, dass Bewertungen eines Produkts von Verbrauchern stammen, die das Produkt tatsächlich verwendet oder erworben haben, ohne dass zumutbare und angemessene Schritte unternommen wurden, um sicherzustellen, dass die Bewertungen wirklich von solchen Verbrauchern stammen.** Solche Schritte wären etwa technische Mittel zur Überprüfung der Glaubwürdigkeit einer Person, die eine Bewertung veröffentlicht, beispielsweise indem die Informationen zur Überprüfung, ob ein Verbraucher das Produkt tatsächlich verwendet oder erworben hat, angefordert wird.“

Die Omnibus-Richtlinie (EU) 2019/2161 will deshalb dem Missstand gefälschter Kundenbewertungen vorbeugen. Auf sie gehen eine Reihe von Regelungen zurück, die im Folgenden vorgestellt werden. Es handelt sich um

- Das Normenpaar § 5b Abs. 3 UWG und Nr. 23b SL
- Hinzu tritt eine eigene Regelung für die Fälschung von Kundenrezensionen nach Nr. 23c SL

Nach § 5b Abs. 3 UWG zählt zu den wesentlichen Informationen iSd. § 5a Abs. 1 UWG zunächst die Angabe, ob und wie der Unternehmer sicherstellt, dass die von ihm veröffentlichten Bewertungen von solchen Verbrauchern stammen, die die Waren oder Dienstleistungen tatsächlich genutzt oder erworben haben. Das „Ob“ im Wortlaut der Norm zeigt zunächst, dass der Unternehmer keine Maßnahmen treffen muss, um die Authentizität der Informationen sicherzustellen. Entscheidet er sich daher gegen eine einschlägige Überprüfung der von ihm veröffentlichten Informationen, muss er dies jedoch wahrheitsgemäß mitteilen. Denn andernfalls greift **Nr. 23b SL**. Nach dieser Norm ist es nämlich per se unzulässig, die Behauptung aufzustellen, dass Bewertungen einer Ware oder Dienstleistung von solchen Verbrauchern stammen, die diese Ware oder Dienstleistung tatsächlich erworben oder genutzt haben, ohne dass angemessene und verhältnismäßige Maßnahmen zur Überprüfung des Umstandes ergriffen wurden, ob die Bewertungen tatsächlich von solchen Verbrauchern stammen.

Dies stellt den Betreiber einer Plattform vor die Wahl:

- Überprüft er die Authentizität der von ihm veröffentlichten Kundenrezensionen nicht und erklärt dies, kann der durchschnittliche Verbraucher nach § 3 Abs. 4 Satz 1 UWG erkennen, dass den Kundenbewertungen im Einzelfall nicht zu trauen ist, da sie von interessierter Seiten stammen können oder möglicherweise auch auf Schädigungsabsicht beruhen.
- Überprüft er die Authentizität der veröffentlichten Kundenrezensionen nicht, behauptet aber das Gegenteil, kann er in einem Gerichtsverfahren auf der Grundlage des §§ 8 Abs. 1 Satz 1, 3 Abs. 3 iVm. 23b SL dazu gezwungen werden, diesen Umstand aufzudecken.
- Der Unternehmer kann die Authentizität dadurch überprüfen, dass er nur Käufern des Produkts das Recht einräumt, dieses durch eine auf seiner Seite veröffentlichte Rezension zu bewerten.

Vgl. dazu die Begründung des Regierungsentwurfs:

BT-Drucks. 19/27873, S. 36: „Der neue § 5b Absatz 3 UWG-E setzt Artikel 3 Nummer 4 Buchstabe c der Richtlinie (EU) 2019/2161 um. Die **Bewertungen und Empfehlungen anderer Verbraucherinnen und Verbraucher stellen eine zunehmend wichtige Informationsquelle für die Kaufentscheidung dar**. Verbraucherinnen und Verbraucher erwarten dabei zu Recht, //37//dass solche Bewertungen auch tatsächlich von anderen Verbraucherinnen und Verbrauchern stammen. Nach der Neuregelung gehören deshalb nunmehr auch Informationen darüber, ob und wie der Unternehmer sicherstellt, dass die veröffentlichten Bewertungen von Verbraucherinnen oder Verbrauchern stammen, die die Waren tatsächlich genutzt oder erworben haben, zu den wesentlichen Informationen, die Verbraucherinnen und Verbrauchern vor einer geschäftlichen Entscheidung nicht vorenthalten werden dürfen. Der Anwendungsbereich der Vorschrift erfasst dabei **nur solche Unternehmer, die selbst Verbraucherbewertungen zugänglich machen**. Verweist der Unternehmer lediglich über einen Link auf Verbraucherbewertungen, die von Dritten über die von ihm angebotene Ware oder Dienstleistung veröffentlicht worden sind, besteht die Pflicht nicht. Der Unternehmer muss darüber informieren, ob er vor Veröffentlichung der Verbraucherbewertungen **Maßnahmen zur Überprüfung ihrer Echtheit trifft**. Ergreift er **gar keine Maßnahmen**, muss er auch über diesen Umstand informieren. Wenn der Unternehmer

Jürgen Oechsler, Uni Mainz, Skript zum UWG, 2024

entsprechende Maßnahmen ergreift, muss er Informationen darüber bereitstellen, welche Prozesse und Verfahren er zur Prüfung der Echtheit der Verbraucherbewertungen ergreift. Beispielsweise kann der Unternehmer nur solche Bewertungen von Verbraucherinnen oder Verbrauchern zulassen, die die betreffenden Waren oder Dienstleistungen auch über seine Plattform erworben haben. Bereitgestellt werden müssen auch eindeutige Informationen dazu, wie mit Bewertungen im Rahmen dieses Prüfprozesses umgegangen wird, etwa nach welchen Kriterien Bewertungen aussortiert werden und ob alle Bewertungen — positive wie negative — veröffentlicht werden.

Ergänzt wird die neue Transparenzpflicht durch das in **Nummer 23b** des Anhangs zu § 3 Absatz 3 UWG enthaltene Verbot der Behauptung, dass Bewertungen einer Ware oder Dienstleistung von solchen Verbraucherinnen oder Verbrauchern stammen, die diese Ware oder Dienstleistung tatsächlich genutzt oder erworben haben, ohne dass der Unternehmer durch angemessene und verhältnismäßige Maßnahmen überprüft hat, ob dies tatsächlich der Fall ist. Stets unlauter ist nach der neuen Nummer 23c des Anhangs zu § 3 Absatz 3 UWG zudem die Übermittlung oder Beauftragung gefälschter Bewertungen oder Empfehlungen von Verbraucherinnen oder Verbrauchern sowie die falsche Darstellung von Bewertungen oder Empfehlungen von Verbraucherinnen oder Verbrauchern in sozialen Medien zu Zwecken der Verkaufsförderung.“

Vgl. schließlich den Gesetzgeber zur ergänzenden **Nr. 23b SL**

(BT-Drucks. 19/27873, S. 44) „Nach der neuen Nummer 23b ist ebenfalls stets unlauter die Behauptung, dass Bewertungen einer Ware oder Dienstleistung von solchen Verbraucherinnen und Verbrauchern stammen, die diese Ware oder Dienstleistung genutzt oder erworben haben, ohne dass der Unternehmer durch angemessene und verhältnismäßige Maßnahmen überprüft hat, ob dies auch tatsächlich der Fall ist. Die Vorschrift setzt Artikel 3 Nummer 7 Buchstabe b der //45//Richtlinie (EU) 2019/2161 um. Unlauter ist lediglich die Behauptung ohne entsprechende Überprüfung. Unterlässt der Unternehmer eine entsprechende Behauptung, besteht auch keine Pflicht zur Überprüfung von Verbraucherbewertungen. Als angemessene und verhältnismäßige Maßnahmen zur Überprüfung werden in Erwägungsgrund 47 der Richtlinie (EU) 2019/2161 technische Mittel genannt, die die Glaubwürdigkeit der die Bewertung veröffentlichende Person überprüfen, beispielsweise indem Informationen darüber angefordert werden, ob eine Verbraucherin oder ein Verbraucher die Ware oder Dienstleistung tatsächlich verwendet oder erworben hat. Der neue Verbotstatbestand flankiert § 5b Absatz 3 UWG-E, wonach Unternehmer, die Bewertungen von Verbraucherinnen oder Verbrauchern zugänglich machen, darüber informieren müssen, ob und wie sie sicherstellen, dass die veröffentlichten Bewertungen von Verbraucherinnen oder Verbrauchern stammen, die die Waren oder Dienstleistungen tatsächlich genutzt oder erworben haben.“

Den aus dem Normenpaar § 5b Abs. 3 UWG und Nr. 23b SL hervorgehenden Schutz ergänzt Nr. **23c SL**. Danach greift ein Per-Se-Verbot für die die **Übermittlung oder Beauftragung gefälschter Bewertungen oder Empfehlungen von Verbrauchern** sowie die falsche Darstellung von Bewertungen oder Empfehlungen von Verbrauchern in sozialen Medien zu Zwecken der Verkaufsförderung.

Die Norm betrifft das Erstellen bzw. die Beauftragung von. sog. Fake-Reviews. Vgl. dazu zunächst den Gesetzgeber:

BT-Drucks. 19/27873, S. 45: „Nach der neuen Nummer 23c ist stets unlauter die Übermittlung oder Beauftragung gefälschter Bewertungen oder Empfehlungen von Verbraucherinnen oder Verbrauchern sowie die falsche Darstellung von Bewertungen oder Empfehlungen von Verbraucherinnen oder Verbrauchern in sozialen Medien zu Zwecken der Verkaufsförderung. Hiermit wird Artikel 3 Nummer 7 Buchstabe b der Richtlinie (EU) 2019/2161 umgesetzt.

Jürgen Oechsler, Uni Mainz, Skript zum UWG, 2024

Empfehlungen von Verbraucherinnen und Verbrauchern erfassen nach Erwägungsgrund 49 der Richtlinie (EU) 2019/2161 auch „likes“ in sozialen Medien. Eine falsche Darstellung von Bewertungen oder Empfehlungen von Verbraucherinnen oder Verbrauchern liegt vor, wenn selektiv nur positive Bewertungen veröffentlicht, negative hingegen gelöscht werden. Zudem nennt Erwägungsgrund 49 der Richtlinie (EU) 2019/2161 das weitere Beispiel der Extrapolation von Empfehlungen. Eine solche liegt vor, wenn die positive Interaktion einer Nutzerin oder eines Nutzers mit einem bestimmten Online-Inhalt mit einem anderen – wenn auch in Zusammenhang stehenden – Inhalt verknüpft oder auf diesen übertragen wird, und so der Anschein erweckt wird, die Nutzerin oder der Nutzer befürworte auch den anderen Inhalt.“

Das Verbot der verschleierte Werbung nach § 5a Abs. 4 UWG tritt regelmäßig hinter der Spezialnorm von Nr. 23c SL zurück!

Übungsfall zu gefälschten Kundere Rezensionen

(Hinweis: Es handelt sich um eine Originalklausur aus dem Mainzer Schwerpunktexamen, die an die neue Rechtslage angepasst worden ist)

Hauptfrage: Das Unternehmen K strebt den Erlass einer einstweiligen Verfügung gegen Unternehmer B vor folgendem Hintergrund an: K vertreibt als Internethändler Konsumwaren von Drittherstellern über seine Website. Dabei können Nutzer, die ein Kundenprofil auf der Website des K angelegt haben, die angebotenen Produkte durch Vergabe von Noten und Kurztexthen bewerten. B wiederum bietet Herstellern, die ihre Waren in deutscher Sprache über Internetplattformen wie die des K vertreiben, die Abgabe von positiven Kundenrezensionen gegen Entgelt an. Zu diesem Zweck hat B bei sämtlichen infrage kommenden Internethändlern jeweils bis zu 30 Kundenprofile unter verschiedenen Namen und E-Mail-Adressen angelegt. Gegen Zahlung von 1.000 € kann ein Hersteller bei B etwa einen sog. „10er-Mix“ in Auftrag geben. B gibt dann für den jeweiligen Artikel auf der Verkaufsseite des gewünschten Internethändlers sieben Rezensionen mit der Bestnote und drei Rezensionen mit der zweitbesten Bewertungsmöglichkeit ab. Nach Wahl des Auftraggebers werden Rezensionstexte wie „Finde ich cool; jederzeit wieder“, „Faire Sache“ oder „Hält, was es verspricht!“ dazu geschaltet.

K teilt mit, dass B einen Schriftsatz beim Schutzschriftenregister hinterlegt hat. Ihm ist jedoch unklar, ob das mit der Sache befasste Gericht diesen überhaupt berücksichtigen wird. Jedenfalls führt B in diesem Schriftsatz wahrheitsgemäß aus, dass er eine Abmahnung des K in Bezug auf die vorliegende Auseinandersetzung angenommen habe. Bei dieser Gelegenheit habe B dem K versprochen, keine Kundenrezensionen der vorgestellten Art auf den Verkaufsseiten des K zu schalten. Das von K geforderte Vertragsstrafeversprechen habe B jedoch verweigert. Denn B habe bisher, was zutrifft, weder vor noch nach dem Zugang des Abmahnschreibens des K eine Rezension auf den Verkaufsseiten des K oder auf denen eines anderen Internethändlers geschaltet. Seine Geschäftsidee befinde sich vielmehr noch in der Startphase, weshalb B sich vorbehalten wolle, mit interessierten Internethändlern und Herstellern auf der vorgestellten Basis zusammenzuarbeiten. Zu diesem Zweck erhalte er das Angebot für Interessenten auf der eigenen Website weiterhin aufrecht.

Hat ein Antrag des K auf Erlass einer einstweiligen Verfügung mit dem Ziel, B die Weiterverfolgung dieser Geschäftsidee zu untersagen, Aussicht auf Erfolg, wenn der Antrag in der Sache auf § 5a UWG gestützt wird?

Hinweise:

Bei K und B handelt es sich um juristische Personen. Die Niederlassung sowie der Satzungs- und Verwaltungssitz des K befinden sich in Mainz; bei B liegt beides in Düsseldorf. Sowohl in Düsseldorf als auch in Mainz sind Amts- und Landgerichte als Erstinstanz eingerichtet.

Zusatzfrage: K hat B bislang nur mit der Beantragung einer einstweiligen Verfügung gedroht, jedoch noch nichts unternommen. B will jedoch nicht länger abwarten, sondern strebt eine Klärung der Streitfrage an – auch für den Fall, dass er in der Sache unterliegen sollte. Welchen Rechtsbehelf muss B ergreifen und wäre dieser zulässig?

Zur Lösung des Falles

Hauptfrage:

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

I. Zulässigkeit

1. Zuständigkeit

a) Sachlich zuständig ist ausschließlich das Landgericht nach § 14 Abs. 1 UWG.

b) Örtliche Zuständigkeit

aa) Niederlassung/Sitz

Örtlich zuständig ist bei juristischen Personen nach § 14 Abs. 2 Satz 1 UWG i.V.m. § 17 Abs. 1 Satz 1 ZPO das Gericht am Sitzungssitz. Dieser liegt ebenfalls in Düsseldorf.

bb) Begehungsort

Fraglich ist, ob darüber hinaus eine Zuständigkeit am Begehungsort nach § 14 Abs. 2 Satz 2 und Satz 3 UWG begründet ist. Danach kommt aus Sicht des Klägers wahlweise der Ort der letzten Tathandlung (Handlungsort) oder der Ort des Erfolgseintritts (Erfolgsort) in Betracht. Von Interesse ist in diesem Zusammenhang, ob der Antrag auch in Mainz als Erfolgsort gestellt werden kann, weil dort die vom Geschäftsmodell des B ausgehende Rechtsverletzung bei K einzutreten droht.

Nach § 14 Abs. 2 Satz 2 UWG ist die Tatortregel gem. § 14 Abs. 2 Satz 3 Nr. 1 UWG jedoch unanwendbar, wenn es sich um eine Zuwiderhandlung im elektronischen Geschäftsverkehr oder in Telemedien handelt. Die Norm weist systematische Bezüge zu § 13 Abs. 4 Nr. 1 UWG auf und verfolgt einen ähnlichen Zweck: Grundsätzlich will der Gesetzgeber automatisierte Abmahnungen von Internetdelikten auf der Basis sog. Crawler-Programme erschweren (so zu § 13 Abs. 4 Nr. 1 BT-Drucks. 19/12084, S. 32). Darüber hinausgehend verhindert § 14 Abs. 2 Satz 3 Nr. 1 UWG jedoch auch, dass zu Lasten von Internetunternehmen sog. fliegende Gerichtsstände an einer Vielzahl von Erfolgsorten begründet werden können. Bei Internetdelikten handelt es sich nämlich um sog. Streudelikte, weil die Folgen der an einem Ort begangenen kommunikativen Handlungen überall dort eintreten können, wo diese rezipiert werden. Das Gesetz schützt den Unternehmer in § 14 Abs. 2 Satz 3 Nr. 1 UWG davor, sich an jedem dieser Orte vor Gericht verantworten zu müssen. Diese Gefahr besteht auch vorliegend, so dass ein elektronischer Geschäftsverkehr iSd. § 14 Abs. 2 Satz 3 Nr. 1

UWG vorliegt und die Tatortregel keine Anwendung findet. K kann den eigenen Antrag daher nicht am Erfolgsort anhängig machen.

c) Zwischenergebnis

Zuständig ist das LG Düsseldorf.

2. Verfügungsanspruch

a) Grundsätzlich kommt ein Verfügungsanspruch nach §§ 8 Abs. 1 Satz 1, 3 Abs. 3 iVm. Nr. 23c SL UWG bzw. und §§ 8 Abs. 1 Satz 1, 3 Abs. 1, 5a Abs. 4 Satz 1 UWG in Betracht.

b) Die Prozessführungsbefugnis der K nach §§ 8 Abs. 3 Nr. 1, 2 Abs. 1 Nr. 4 GWB wirft zwar Rechtsfragen auf, erscheint jedoch durch die Rechtsprechung des BGH zur Wechselwirkung beim Stufenwettbewerb nicht ausgeschlossen (vgl. dazu noch unten II 1).

3. Verfügungsgrund

Die Eilbedürftigkeit wird nach § 12 Abs. 1 UWG widerleglich vermutet. Dringlichkeitsschädliche Tatsachen kann B nicht vortragen.

II. Begründetheit

Der Antrag ist begründet, wenn K gegen B ein Unterlassungsanspruch nach §§ 8 Abs. 1, 3 Abs. 1, 3 Abs. 3 iVm. SL Nr. 23c bzw. § 5a Abs. 4 Satz 1 UWG als Verfügungsanspruch zusteht.

1. Aktivlegitimation

Fraglich ist, ob K nach §§ 8 Abs. 3 Nr. 1, 2 Abs. 1 Nr. 4 UWG aktivlegitimiert ist. Gegen seine Eigenschaft als Mitbewerber iSd. § 2 Abs. 1 Nr. 4 UWG könnte sprechen, dass K und B nicht unmittelbar um dieselben Kunden konkurrieren. Der Wortlaut des § 2 Abs. 1 Nr. 4 UWG setzt jedoch kein unmittelbares Konkurrenzverhältnis voraus (vgl. „mit *einem* ...“; Hervorhebung nur hier), sondern lediglich ein konkretes Wettbewerbsverhältnis. Dieses liegt vor, wenn zwischen den Vorteilen, die eine Partei durch ein Handeln für ihr Unternehmen oder das eines Dritten zu erreichen sucht, und den Nachteilen, die die andere Partei dadurch erleidet, eine unmittelbare Wechselwirkung in dem Sinne besteht, dass der eigene Wettbewerb gefördert und der fremde Wettbewerb beeinträchtigt werden kann (BGH 26.1.2017 - I ZR 217/15, GRUR 2017, 918 – Wettbewerbsbezug, Rn. 16).

Legt man diese Maßstäbe zugrunde, fällt ins Gewicht, dass die Wettbewerbsfähigkeit einer Internetverkaufsplattform wie der von K betriebenen von einem funktionierenden Jürgen Oechsler, Uni Mainz, Skript zum UWG, 2024

Kundenbewertungssystem abhängt. Denn ein Kaufinteressent kann die Ware bei K nicht besehen und sie sich auch nicht vorführen lassen. Anstelle eigener Erfahrungen werden daher bis zu einem gewissen Grad die Erfahrungsberichte anderer Käufer für den Kaufentschluss kausal. Das von B geplante Geschäftsmodell greift gerade in diesen Prozess der vorvertraglichen Vertrauensbildung ein und beeinflusst dadurch zugleich unmittelbar die Absatzchancen des K (ähnlich OLG Frankfurt, 22.2.2019 - 6 W 9/19, WRP 2019, 643 – Gekaufte Kundenbewertungen, Rn. 17).

Zwischenergebnis: Ein konkretes Wettbewerbsverhältnis liegt deshalb vor.

Nach § 8 Abs. 3 Nr. 1 UWG darf K Waren oder Dienstleistungen **in nicht unerheblichem Maße** und nicht nur gelegentlich vertreiben bzw. nachfragen. Zum Umfang der geschäftlichen Tätigkeit des K liefert der SV keine näheren Angaben. Nach dem Schutzzweck des Tatbestandsmerkmals dürften dessen Voraussetzungen jedoch im Zweifel vorliegen. Der Gesetzgeber will mit der sachlichen Einschränkung der Aktivlegitimation möglichen Missbräuchen des Unterlassungsanspruchs vorbeugen, die darin bestehen, dass der Anspruchsgläubiger ein Geschäftsmodell betreibt, das schwerpunktmäßig auf die Erzielung von Einnahmen nach § 13 Abs. 3 UWG („Abmahngebühr“) zielt. Dies setzt voraus, dass eine Aktivlegitimation nur in Betracht kommt, wenn der Schwerpunkt des Aktivlegitimierten in der Vornahme unternehmerischer Umsatzgeschäfte liegt (vgl. BGH GRUR 2019, 638 Rn. 21 – Kündigung der Unterlassungsvereinbarung; BT-Drucks. 19/12084, S. 26). Vorliegend steht ein solcher Missbrauch nicht im Raum: K erzielt seine Einnahmen erkennbar nicht aus der Abmahnung von Mitbewerbern, sondern will gegen eine konkrete Gefährdung seines Geschäftsmodells vorgehen. Ein Missbrauch der Aktivlegitimation kommt daher nicht in Betracht.

Zwischenergebnis: K ist daher nach §§ 8 Abs. 3 Nr. 1, 2 Abs. 1 Nr. 3 UWG aktivlegitimiert.

2. Geschäftliche Handlung

Fraglich ist, ob eine geschäftliche Handlung des B iSd. §§ 8 Abs. 1 Satz 1, 3 Abs. 1, 2 Abs. 1 Nr. 2 UWG in Betracht kommt. Dies setzt nach § 2 Abs. 1 Nr. 2 UWG voraus, dass der objektive Schwerpunkt der geplanten Tätigkeit des B im Bereich des Warenabsatzes liegt. Zunächst zielt das Vorhaben des B objektiv auf die Förderung des Warenabsatzes zugunsten seiner Auftraggeber. Fraglich ist jedoch, ob die wertsetzende Bedeutung des Grundrechts auf Meinungsfreiheit (Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG) bei der Auslegung des § 2 Abs. 1 Nr. 2 UWG Berücksichtigung finden muss und den absatzfördernden Aspekt zurücktreten lässt. Zwar fällt auch Wirtschaftswerbung in den Schutzbereich der Meinungsfreiheit; diese muss einen wertenden, meinungsbildenden Inhalt haben oder Angaben enthalten, die der Meinungsbildung dienen (BVerfGE 71, 162 = NJW 1986, 1533, 1534 – Autobiographie eines Chefarztes). Kundenbewertungen im Online-Handel sind daher ausdrücklich durch die Meinungsfreiheit geschützt (BGH GRUR 2020, 543 Rn. 38 – Jürgen Oechsler, Uni Mainz, Skript zum UWG, 2024

Kundenbewertungen auf Amazon). Der Schutzwürdigkeit steht es auch nicht entgegen, dass das Werturteil nicht unter dem eigenen Namen abgegeben hat; denn die anonyme Kommunikation ist dem Internet immanent (BGHZ 202, 242 = GRUR 2014, 1228 – Ärztebewertung II, Rn. 41). Vorliegend äußert B allerdings keine eigene, sondern eine von Seiten des Auftraggebers gekaufte Meinung. Diese dient auch nicht der Meinungsbildung beim Adressaten, sondern der Herbeiführung der Kaufbereitschaft bei den angesprochenen Konsumenten. Der absatzfördernde Zweck steht daher allein im Mittelpunkt. Somit ist der Schutzbereich der Meinungsfreiheit nicht berührt. Eine geschäftliche Handlung liegt vor.

3. Unlauterkeit

a) § 3 Abs. 3 UWG iVm. Nr. 23c SL

Nach Nr. 23c SL ist die Übermittlung oder Beauftragung gefälschter Bewertungen oder Empfehlungen von Verbrauchern sowie die falsche Darstellung von Bewertungen oder Empfehlungen von Verbrauchern in sozialen Medien zu Zwecken der Verkaufsförderung per se unlauter und damit nach § 3 Abs. 1 UWG verboten.

aa) Fraglich ist zunächst, ob die Geschäftsidee des B Bewertungen oder Empfehlungen iSd. Nr. 23c betrifft. Für das Verständnis der Norm ist der Normzweck maßgeblich. Nach **Erwägungsgrund 47 der Omnibus-Richtlinie 2019/2161** stützen sich Verbraucher bei ihren Kaufentscheidungen im Internet auf Bewertungen und Empfehlungen von Verbrauchern. Bei Bewertungen und Empfehlungen handelt es sich also um Meinungsäußerungen von Kunden, die die informierte Verbraucherentscheidung nach §§ 3 Abs. 2, 2 Abs. 1 Nr. 11 UWG beeinträchtigen können. Um diese geht es auch vorliegend. Da die Kunden des K sich dessen Waren nicht besehen oder vorführen lassen können, sind sie auf die praktischen Erfahrungen anderer Verbraucher mit diesen Waren angewiesen. Der Wert dieser Empfehlungen beruht wiederum entscheidend auch darauf, dass die dem Verbraucherkreisen zuzurechnenden Rezensenten die Ware zu ähnlichen Zwecken einsetzen und daher dem konkreten Informationsinteresse der Kaufinteressenten näherkommen als Experten oder der Verkäufer selbst.

Insoweit stehen vorliegend Bewertungen und Empfehlungen von Verbrauchern im Raum.

bb) Die Bewertungen bzw. Empfehlungen müssten **gefälscht** sein. Ausgehend von der praktischen Funktion der Kundenbewertungen im Onlinehandel liegt eine Fälschung regelmäßig vor, wenn die Verbraucherbewertung **nicht authentisch** ist, arg. e § 5b Abs. 3 UWG also nicht von einem Verbraucher stammt, der Erfahrungen das Produkt erworben oder benutzt hat. In Betracht kommt auch der Fall, dass nachträglich der Inhalt einer authentischen Bewertung verändert wurde oder aber von einem Verbraucher stammt, der für die Abgabe der Bewertung eine finanzielle Gegenleistung

Jürgen Oechsler, Uni Mainz, Skript zum UWG, 2024

erhalten hat. Vorliegend zielt das Geschäftsmodell des B darauf ab, Verbraucher zu Unrecht als Autoren von Kundenbewertungen auszugeben. Diese nicht authentischen Bewertungen würden in rechtswidriger Weise in die informierte Entscheidung der Kaufinteressenten nach §§ 3 Abs. 2, 2 Abs. 1 Nr. 11 UWG eingreifen. Es handelt sich also um gefälschte Bewertungen.

cc) Fraglich ist, ob das Geschäftsmodell des B eine **Übermittlung oder Beauftragung** iSd. Nr. 23c SL zum Gegenstand hat. Ausgangspunkt für das Verständnis der Norm ist wiederum deren Zweck, die informierte Verbraucherentscheidung nach §§ 3 Abs. 2, 2 Abs. 1 Nr. 11 UWG zu schützen. In diesen Zusammenhang fügt sich, dass beide Tatbestandsmerkmale „Übermittlung“ und „Beauftragung“ bewusst weit gefasst sind. Sie betreffen nicht nur Fälle, in denen Rechtsverletzer die gefälschte Bewertung selbst verfasst und veröffentlicht, sondern auch Verhaltensweisen, bei denen Dritte in diesen Prozess eingebunden werden. Deshalb kann es für die Verantwortlichkeit nach Nr. 23c nur darauf ankommen, dass der Rechtsverletzer einen maßgeblichen Beitrag zum Inverkehrbringen solcher Bewertungen leistet.

Diese Voraussetzung liegt bei K vor.

dd) Schließlich zielt das Angebot des B auf eine Verkaufsförderung iSd. Nr. 23c.

ee) Die Spürbarkeit der Rechtsverletzung des B darf im Weiteren nicht geprüft werden, da die Verbote der Schwarzen Liste nach § 3 Abs. 3 UWG Per-Se-Verbote begründen, für deren tatbestandliche Verwirklichung es nicht auf die konkreten Fallauswirkungen ankommt.

Zwischenergebnis: Das Geschäftsmodell des B verstößt gegen Nr. 23c SL.

b) § 3 Abs. 3 UWG iVm. Nr. 23b SL

Fraglich ist, ob Verstoß gegen Nr. 23b SL in Betracht kommt. Die Norm wendet sich jedoch wie § 5b Abs. 3 UWG an einen Provider, der Waren mit Hilfe von Kundenrezensionen absetzt. Dies hier vorliegend nicht der Fall.

c) Verschleierte Werbung nach § 5a Abs. 4 Satz 1 UWG

Fraglich ist, ob das Angebot des B auch als verschleierte Werbung gegen § 5a Abs. 4 Satz 1 UWG verstößt. Dagegen spricht, dass § 5a Abs. 4 Satz 1 UWG als allgemeinere Norm hinter der Spezialnorm des Nr. 23c zurücktritt (so: BGH WRP 2014, 164 – Runes of Magic I Rn. 33 für das

Verhältnis der SL zu § 4 UWG aF). Ausschlaggebend dafür ist, dass eine Einzelfallprüfung nach § 5a Abs. 4 Satz 1 UWG nicht infrage kommt, wenn ein Per-Se-Verbot der Schwarzen Liste greift.

4. Wiederholungs- bzw. Erstbegehungsgefahr

Der Unterlassungsanspruch setzt nach § 8 Abs. 1 Satz 1 UWG Wiederholungsgefahr voraus. In Bezug auf eine in der Vergangenheit vorgenommene und nach § 3 Abs. 1 UWG unzulässige geschäftliche Handlung wird die Gefahr einer künftigen Wiederholung vermutet.

Problematisch erscheint jedoch, dass B – ausweislich der beim Schutzschriftenregister hinterlegten Schrift – bereits eine Abmahnung angenommen hat und bislang noch nicht einschlägig tätig geworden ist.

a) Berücksichtigung der Schutzschrift

Fraglich ist zunächst, ob das Gericht den Inhalt der nach § 945a ZPO hinterlegten Schutzschrift des B berücksichtigen muss. Dafür könnte der Grundsatz des rechtlichen Gehörs (Art. 103 Abs. 1 GG). Maßgeblich erscheint folgende Überlegung: Durch die Einreichung eines Schriftsatzes beim Schutzschriftenregister schützt sich der potenzielle Adressat einer einstweiligen Verfügung davor, dass diese nach § 937 Abs. 2 ZPO ohne mündliche Verhandlung durch Beschluss zu seinen Lasten ergeht, ohne dass ihm rechtliches Gehör gewährt worden wäre. Die Gerichte dürfen nämlich ohne mündliche Verhandlung entscheiden, um der Eilbedürftigkeit des Antrags Rechnung zu tragen oder der Gefahr seiner Vereitelung vorzubeugen. Beide Zwecke stehen jedoch der Berücksichtigung einer vom Antragsgegner hinterlegten Schutzschrift nicht entgegen. Vielmehr gebietet der Grundsatz des rechtlichen Gehörs (Art. 103 Abs. 1 GG), in diesem Fall den Inhalt der Schrift bei der Entscheidung zu berücksichtigen. Dafür spricht auch die Legaldefinition der Schutzschrift in § 945a Abs. 1 Satz 2 ZPO, die eine gerichtliche Berücksichtigungspflicht nahelegt. Der Schriftsatz des B ist danach bei der Entscheidung über den Antrag nach §§ 935, 940 ZPO zu berücksichtigen.

Gegen eine Wiederholungsgefahr i.S.d. § 8 Abs. 1 Satz 1 UWG spricht deshalb, dass B bislang noch keine nach §§ 3 Abs. 3 iVm. SL Nr. 23c UWG unzulässige geschäftliche Handlung vorgenommen hat.

b) Erstbegehungsgefahr

In Betracht kommt allerdings eine Erstbegehungsgefahr nach §§ 8 Abs. 1 Satz 2 UWG. Diese setzt voraus, dass eine Zuwiderhandlung nach SL Nr. 23c UWG droht. Das ist der Fall, wenn die Verletzung ernsthaft und unmittelbar bevorsteht. Diese Voraussetzungen liegen wiederum regelmäßig im Fall der sog. **Berühmung** vor: Berühmt sich der (spätere) Anspruchsgegner zu einer Jürgen Oechsler, Uni Mainz, Skript zum UWG, 2024

Handlung berechtigt zu sein, ist davon auszugehen, dass er diese auch alsbald vornehmen wird (ständige Rechtsprechung seit BGH, 30.10.1956 – I ZR 199/55, GRUR 1957, 342, 345 – Underberg). Vorliegend vertritt B auch nach der Abmahnung durch K die Auffassung, grundsätzlich ein rechtlich zulässiges Geschäftsmodell zu betreiben. Er berührt sich folglich einer Berechtigung zur Ausführung dieses Geschäftsmodells und zur Vornahme der damit verbundenen geschäftlichen Handlungen. Dies spricht für eine bestehende Erstbegehungsgefahr i.S.d. § 8 Abs. 1 Satz 2 UWG.

c) Fehlendes Vertragsstrafversprechen

Allerdings könnte die Erstbegehungsgefahr durch das Versprechen des B entfallen sein, keine „Rezensionen“ auf der Verkaufsseite des K zu schalten. Nach hM. entfällt die Wiederholungs- bzw. Erstbegehungsgefahr jedoch dann nicht, wenn der Rechtsverletzer das in der Abmahnung verlangte Vertragsstrafversprechen verweigert. Denn durch Abgabe eines Vertragsstrafversprechens kann der Rechtsverletzer den Rechtsstreit auf einfache und kostengünstige Weise beenden. Er braucht dabei insbesondere nicht mit einer Inanspruchnahme nach § 339 Satz 2 BGB zu rechnen, wenn er sein Versprechen künftig einhält. An der Verweigerung des Vertragsstrafversprechens zeigt sich daher regelmäßig, dass der Abgemahnte sich dem Unterlassungsanspruch des Abmahnenden nicht wirklich unterwirft, sodass Wiederholungs- bzw. Erstbegehungsgefahr bestehen bleibt.

Eine andere Ansicht kann möglicherweise auf der Grundlage des **§ 13a Abs. 2 UWG** vertreten werden. Danach darf der Gläubiger aus § 8 Abs. 1 UWG in den Fällen des § 13 Abs. 4 UWG kein Vertragsstrafversprechen vom Abgemahnten verlangen. Folglich muss der Abgemahnte die Wiederholungsgefahr durch ein einfaches Unterlassungsversprechen ausräumen können. Fraglich ist jedoch, ob ein Fall des § 13 Abs. 4 Nr. 1 UWG vorliegt. Nach den Vorstellungen des Gesetzgebers fällt die Kennzeichnungspflicht des geschäftlichen Charakters einer Handlung im Verkehr – also im Regelfall § 5a Abs. 4 Satz 1 UWG und hier in Gestalt der Spezialnorm Nr. 23c SL – gerade nicht unter die in dieser Norm bezeichneten Informations- und Kennzeichnungspflichten im elektronischen Geschäftsverkehr (BT-Drucks. 19/12084, S. 32). Die Vereinbarung einer Vertragsstrafe ist daher möglich.

Das isolierte Unterlassungsversprechen des B lässt daher die Erstbegehungsgefahr aus Sicht des K nicht entfallen.

d) Zwischenergebnis

Eine Erstbegehungsgefahr besteht.

5. Verjährung

Eine Verjährung des Anspruchs nach § 11 UWG ist noch nicht eingetreten.

6. Zwischenergebnis

Da der Verfügungsgrund, die Eilbedürftigkeit der Entscheidung, auch im Rahmen der Begründetheit nach § 12 Abs. 1 UWG vermutet wird, ist der Antrag begründet.

III. Ergebnis

Ein beim LG Düsseldorf gestellter Antrag hat daher Aussicht auf Erfolg; vertretbar ist bei entsprechender Begründung auch, dass der Antrag beim LG Mainz anhängig gemacht wird.

Zusatzfrage:

In Betracht kommt eine negative Feststellungsklage nach § 256 Abs. 1 ZPO, gerichtet auf Feststellung des Nichtbestehens eines Anspruchs aus § 8 Abs. 1, 3 Abs. 1 und 3 iVm. Nr. 23 SL UWG.

1. Zuständigkeit

a) Sachlich zuständig ist das Landgericht nach § 14 Abs. 1 UWG.

b) Probleme bereitet jedoch die örtliche Zuständigkeit nach § 14 Abs. 2 UWG. Denn der negative Feststellungsantrag führt zu einem Rollentausch zwischen den Parteien: Der Rechtsverletzer tritt als Kläger dem vermeintlichen Anspruchsberechtigten als Beklagtem gegenüber. Deshalb müssen auch die Tatbestände des § 14 Abs. 2 UWG spiegelbildlich angewendet werden (BGH, 13.6.2012 – I ZR 228/10, GRUR 2012, 1273 – Stadtwerke Wolfsburg). Denn die Berufung des allgemeinen Gerichtsstands des Beklagten nach § 14 Abs. 2 Satz 1 UWG und des Tatorts nach § 14 Abs. 2 Satz 2 und Satz 3 UWG sollen sicherstellen, dass ein einziges, örtlich zuständiges Gericht einheitlich über die Lauterkeit der geschäftlichen Handlung urteilt. Im Falle der negativen Feststellungsklage ist deshalb nach § 14 Abs. 2 Satz 1 UWG i.V.m. § 17 Abs. 1 Satz 1 ZPO das Gericht am Sitzungssitz des Klägers berufen. Dies ist Düsseldorf.

c) Zwischenergebnis

Zuständig ist das LG Düsseldorf nach § 14 Abs. 2 Satz 1 UWG.

2. Feststellungsinteresse nach § 256 Abs. 1 ZPO

a) Der Klageantrag muss gemäß § 256 Abs. 1 ZPO auf die Feststellung des Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses gerichtet sein. In Betracht kommt der aus Sicht des B nicht bestehende Anspruch des K aus §§ 8 Abs. 1, 3 Abs. 1 und Abs. 3 iVm. Nr. 23c SL UWG.

b) Ferner muss nach § 256 Abs. 1 ZPO ein rechtliches Interesse an der Feststellung bestehen. Dies ist der Fall, wenn dem Kläger eine aktuelle Gefährdung seiner Rechte droht. Einschlägig ist insoweit die gegenüber B ausgesprochene Drohung des K, eine einstweilige Verfügung zu beantragen.

3. Ergebnis

Ein beim LG Düsseldorf gestellter negativer Feststellungsantrag ist danach zulässig. Auch eine Zuständigkeit des LG Mainz ist bei entsprechender Begründung vertretbar.

IV. Getarnte bzw. verschleierte Werbung nach § 5a Abs. 4 Satz 1 UWG

1. Überblick

Nach § 5a Abs. 4 Satz 1 UWG handelt unlauter, wer den kommerziellen Zweck einer geschäftlichen Handlung nicht kenntlich macht, sofern sich dieser nicht unmittelbar aus den Umständen ergibt. Hinzutreten muss die Eignung dieses Nichtkenntlichmachens, den Verbraucher zu einer **geschäftlichen Entscheidung iSd. § 2 Abs. 1 Nr. 2 UWG** zu veranlassen, die andernfalls nicht getroffen hätte. Die Norm beruht auf dem weitgehend gleichlautenden Art. 7 Abs. 2 UGP-RL. Sie verfolgt im Wesentlichen **zwei Zwecke**:

1. Der Verbraucher soll im Rahmen der informierten Verbraucherentscheidung nach §§ 3 Abs. 2, 2 Abs. 1 Nr. 11 UWG **frei darüber entscheiden, ob er Werbeinhalte überhaupt 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. 11 UWG nicht dieselbe Bedeutung bei wie sonstigen Informationen. Erkennt er daher die **Interessengeleitetheit einer Information** nicht, ist der Schutzzweck des § 5a Abs. 4 Satz 1 UWG 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**.

Es empfiehlt sich folgender Prüfungsaufbau:

1. Es muss eine geschäftliche Handlung iSd. § 2 Abs. 1 Nr. 2 UWG vorliegen. Ist dies zu bejahen, verfolgt der Rechtsverletzer auch einen kommerziellen Zweck iSd. § 5a Abs. 4 Satz

- 1 UWG. Denn stets steht sein Verhalten in objektivem und unmittelbarem Bezug zur Förderung eigenen oder fremden Absatzes.
2. Die kommerzielle Zwecksetzung darf sich **nicht unmittelbar aus den Umständen** ergeben: Maßgeblich ist das Verständnis 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. 11 UWG beeinträchtigt wird.
- 3. Fehlende Kenntlichmachung**
4. Die fehlende Kenntlichmachung muss **geeignet sein**, den Verbraucher zu einer geschäftlichen Entscheidung iSd. § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG zu veranlassen, die er andernfalls nicht getroffen hätte: Darin liegt eine **Erheblichkeitsschwelle**. Der Wortlaut erinnert nicht ohne Grund an das Spürbarkeitskriterium nach § 2 Abs. 1 Nr. 11 UWG.

In einigen Sonderfällen wird § 5a Abs. 4 Satz 1 UWG durch Spezialnormen konkretisiert:

OLG Brandenburg Agiler Fahrspaß mit CUV-Komfort

(OLG Brandenburg, 18.4.2023 – 6 U 75/21 – Agiler Fahrspaß mit CUV-Komfort) Fahrzeughändler B teilt auf der Homepage seines Unternehmens einen Post mit dem Inhalt „Agiler Fahrspaß mit CUV-Komfort: Genau das kann der ...! Jetzt mit 3.500 € Kundenvorteil für den Turbobenziner mit 88 kw (120 POS)“. Der vollständige, ursprünglich vom Hersteller veröffentlichte Post, der auch Angaben zum Kraftstoffverbrauch und zu CO₂ beinhaltet, konnte über die Schaltfläche „Mehr anzeigen“ aufgerufen werden. K eine qualifizierte Einrichtung nach §§ 8 Abs. 3 Nr. 2, 8b UWG verlangt von B Unterlassung der Veröffentlichung des Posts.

Das OLG bejaht einen Anspruch aus §§ 8 Abs. 1 Satz 1, 3, 5a Abs. 4 Satz 1 UWG iVm. § 3

Energieverbrauchskennzeichenverordnung (ENVKV):

§ 3 Kennzeichnungspflicht

(1) Energieverbrauchsrelevante Produkte, die für den Endverbraucher am Verkaufsort zum Kauf, zum Abschluss eines Mietvertrages oder zu ähnlicher entgeltlicher Gebrauchsüberlassung angeboten oder ausgestellt werden, sind nach Maßgabe der §§ 4 und 5 sowie der Anlage 1 und den Verordnungen der Europäischen Union nach Anlage 2 mit Angaben über den Verbrauch an Energie und anderen wichtigen Ressourcen sowie zusätzlichen Angaben zu kennzeichnen.

Den durch B vorgenommenen Post ordnet das OLG als in elektronischer Fassung verbreitetes Werbematerial ein, das ein Angebot zum Verkauf zum Gegenstand hat. Auch wenn B lediglich den Post des Herstellers mit den Nutzern seiner Website teilt, muss er den Energieverbrauch kenntlich machen. Dies geschieht jedoch nicht durch den Link auf die ursprüngliche Seite.

2. Influencerwerbung (§ 5a Abs. 4 Satz 2 und 3 UWG)

a) Überblick

Einige zentrale Aussagen sind folgenden Entscheidungen entnommen:

- BGH 9.9. 2021 – I ZR 90/20 = BGHZ 231, 38-87 – **Influencer I**
- BGH 9.9.2021 – I ZR 125/20 = BGHZ 231, 87-116 – **Influencer II**
- BGH 9.9.2021 – I ZR 126/20 – **Influencer III**

b) Geschäftliche Handlung

Influencer, die über die bekannten Plattformen oder in sozialen Netzwerken eigenständig Waren oder Dienstleistungen von Drittunternehmern bewerben oder das eigene Image vermarkten und durch Werbeeinnahmen kommerzialisieren, können geschäftliche Handlungen nach § 2 Abs. 1 Nr. 2 UWG vornehmen.

Erforderlich ist zunächst, dass der Schwerpunkt der Tätigkeit im Bereich der Absatzförderung und nicht etwa dem der **Grundrechtsausübung** liegt (vgl. dazu allgemein S. 25). In Betracht kommt im Einzelfall auch eine Ausübung der Meinungsfreiheit nach Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG. Maßgeblich ist entsprechend einem aus Erwägungsgrund 7 Satz 2 der UGP-Richtlinie entnommenen Rechtsgedanken, dass der Schwerpunkt des Verhaltens des Influencers in der Meinungsäußerung und nicht im Warenabsatz liegt (BGH, 11.12.2014 - I ZR 113/13 – **Bezugsquellen für Bachblüten**, Rn. 22). Es handelt sich um seltene Fälle, in denen der Influencer allein Neuigkeiten zum eigenen „Lifestyle“ zum Besten gibt und die Förderung des eigenen Unternehmens oder der Absatz von Waren Dritter ganz in den Hintergrund tritt.

Der **BGH** geht jedoch im Regelfall davon aus, dass ein Influencer, der Waren und Dienstleistungen von Drittherstellern vorstellt, den Absatz seines eigenen Unternehmens fördert und unter besonderen Voraussetzungen auch den Absatz des Herstellers, dessen Waren bzw. Dienstleistungen im Mittelpunkt stehen (BGH Influencer III Rn. 32). Im Einzelnen:

Zunächst handelt ein solcher Influencer als Unternehmer iSd. § 2 Abs. 1 Nr. 8 UWG (BGH Influencer II Rn. 30). Durch seine Auftritte fördert er regelmäßig den **Absatz des eigenen Unternehmens**. Denn er generiert durch seine Auftritte Aufmerksamkeit für seinen Kanal. Diese schlägt sich in den Klickzahlen der Nutzer nieder. Diese werden von Spezialunternehmen gemessen und führen zu einem mehr oder weniger großen Werbewert des Kanals. Mit diesem bietet sich der Influencer wiederum den Herstellern als Werbepartner an und erbringt schließlich Werbedienstleistungen gegen Entgelt. Das Generieren von Aufmerksamkeit für den eigenen Kanal dient daher der Absatzförderung iSd. § 2 Abs. 1 Nr. 2 UWG und stellt eine geschäftliche Handlung dar.

Nicht mit gleicher Regelmäßigkeit kommt daneben in Betracht, dass der Influencer durch sein Auftreten auch den **Absatz der Waren des Herstellers fördert**, die er gerade vorführt. Im Zusammenhang mit der Förderung des Fremdsatzes versteht der **BGH** den Begriff der geschäftlichen Handlung iSd. § 2 Abs. 1 Nr. 2 UWG in einem weiten Sinn. Danach kommt eine geschäftliche Handlung zunächst stets in Betracht, wenn der Influencer vom Hersteller eine **Gegenleistung** für seinen Auftritt erhält (BGH Influencer III Rn. 43). Aber auch wenn keine Gegenleistung fließt, kann eine geschäftliche Handlung vorliegen,

- wenn der Beitrag nach seinem Gesamteindruck **übertrieben werblich gestaltet** ist, dh. einen sog. **werblichen Überschuss** aufweist (BGH Influencer III Rn. 49 f.). Dies ist regelmäßig bei einer unkritischen Haltung gegenüber dem Produkt zu bejahen, etwa wenn dieses ohne Argumente, nur mit Emotionen angepriesen wird.
- **Speziell für einen Influencer** gilt: Allein das Setzen sog. „Tap Tags“ mit Herstellerinformationen genügt für eine geschäftliche Handlung nicht. Doch bildet das **Setzen von „Tap Tags“ mit Verlinkung auf die Internetseite des Herstellers** ein deutliches Indiz in diese Richtung. Dagegen ließen sich theoretisch zwei **Sachüberlegungen einwenden**: Erstens stellen Hyperlinks eine im Internet übliche Kommunikationsform dar. Zweitens verkürzen diese für den Nutzer der Seite den Weg zum Hersteller nur ganz unerheblich. Erfährt der Nutzer nämlich durch einen reinen „Informations-Tag“ den Namen des Herstellers, kann er das Produkt leicht auch über eine Suchmaschine finden. **Dagegen argumentiert der BGH** jedoch aufgrund folgender Sachüberlegung (Rn. 56 f.): Durch den Link stellt der Influencer selbst eine zu enge Verbindung zum Hersteller her, hält also nicht das Mindestmaß an Distanz ein, das für ein nicht absatzförderndes Verhalten vorauszusetzen ist.

Der **Gesetzgeber** der UWG-Reform 2022 hat versucht, diese Rechtsprechung zugunsten der Influencer zu korrigieren, indem er im Wortlaut des § 2 Abs. 1 Nr. 2 UWG für die geschäftliche Handlung voraussetzt, dass diese nicht nur wie bisher objektiv mit Warenabsatz eines Dritten zusammenhängt, sondern **unmittelbar** und objektiv. Dadurch sollten Handlungen von Influencern ganz aus dem Anwendungsbereich des UWG herausgenommen werden, wenn der Influencer kein Entgelt für seine Äußerungen erhält (BT-Drucks. 19/27873, S. 32). Dies überzeugt aus mehreren Gründen nicht. Zum einen erscheint die Einschränkung im Normwortlaut zu unkonkret und ist – ohne Einsicht in die Gesetzgebungsmotive – nicht erkennbar. Der Wille des historischen Gesetzgebers ist daher in den Normtext **nicht objektiv** eingegangen. Zum anderen spricht gegen ein solches Verständnis die Gefahr, dass Influencer ungestört ein sonstiges wettbewerbswidriges Verhalten an den Tag legen könnten. Aggressives Verhalten iSd. § 4a UWG oder eine verbotene vergleichende Werbung nach § 6a Abs. 2 UWG könnten uU. nicht Gegenstand von Unterlassungsansprüchen sein, Jürgen Oechsler, Uni Mainz, Skript zum UWG, 2024

weil der Influencer die in § 3 Abs. 1 UWG vorausgesetzte geschäftliche Handlung nicht vornimmt. Dies überzeugt nicht.

Beachten Sie bitte: Soweit der Rechtsverletzer nicht gerade als Influencer auftritt, greift die vom BGH entwickelte Lehre von der übertriebenen werblichen Handlung ohne den Streit um die Bedeutung des Tatbestandsmerkmal „unmittelbar“. Eine geschäftliche Handlung kann danach zu bejahen sein, auch wenn der Rechtsverletzer vom Hersteller keine finanzielle Gegenleistung erlangt hat.

c) Keine Erkennbarkeit unmittelbar aus den Umständen

Eine Kennzeichnung des kommerziellen Zwecks der geschäftlichen Handlung ist nicht erforderlich, wenn dieser sich **unmittelbar aus den Umständen iSd. § 5a Abs. 4 Satz 1 UWG** ergibt. Erforderlich ist, dass ein durchschnittlicher Verbraucher (§ 3 Abs. 4 Satz 1 UWG), der der vom Influencer angesprochenen Gruppe angehört (BGH Influencer III Rn. 45),

„den kommerziellen Zweck **klar und eindeutig auf den ersten Blick - und nicht erst nach einem analysierenden Studium - erkennen** [kann]. Nicht ausreichend ist daher, wenn sich der werbliche Charakter eines Beitrags dem Verbraucher erst erschließt, wenn er ihn bereits zur Kenntnis genommen hat, denn dann ist er der Anlockwirkung bereits erlegen, die das Kennzeichnungsgebot gerade unterbinden soll, und war er der Werbebotschaft unvorbereitet ausgesetzt. Die Kennzeichnung soll dem Verbraucher gerade die Möglichkeit verschaffen, sich auf den kommerziellen Charakter der Handlung einzustellen, damit er sie von vornherein kritisch beurteilen oder sich ihr ganz entziehen kann“ (und BGH Influencer III Rn. 45; BGH – Influencer I Rn. 87 bis 89; BGH – Influencer II Rn. 34 bis 36).

Eine **geschäftliche Entscheidung** wiederum umfasst nach **§ 2 Abs. 1 Nr. 2 UWG** jede Entscheidung eines Verbrauchers darüber, ob, wie und unter welchen Bedingungen er ein Geschäft abschließen will, unabhängig davon, ob der Verbraucher oder sonstige Marktteilnehmer sich entschließt, tätig zu werden;

Dabei gilt:

- Der kommerzielle Zweck einzelner Beiträge, die der **Förderung des fremder Unternehmen** dienen, kann auch bei einem bekannten Influencer seitens des Verbrauchers nur durch nähere Befassung mit dem Beitrag erkannt werden. Diese Art von kommerziellem Zweck ist daher zu kennzeichnen (BGH – Influencer III Rn. 46). Gerade wenn sich redaktionelle und werbliche Beiträge vermischen, reicht es nicht aus, dass der Influencer bekannt und sein Profil verifiziert ist. Auch die hohe Zahl der Follower ändert nichts daran, dass ein durchschnittlicher Verbraucher zunächst nicht erkennt, ob ein Beitrag eine geschäftliche Handlung darstellt oder nicht (BGH – Influencer I Rn. 90; BGH – Influencer III Rn. 46). Der Grund für diese strenge Betrachtungsweise liegt darin, dass

der Verbraucher nach dem Schutzzweck des § 5a Abs. 4 Satz 1 UWG frei darüber entscheiden können soll, ob er sich mit einer kommerziellen Kommunikation befasst oder nicht. Dies ist nicht möglich, wenn er zunächst mit dieser Kommunikation befasst wird und ihren kommerziellen Charakter erst nach näherer Befassung erkennt.

- Anders liegt der Fall hingegen, wenn der Beitrag der **Förderung des eigenen Unternehmens** des Influencers dient. Hier kann sich der geschäftliche Charakter bei einem bekannten Influencer-Profil unmittelbar aus den Umständen ergeben. Dies ist der Fall, wenn der durchschnittliche Verbraucher erkennt, dass er es mit einem werbetreibenden Unternehmer iSd. § 2 Abs. 1 Nr. 8 UWG zu tun hat. Indizwirkung entfaltet hier die Anzahl der Follower, die Bekanntheit des Influencers usw. Bedeutung entfalten kann (BGH – Influencer II Rn. 37 ff.; BGH Influencer III Rn. 46).

d) Eignung des Nichtkenntlichmachen zum Eingriff in die informierte Verbraucherentscheidung (Spürbarkeit)

Die Nichtkenntlichmachung muss nach § 5a Abs. 4 Satz 1 UWG geeignet sein, einen Verbraucher oder einen sonstigen Marktteilnehmer zu einer Entscheidung zu veranlassen, die er andernfalls nicht getroffen hätte. Vergleicht man diese Wendung mit dem Wortlaut des § 2 Abs. 1 Nr. 11 UWG stellt sie ein Synonym für die Spürbarkeit dar.

Der BGH unterscheidet dabei im Hinblick auf eine **geschäftliche Entscheidung des Verbrauchers iSd. § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG** wie folgt:

- Zur geschäftlichen Entscheidung zählt außer der Entscheidung über den Erwerb oder Nichterwerb der Ware auch die damit unmittelbar zusammenhängenden Entscheidungen, wie insbesondere das Betreten eines Geschäfts oder der Aufruf der Internetseite eines Unternehmens, um sich näher über dessen Angebot zu informieren (BGH – Influencer III Rn. 50).
- **Noch keine geschäftliche Entscheidung iSd. § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG liegt jedoch in dem Entschluss des Verbrauchers, sich mit einer Werbeanzeige zu befassen** (BGH – Influencer III Rn. 50). Auf die Verhältnisse einer Website bezogen bedeutet dies:
- Entschließt sich der Verbraucher dazu, sich näher mit einem Instagram-Beitrag des Influencers über ein Drittunternehmen zu befassen und **lässt er sich den „Tap Tag“ nur anzeigen**, liegt darin noch keine geschäftliche Entscheidung (BGH – Influencer III Rn. 51)

- **Betätigt der Verbraucher jedoch den „Tap Tag“** mit der Verlinkung auf das Drittunternehmen, liegt eine geschäftliche Entscheidung iSd. § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG vor (BGH – Influencer III Rn. 51).
- Die Verlinkung muss dabei nicht unmittelbar auf die Seite des Drittunternehmens führen; es genügt, dass der Verbraucher näher an das Angebot dieses Unternehmens herangeführt wird (BGH – Influencer III Rn. 51).

Dabei greift folgende Regel für die **Darlegungs- und Beweislast**. Im Zweifel ist die fehlende Kenntlichmachung des kommerziellen Zwecks der geschäftlichen Handlung geeignet, den Verbraucher zu einer geschäftlichen Handlung zu veranlassen, die er andernfalls nicht getroffen hätte. Den Unternehmer, der eine Kennzeichnungspflicht nach § 5a Abs. 4 Satz 1 UWG versäumt, trifft daher eine sekundäre Darlegungslast dahingehend, dass diese Eignung nicht bestand (BGH – Influencer III Rn. 53). Im Zweifel trifft den Unternehmer deshalb auch die **Beweislast für die Eignung**, wenn die tatsächlichen Verhältnisse zwischen Verbraucher und Unternehmer umstritten bleiben.

e) Die Einschränkung der Verantwortlichkeit nach § 5a Abs. 4 Satz 2 UWG – Telemediengesetz und Medienstaatsvertrag

In § 5a Abs. 4 Satz 2 UWG regelt der Gesetzgeber ein Problem des Influencer-Marketings (BT-Drucks. 19/27873, S. 21), das bereits zuvor durch die Rechtsprechung thematisiert wurde (BGH 9.9.2021 – I ZR 126/20 – Influencer III Rn. 54 ff.). Diese Problem beruht auf dem Umstand, dass das **Medienrecht Sondervorschriften für die Kennzeichnung kommerzieller Kommunikation** kennt, die nicht durch das UWG unterlaufen werden dürfen (BT-Drucks. 19/27873, S. 31; BGH – Influencer III Rn. 54). Es handelt sich zunächst um **§ 6 Abs. 1 Nr. 1 Telemediengesetz (TMG)**. Die Vorschrift lautet:

- (1) Diensteanbieter haben bei kommerziellen Kommunikationen, die Telemedien oder Bestandteile von Telemedien sind, mindestens die folgenden Voraussetzungen zu beachten:
1. Kommerzielle Kommunikationen müssen klar als solche zu erkennen sein.

Influencer, die ein eigenständiges Profil auf Instagram betreiben, sind zunächst Diensteanbieter iSd. § 2 Abs. 1 Nr. 1 TMG, und zwar in Bezug auf ein Telemedium iSd. § 1 Abs. 1 TMG. Deshalb gilt für sie § 6 Abs. 1 Nr. 1 TMG. Kommerzielle Kommunikation im Sinne dieser Norm liegt jedoch gemäß § 2 Satz 1 Nr. 5 lit. b TMG nicht vor, wenn die Kommunikation **ohne finanzielle Gegenleistung** seitens des Drittunternehmens erfolgt (so auch BGH – Influencer III Rn. 58). Eine finanzielle Gegenleistung kann auch darin bestehen, dass dem Influencer die besprochene Ware vom

Drittunternehmen unentgeltlich überlassen wird (BGH – Influencer III Rn. 64). Dafür spricht bereits der naheliegende Gedanke, dass die Norm andernfalls leicht zu umgehen wäre.

Nach Ansicht des BGH folgen § 5a Abs. 4 Satz 1 UWG und § 6 Abs. 1 Nr. 1 TMG **demselben Schutzzweck** (BGH – Influencer III Rn. 61 ff.). Dabei geht § 6 Abs. 1 Nr. 1 TMG auf die E-Commerce-Richtlinie 2000/31/EG zurück. Beide Normen begründen ein **Transparenzgebot an die Adresse des kommunizierenden Unternehmens**: Danach soll ein durchschnittlicher Verbraucher kommerzielle Kommunikation von redaktionellen Inhalten klar unterscheiden können (BGH – Influencer III Rn. 62). Eine Geringfügigkeitsschwelle kennt § 6 Abs. 1 Nr. 1 TMG nicht (BGH – Influencer III Rn. 66).

In der Entscheidung Influencer III hatte das Unternehmen Six der Influencerin ein Paar Ohringe zur Verfügung gestellt, deren Abbildung auf der Seite der Influencerin mit einem Tap Tag versehen waren. Darin lag bereits eine finanzielle Gegenleistung.

Eine ähnliche Regelung trifft **§ 22 Satz 1 Medienstaatsvertrag (MStV)**:

(1) Werbung muss als solche klar erkennbar und vom übrigen Inhalt der Angebote eindeutig getrennt sein. In der Werbung dürfen keine unterschwellig Techniken eingesetzt werden. Bei Werbung politischer, weltanschaulicher oder religiöser Art muss auf den Werbetreibenden oder Auftraggeber in angemessener Weise deutlich hingewiesen werden; § 10 Abs. 1 Satz 2 gilt entsprechend.

§ 10 Abs. 1 Satz 2 MStV lautet:

Neben oder anstelle des Namens des Sponsors kann auch dessen Firmenemblem oder eine Marke, ein anderes Symbol des Sponsors, ein Hinweis auf seine Produkte oder Dienstleistungen oder ein entsprechendes unterscheidungskräftiges Zeichen eingeblendet werden.

Auch diese Norm geht § 5a Abs. 4 Satz 1 UWG vor, und auch hier kommt eine geschäftliche Handlung gem. **§ 2 Abs. 2 Nr. 7 MStV** nur in Betracht, wenn sie gegen Entgelt oder eine ähnliche Leistung erbracht worden ist (BGH – Influencer III Rn. 72 ff.).

Das Gesetz greift diese Rechtsprechung – wie eingangs erwähnt – in **§ 5a Abs. 4 Satz 2 und Satz 3 UWG** auf. Danach kommt ein kommerzieller Zweck bei der Handlung zugunsten eines fremden Unternehmens nicht in Betracht, wenn der Handelnde kein Entgelt oder keine ähnliche Gegenleistung für die Handlung von dem fremden Unternehmen erhält oder sich versprechen lässt. Nach Satz 3 wird allerdings der Erhalt oder das Versprechen einer Gegenleistung im Zweifel vermutet (BT-Drucks. 19/27873, S. 34).

§ 5a Abs. 4 Satz 2 UWG bezieht sich allein auf geschäftliche Handlungen zugunsten eines fremden Unternehmers. Dies bedeutet zunächst, dass sie nicht auf die Geschäftstätigkeit des Influencers für das eigene Unternehmen anwendbar ist. Die **Förderung des influencereigenen Unternehmens**

beurteilt sich daher **allein** nach § 5a Abs. 4 Satz 1 UWG bzw. § 2 Abs. 1 Nr. 2 UWG und nicht nach § 5a Abs. 4 Satz 2 UWG (BT-Drucks. 19/27873, S. 34).

Ferner geht der Gesetzgeber davon aus, dass Influencer bei der Anwendung des § 5a Abs. 4 Satz 1 UWG **Medienunternehmen vergleichbar** sind,

„die sich regelmäßig auch über Werbeeinnahmen finanzieren und für ihre Auftraggeber auch dann besonders attraktiv sind, wenn sie viele Menschen erreichen. Bei der Beurteilung ist zudem die Meinungsäußerungs- und Medienfreiheit aus Artikel 11 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union zu berücksichtigen, da das Bestreben zur Erzielung von Werbeeinnahmen nach einem Urteil des Kammergerichts nicht rechtfertigt, jede Äußerung mit einem Hinweis zu versehen, mit dem der Verkehr einen nachrangigen oder minderen Wert des Beitrags verbindet (KG, Urteil vom 8.1.2019, Az. 5 U 83/18).“ (BT-Drucks. 19/27873, S. 34).

Aus den oben erwähnten Gründen ist die geschäftliche Handlung des Influencer für ein fremdes Unternehmen nur unzulässig, wenn er für diese eine Gegenleistung erhält. Neben der unmittelbaren Vergütung kommt eine „**ähnliche Gegenleistung**“ in Betracht. Unter dieses Tatbestandsmerkmal fallen

„auch Provisionen, **Produkte, die von dem fremden Unternehmen zugesandt wurden und die der Handelnde nutzen oder behalten darf**, sowie Pressereisen, Stellung von Ausrüstung oder Kostenübernahmen. Die Gegenleistung kann auch vorübergehender Natur sein. Die bloße Steigerung der eigenen Bekanntheit, zum Beispiel von Influencerinnen und Influencern, durch solche Handlungen kann hingegen nicht als Gegenleistung gewertet werden. Die Gegenleistung muss nicht in unmittelbarem zeitlichen Zusammenhang erfolgen. Die Hoffnung auf eine Gegenleistung alleine reicht jedoch nicht aus. Die Gegenleistung muss von dem Unternehmer veranlasst worden sein, zugunsten dessen die Handlung erfolgt. Wird die Gegenleistung über beauftragte Dritte wie zum Beispiel eine Agentur gewährt, wird dies dem Unternehmer nach allgemeinen Grundsätzen zugerechnet. Eine nicht durch den Unternehmer veranlasste Gegenleistung durch unabhängige Dritte wird //35//dagegen nicht erfasst. Dies entspricht der allgemeinen Wertung bei Medienunternehmen, von denen Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter für die Erstellung von Beiträgen auch ein Entgelt beziehen.

f) Die Vermutung des § 5a Abs. 4 Satz 3 UWG

Dass der Influencer eine Gegenleistung erhalten hat, wird nach § 5a Abs. 4 Satz 3 UWG vermutet, ist also in der Klausur als Regel zu unterstellen. Die Regelung erklärt sich aus dem Umstand, dass das Entgelt im Einfluss- und Organisationsbereich des Influencers fließt. Könnte dieser die Gewährung schlicht leugnen, wäre § 5a Abs. 4 Satz 1 UWG wirkungslos. Dies wiederum bedeutete einen Verstoß gegen das Effizienzprinzip, das bei der Umsetzung von Art. 7 Abs. 2 UGP-RL zu beachten ist. Diese Vermutung kann durch eine „Glaubhaftmachung“ des Influencers entkräftet werden,

„dass sie oder er keine Gegenleistung erhalten hat. Eine solche Glaubhaftmachung könnte zum Beispiel durch Quittung über den Kauf des erwähnten Produkts oder eine Bestätigung des Unternehmers erbracht werden, dass keine Gegenleistung für die Äußerung erfolgt ist. Als Mittel der Glaubhaftmachung kommt auch eine eidesstattliche Versicherung der oder des

Handelnden in Betracht. Sofern eine Glaubhaftmachung erfolgt, entfällt die Vermutungswirkung und es obliegt nach den allgemeinen Grundsätzen der Klägerin oder dem Kläger, konkrete Tatsachen für das Vorliegen einer Gegenleistung vorzutragen und gegebenenfalls zu beweisen.“ (BT-Drucks. 19/27873, S. 34)

V. § 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. Dort heißt es nämlich

„³Sie [die UGP-Richtlinie] bezieht sich nicht auf die gesetzlichen Anforderungen in Fragen der guten Sitten und des Anstands, die in den Mitgliedstaaten sehr unterschiedlich sind. ⁴Geschäftspraktiken wie beispielsweise das **Ansprechen von Personen auf der Straße zu Verkaufszwecken** können in manchen Mitgliedstaaten aus kulturellen Gründen unerwünscht sein. ⁵Die 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. 11 UWG** beeinflusst wird.

Beachte bei der Auslegung folgenden wichtigen Zusammenhang: § 7 Abs. 1 Satz 1 UWG setzt eine Erheblichkeitsschwelle voraus („unzumutbar“), während die Sondertatbestände des Abs. 2 diese nicht kennen.

§ 7 Abs. 1 Satz 1 UWG findet in folgenden Fällen Anwendung:

- Fälle unerwünschter Werbung, die von Abs. 2 nicht erfasst werden (Briefkastenwerbung trotz Aufklebers „Bitte keine Werbung einwerfen“).
- Haustürvertrieb; denn aus § 312b BGB folgt nicht, dass der Haustürvertrieb generell erlaubt wäre. Allerdings bildet **Nr. 32 SL** in diesen Fällen eine Spezialnorm (S. 135), die im Umkehrschluss den Anwendungsbereich des § 7 Abs. 1 UWG deutlich einschränkt.
- Werbeansprache auf öffentlichen Plätzen (in UGP-RL Erwägungsgrund 7 Satz 3 ausdrücklich erwähnt).

2. Werbung mit Kommunikationsmitteln (§ 7 Abs. 2 und Abs. 3, § 7a UWG)

a) § 7 Abs. 2 Nr. 2 und 3 UWG

Beide Normen gehen auf **Art. 13 der Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation:**

Jürgen Oechsler, Uni Mainz, Skript zum UWG, 2024

Richtlinie 2002/58/EG (ePrivacy-RL). Entsprechend geht es bei diesen Normen nicht um den Schutz der informierten Verbraucherentscheidung iSd. §§ 3 Abs. 2, 2 Abs. 1 Nr. 11 UWG, sondern um die **informationelle Selbstbestimmung** des Nutzers.

Dieser wird nach **§ 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG** vor unerwünschter **E-Mail-Werbung** geschützt. Die Norm setzt **Art. 13 Abs. 1 ePrivacy-RL** um. Diese Norm lautet:

Artikel 13

Unerbetene Nachrichten

(1) Die Verwendung von automatischen Anrufsystemen ohne menschlichen Eingriff (automatische Anrufmaschinen), Faxgeräten oder elektronischer Post für die Zwecke der Direktwerbung darf nur bei vorheriger Einwilligung der Teilnehmer gestattet werden.

Im Regelfall darf dem Nutzer eines E-Mail-Postfachs Werbung nur bei vorheriger ausdrücklicher Zustimmung zugestellt werden (sog. Opt-in-Lösung). Zur Funktionsweise des § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG vergleiche

BGH Inbox-Werbung II

(BGH 13.1.2022 – I ZR 25/19 – Inbox-Werbung II) K und B sind Energieversorger. B warb gegenüber Verbrauchern für ihre Leistungen mit sog. Inbox-Werbung. Es handelt sich dabei um E-Mails die im Eingangspostfach des Mailkontos (Inbox) eingehen und als Werbung gekennzeichnet sind. Die Nutzer der betroffenen E-Mail-Kontos hatten zuvor beim Anbieter X ein kostenloses E-Mail-Fach unter der Bezeichnung „X.de Mail Ad“ gebucht. Ist die Inbox-Werbung einmal eingegangen, kann der Kunde sich durch einen Klick auf einer dafür bezeichneten Stelle löschen. Wählt er die Nachricht jedoch an, wird sein Klick von X gezählt und der Browser des Werbetreibenden angezeigt. X wählt über einen Zufallsgenerator aus, welchem Kunden welche Werbemitteilung zugestellt wird.

Wegen der ausdrücklichen Kennzeichnung der Inbox-Werbung als kommerzielle Kommunikation war § 5a Abs. 4 Satz 1 UWG auf den Fall nicht anwendbar war. Fraglich war jedoch ein Verstoß gegen § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG vorlag (in der Entscheidung noch § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG aF.). Die Norm setzt zunächst **Werbung** voraus. Dabei handelt es sich nach Art. 2 lit. a Werbe-RL jede Äußerung bei der Ausübung eines Gewerbes oder freien Berufs **mit dem Ziel, den Absatz von Waren** oder die Erbringung von Dienstleistungen, einschließlich unbeweglicher Sachen, Rechte und Verpflichtungen, **zu fördern**. Diese Voraussetzung lässt sich im Hinblick auf die Inbox-Werbung zunächst bejahen. Fraglich ist jedoch, ob diese Werbung **unter Verwendung elektronischer Post** erfolgte. Darunter ist nach Art. 2 lit. h ePrivacy-RL jede über ein öffentliches Kommunikationsnetz verschickte Text-, Sprach-, Ton- oder Bildnachricht zu verstehen, die im Netz oder im Endgerät des Empfängers gespeichert werden kann, bis sie von diesem abgerufen wird. Die Inbox-Werbung wird als Sprachnachricht über ein öffentliches Kommunikationsnetz abgesendet. Fraglich ist nur, ob sie im Endgerät des **Empfängers** gespeichert und abgerufen werden kann. Denn die Destinatäre der Werbekommunikation werden zufällig ausgewählt und nicht etwa bestimmt angesprochen. Anhand

des deutschen Normtextes ist das Problem nicht leicht zu erkennen. Es geht jedoch aus **Art. 13 Abs. 1 ePrivacy-RL** deutlicher hervor. Diese Norm lautet:

(1) Die Verwendung von automatischen Anrufsystemen ohne menschlichen Eingriff (automatische Anrufmaschinen), Faxgeräten oder elektronischer Post für die Zwecke der Direktwerbung darf nur bei vorheriger Einwilligung der Teilnehmer gestattet werden.

Der Begriff der Direktwerbung wird in der ePrivacy-RL nicht definiert. Aus Erwägungsgrund 40 der ePrivacy-RL geht jedoch hervor, dass damit eine **unmittelbare Ansprache des Werbeadressaten** gemeint ist. An dieser Unmittelbarkeit der Werbeansprache könnte es fehlen, weil die Kunden durch einen Zufallsgenerator ausgewählt wurden. Der BGH hatte die Frage der Anwendbarkeit des Art. 13 Abs. 1 ePrivacy-RL und damit die des § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG dem EuGH zur Vorabentscheidung vorgelegt. Dieser geht in EuGH, 25.11.2021 – C-102/20 – **StWL Städtische Werke Lauf a. d. Pegnitz GmbH/eprimo GmbH** vom Schutzzweck der ePrivacy-Richtlinie aus, informationelle Selbstbestimmung zu gewähren (Rn. 33 f.). Danach hängt die Anwendbarkeit des § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG nicht davon ab, wie die Empfänger ausgewählt werden, sondern dass die Werbenachrichten bei ihnen eingehen (Rn. 50). Deshalb erfolgte auch vorliegend die Werbung unter Verwendung elektronischer Post.

Fraglich war daraufhin, ob die Benutzer der E-Mailkonten in die Verwendung **eingewilligt** hatten. Denn bei Ihnen wurden die E-Mailkonten kostenlos eingerichtet; im Gegenzug waren die Nutzer mit dem Eingang von Werbenachrichten einverstanden. Gemäß Art. 2 Abs. 2 lit. f ePrivacy-RL bezieht sich das Tatbestandsmerkmal der Einwilligung auf Art. 2 lit. h der mittlerweile nicht mehr geltenden Datenschutzrichtlinie 95/46/EG. Denn diese ist gemäß Art. 94 Abs. 1 Datenschutz-Grundverordnung (DSGVO) aufgehoben; nach Art. 94 Abs. 2 DSGVO gelten deshalb Verweise auf die alte Datenschutzrichtlinie als Verweise auf die DSGVO. Maßgeblich ist daher **Art. 4 Nr. 11 DSGVO** (dazu BGH Rn. 36). Die Norm lautet:

„Einwilligung“ der betroffenen Person jede freiwillig für den bestimmten Fall, in informierter Weise und unmissverständlich abgegebene Willensbekundung in Form einer Erklärung oder einer sonstigen eindeutigen bestätigenden Handlung, mit der die betroffene Person zu verstehen gibt, dass sie mit der Verarbeitung der sie betreffenden personenbezogenen Daten einverstanden ist;

Aus dieser Norm entnehmen der EuGH und der BGH, dass die Einwilligung **konkret** erteilt werden muss. Der EuGH fordert, dass die Einwilligung ohne Zwang in den konkreten Fall erfolgt (EuGH Rn. 57; ähnlich BGH Rn. 38 ff.). Vgl. ferner den BGH

(37) „Es ist vielmehr maßgeblich, ob der betroffene Nutzer, der sich für die unentgeltliche Variante des E-Mail-Dienstes T-O. entschieden hat, ordnungsgemäß über die genauen Modalitäten der Verbreitung einer solchen Werbung informiert wurde und tatsächlich darin einwilligte, Werbenachrichten, wie sie im Streitfall in Rede stehen, zu erhalten. Insbesondere muss der Nutzer

klar und präzise unter anderem darüber informiert worden sein, dass Werbenachrichten in der Liste der empfangenen privaten E-Mails angezeigt werden. Außerdem ist erforderlich, dass der Nutzer seine Einwilligung, solche Werbenachrichten zu erhalten, für den konkreten Fall und in voller Kenntnis der Sachlage bekundet hat.“

Vorliegend hatten die Betroffenen jedoch **nur eine pauschale Einwilligung** erteilt, die unabhängig von der Art der eingehenden Werbung erfolgte. Dies genügt beiden Gerichten nicht, was mit Blick auf den betroffenen Grundrechtsschutz überzeugt. Könnte sich ein Verbraucher durch Einwilligung pauschal mit dem Werbeeingang einverstanden erklären, bedeutete die Einwilligung nur noch eine Formalie, die ihm in AGB abverlangt werden könnte (zu dieser Möglichkeit übrigens: BGH GRUR 2013, 531 – Einwilligung in Werbeanrufe II Rn. 21). Deshalb muss der Verbraucher zuvor konkret unterrichtet werden, mit welcher Art von Werbung, in welchem Umfang und mit welchem Erscheinungsbild er konfrontiert wird. Dies war vorliegend nicht geschehen, so dass der Tatbestand des § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG verwirklicht worden war.

Eine Ausnahme vom Erfordernis einer vorherigen ausdrücklichen Einwilligung räumt **§ 7 Abs. 3 UWG** ein. Die Norm setzt Art. 13 Abs. 2 ePrivacy-RL um und will einem im Internet tätigen Unternehmen ermöglichen, **die Geschäftsbeziehungen zu seinen Kunden im Anschluss an die Erfüllung eines Vertrages weiterzupflegen**. Diese Möglichkeit ist Grundvoraussetzung für die Tätigkeit eines Anbieters am Markt. Diesem Zweck entsprechend setzt § 7 Abs. 3 UWG einen vor Zusendung der elektronischen Post erfolgten Verkauf einer Ware oder Dienstleistung voraus (Nr. 1). Die E-Mail muss einen Sachbezug zu diesem Verkauf aufweisen (Nr. 2). Ferner darf der Kunde einer entsprechenden Verwendung seiner E-Mailadresse nicht von vornherein widersprochen haben (Nr. 3) und es muss ihm bei der Erhebung seiner E-Mailadresse und im Rahmen jeder zugesandten E-Mail ein Widerrufsrecht eingeräumt werden (Nr. 4; sog. **Opting-out**).

§ 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG verbietet schließlich Werbekommunikation unter **Identitätsverschleierung**. Die Norm setzt Art. 13 Abs. 4 ePrivacy-RL um. Nach dieser Norm müssen kommerzielle Kommunikationen klar als solche zu erkennen sein (Nr. 1). Auch müssen die natürliche oder juristische Person, in deren Auftrag kommerzielle Kommunikationen erfolgen, klar identifizierbar sein (Nr. 2). Ferner ist es erforderlich, dass Angebote zur Verkaufsförderung wie Preisnachlässe, Zugaben und Geschenke müssen klar als solche erkennbar sind (Nr. 3); Preisausschrieben oder Gewinnspiele mit Werbecharakter müssen klar als solche Erkennbar und die Teilnahmebedingungen leicht zugänglich sein. Diese Regelungen setzt § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG um. Problematisch ist nur, dass der Rechtsverletzer im Falle der Identitätsverschleierung (§ 7 Abs. 2 Nr. 3 lit. a UWG) nicht identifiziert werden und daher praktisch nicht in Anspruch genommen werden kann!

b) Telefonwerbung nach § 7 Abs. 2 Nr. 1 UWG

§ 7 Abs. 2 Nr. 1 UWG betrifft unerbetene **Telefonwerbung**. Die Norm beruht auf nationalem Recht, lehnt sich jedoch im Sinne einer möglichst europafreundlichen Regelung an Art. 13 Abs. 1 ePrivacy-Richtlinie an. Bei der Auslegung dieser Norm kommt es vor allem auf den von Telefonwerbung ausgehenden Belästigungseffekt an. Dieser beruht auf folgenden Umständen:

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

Unter Telefonanruf ist jede individuelle fernmündliche Kommunikation zu verstehen. Werbung besteht nach **Art. 2 lit. a Werbe-RL** in jeder Äußerung bei der Ausübung eines Gewerbes oder freien Berufs **mit dem Ziel, den Absatz von Waren** oder die Erbringung von Dienstleistungen, einschließlich unbeweglicher Sachen, Rechte und Verpflichtungen, **zu fördern**.

Auch § 7 Abs. 2 Nr. 1 setzt eine vorherige **ausdrückliche Einwilligung** erforderlich, wenn die Telefonwerbung gegenüber einem Verbraucher erfolgt. Hier gelten dieselben Auslegungsgrundsätze wie im Falle des § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG. Die Einwilligung muss zunächst ausdrücklich sein. Dies setzt voraus, dass sie in Kenntnis der Sach- und Rechtslage bei laienhafter Beurteilung erteilt wird. Sie muss zugleich unmissverständlich erteilt werden. Die Erteilung kann jedoch auf der Grundlage von AGB erfolgen, weil die Einholung durch die betroffenen Unternehmer sonst praktisch nicht möglich wäre (BGH GRUR 2013, 531 – Einwilligung in Werbeanrufe II Rn. 21). Auch muss sich die Einwilligung auf einen **konkreten Gegenstand** beziehen: Der Gegenstand der Anrufe (Person des Werbetreibenden, Gegenstand der Werbung) müssen vor Erteilung der Einwilligung konkretisiert werden und dürfen später nicht überschritten werden. Diese Zustimmung muss, wenn sie von einem Verbraucher erteilt wird, gem. **§ 7a UWG** für fünf Jahre von dem Werbenden Unternehmen aufbewahrt werden. Praktisch beeinflusst § 7a UWG die Beweisführung zwischen Unternehmen und Verbraucher. Kann das Unternehmen die Erlaubnis seitens des Verbrauchers innerhalb dieses Zeitraums nicht vorweisen, greifen die Grundsätze der sog. **Beweisvereitelung**. Zugunsten des Verbrauchers spricht dann eine Beweiserleichterung dahingehend, dass dieser die Zustimmung nicht erteilt hat.

Bei einem **sonstigen Marktteilnehmern**, also gemäß § 2 Abs. 1 Nr. 3 UWG: Unternehmer!) kommt nach § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG auch eine **mutmaßliche Einwilligung** in Betracht. Für diese kommt es darauf an, 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 wohl stets behauptet werden kann (BGH GRUR 2001, 1181, 1183 – Telefonwerbung für Blindenwaren). Erforderlich ist vielmehr eine **konkrete Sachbezogenheit**: Gerade beim Angerufenen muss ein eindeutiges Interesse des Angerufenen an der Telewerbung vermutet werden dürfen. Hier kommt es regelmäßig zu einer **Abwägung** zwischen den Nachteilen für den Angerufenen (Störung des Betriebs; Belegung der Leitung, tiefes Eindringen in die Hierarchie des Unternehmens) und dem Interesse des Anrufenden an einer Werbung durch Telefon und auch auf den Gegenstand der Werbung.

c) Nr. 26 SL

Bis zum 28.5.2022 war der Regelungsgegenstand von Nr. 26 SL in § 7 Abs. 2 Nr. 1 UWG erfasst. Seitdem ist die Norm – ihrem europäischen Vorbild in Nr. 26 SL zur UGP-RL entsprechend – in der Schwarzen Liste eingegliedert.

Vorausgesetzt wird ein hartnäckiges und unerwünschtes Ansprechen des Verbrauchers mittels Telefonanrufen, unter Verwendung eines Faxgerätes, elektronischer Post oder sonstiger für den Fernabsatz geeigneter Mittel der kommerziellen Kommunikation, es sei denn, dieses Verhalten ist zur rechtmäßigen Durchsetzung einer vertraglichen Verpflichtung gerechtfertigt.

Hartnäckig ist die **wiederholte Ansprache**. Dies ergibt sich aus der italienischen und französischen Sprachfassung von Nr. 26 SL zur UGP-RL. Es kommt also nicht auf eine besonders intensive oder aggressive Verhaltensweise an. Verbraucher muss diese Art der Werbung ferner **ausdrücklich nicht** wünschen. Auf diese Ausdrücklichkeit kommt es an, da Nr. 26 SL **keine Erheblichkeitsschwelle** voraussetzt, so dass jede unter die Norm fallende Begehungsform **per se** verboten ist. Diese scharfe Rechtsfolge erscheint wiederum nur gerechtfertigt, wenn der entgegenstehende Wille des Verbrauchers ohne jeglichen Interpretationsspielraum und unmissverständlich eingeordnet werden kann.

Tatbestand ist gem. Art. 3 Abs. 4 UGP-RL **subsidiär** gegenüber § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG, weil diese Norm bereits einen in Art. 13 Abs. 1 ePrivacy-RL geregelten Fall der der hartnäckigen Ansprache umsetzt.

d) Nr. 32 SL

Die Norm verbietet es dem Unternehmer, bei einem im Rahmen eines unerbetenen Besuchs in der Wohnung eines Verbrauchers geschlossenen Vertrag den Verbraucher zur Bezahlung vor Ablauf des Tages des Vertragsschlusses aufzufordern. Dies gilt nach Halbsatz 2 nicht, wenn der Betrag unter 50 Euro liegt.

Die Norm geht auf den durch die **Omnibus-Richtlinie (EU) 2019/2161** neu eingeführten Art. 5 Abs. 5 UGP-RL zurück. Diese Norm hindert die Mitgliedstaaten nicht daran, Bestimmungen in Bezug auf aggressive oder irreführende Vermarktungs- oder Verkaufspraktiken im Zusammenhang mit zwei Geschäftspraktiken zu erlassen:

- unerbetenen Besuchen eines Gewerbetreibenden in der Wohnung eines Verbrauchers
- Ausflügen, die von einem Gewerbetreibenden in der Absicht oder mit dem Ergebnis organisiert werden, dass für den Verkauf von Produkten bei Verbrauchern geworben wird oder Produkte an Verbraucher verkauft werden,

Erklärt wird diese Ausnahme in **Erwägungsgrund 55** der Omnibus-Richtlinie so:

„Im Einklang mit dem Subsidiaritätsprinzip und zur Erleichterung der Durchsetzung sollte klargestellt werden, dass die Richtlinie 2005/29/EG die Freiheit der Mitgliedstaaten unberührt lässt, Bestimmungen zu erlassen, die dem zusätzlichen Schutz der berechtigten Interessen der Verbraucher vor unlauteren Geschäftspraktiken **im Zusammenhang mit unerbetenen Besuchen eines Gewerbetreibenden in der Wohnung eines Verbrauchers zwecks Angebot oder Verkauf von Waren oder Ausflügen, die von einem Gewerbetreibenden in der Absicht oder mit dem Ergebnis organisiert werden, dass für den Verkauf von Waren bei Verbrauchern geworben wird oder Waren an Verbraucher verkauft werden, dienen**, sofern diese Bestimmungen aus Gründen des Verbraucherschutzes gerechtfertigt sind. Diese Bestimmungen sollten verhältnismäßig und nichtdiskriminierend sein und **diese Verkaufskanäle als solche nicht verbieten**. In den von den Mitgliedstaaten erlassenen Bestimmungen könnte beispielsweise **eine Tageszeit festgelegt werden**, zu der Besuche in der Wohnung eines Verbrauchers ohne dessen ausdrücklichen Wunsch nicht zulässig sind, derartige Besuche könnten untersagt werden, wenn der Verbraucher erkennbar zu verstehen gegeben hat, dass er sie nicht wünscht, oder es könnte das Zahlungsverfahren vorgeschrieben werden. Darüber hinaus könnten in solchen Bestimmungen in den durch die Richtlinie 2011/83/EU harmonisierten Bereichen strengere Schutzvorschriften festgelegt werden...“

Auch nach Art. 5 Abs. 5 Satz 2 UGP-RL muss die Umsetzung in das nationale Recht verhältnismäßig, nicht diskriminierend und aus Gründen des Verbraucherschutzes gerechtfertigt sein. In den Gesetzesberatungen zur Umsetzung der Omnibus-Richtlinie wurde ein entsprechender Regelungsbedarf erkannt (BT-Drucks. 19/27873, 58).

Der deutsche Gesetzgeber hat von der neu eröffneten Kompetenz nur zurückhaltend Gebrauch gemacht:

- Unerbetene Besuche verbietet er nicht vollständig, sondern nur, wenn der Gewerbebetreibende bei einem im Rahmen eines unerbetenen Besuchs geschlossenen Vertrags den Verbraucher zur Bezahlung der Ware oder Dienstleistung vor Ablauf des Tages des Vertragsschlusses auffordert. Es handelt sich um einen **besonders intensiven Fall der Überrumpelung**, bei dem nicht nur das Verpflichtungsgeschäft in einer Haustürsituation zustande kommt, sondern zugleich in der Haustürsituation erfüllt wird. Der Verbraucher soll nicht unter dem Eindruck des unerbetenen Hausbesuchs, dh. aus Verlegenheit oder um den Besucher loszuwerden, zur zeitnahen Entrichtung der Gegenleistung angehalten werden dürfen. **Im Umkehrschluss** aus Nr. 32 SL ist eine Vertriebspraxis, die auf unerbetene Hausbesuche setzt, daher nicht von vornherein verboten. Dies entspricht auch Erwägungsgrund 55. Darüber hinaus macht der Gesetzgeber von den anderen, in Erwägungsgrund 55 angedeuteten Möglichkeiten (Regelung der Tageszeit) keinen Gebrauch.
- Die Problematik der **Kaffeefahrten** hat der BGH nicht geregelt. Diese sind daher grundsätzlich erlaubt und ist nur in Ausnahmefällen (besondere Druckausübung) unter den Voraussetzungen des § 4a UWG verboten.

V. Vorsprung durch Rechtsbruch (§ 3a UWG)

1. Tatbestandsvoraussetzungen

Die Norm beruht auf deutschem Recht und folgt dem **Rechtsgedanken**, dass die Konkurrenten im Wettbewerb untereinander keinen Vorsprung durch Verletzung von Marktverhaltensnormen erlangen dürfen (**Vorsprung durch Rechtsbruch**). Deshalb stellt die Verletzung einer Marktverhaltensnorm unlauteres Verhalten dar. Im Mittelpunkt der Normanwendung steht folglich der Begriff der **Marktverhaltensnorm**. Nach § 3a UWG handelt es sich um eine gesetzliche Vorschrift, die *auch* dazu bestimmt ist, im Interesse der Marktteilnehmer das Marktverhalten zu regeln.

Als **gesetzliche Vorschrift** in diesem Sinne kommt jede Norm in Betracht, die in Deutschland gilt, also etwa auch eine Gemeindefestsetzung oder der durch Landesgesetz umgesetzte Medienstaatsvertrag (BGH GRUR 2017, 422 – **ARD Buffet**, Rn. 28). Der BGH wendet § 3a UWG auch Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG (Prinzip der Staatsferne) an (vgl. das Beispiel unten). Diese Überlegungen folgen aus dem Schutzzweck des § 3a UWG: Danach kommt es nicht darauf an, welcher Gesetzgeber die Norm erlassen hat, sondern nur darauf, dass diese das Verhalten der auf dem betroffenen Markt Agierenden verbindlich regelt. Allerdings darf § 3a UWG **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 5b UWG hinaus zu einem Anspruch aus § 3a UWG führen, wenn einer der Ausnahmetatbestände des Art. 3 Abs. 2 bis 4 UGP-RL einschlägig ist (BGH WRP 2015, 1464 Rn. 19– Der Zauber des Nordens). Dies gilt in ähnlicher Weise für die Beschränkung der Anwaltswerbung nach § 43b BRAO in Bezug auf die Dienstleistungsrichtlinie (S. 145). In ähnlicher Weise muss die vollharmonisierende Regelung des Art. 8 Abs. 1 Unterabsatz 2 UGP-RL für vergleichende Werbung beachtet werden (BGH GRUR 2009, 845 Rn. 38 – *Internet-Videorecorder*).

b) Erforderlich ist ferner eine **verhaltensbezogene Regelung (Marktverhaltensregelung)**. Vgl. dazu das Verständnis des BGH (BGH, 25.3.2021 – I ZR 203/19 - Nutzungsentgelt für bargeldlose Zahlungen Rn. 14) für § 270a BGB:

„Als Marktverhalten ist jede Tätigkeit auf einem Markt anzusehen, die objektiv der Förderung des Absatzes oder Bezugs dient und mit der ein Unternehmer auf Mitbewerber, Verbraucher oder sonstige Marktteilnehmer einwirkt. Dazu gehören neben dem Angebot von und der Nachfrage nach Waren oder Dienstleistungen auch der Abschluss und die Durchführung von Verträgen... Die Bestimmung des § 270a BGB verbietet die Vereinbarung von Entgelten für bestimmte Zahlungsmittel. Sie betrifft damit die Durchführung von Verträgen und insoweit ein Marktverhalten. Da sie zumindest auch den Schutz der Schuldner bezweckt..., stellt sie eine Regelung des Marktverhaltens auch im Interesse der Marktteilnehmer dar. Ein Verstoß gegen § 270a BGB ist geeignet, die Interessen von Marktteilnehmern spürbar zu beeinträchtigen, weil ihnen solchenfalls zu Unrecht Kosten auferlegt werden.“

Eine Marktverhaltensnorm verfolgt typischerweise einen Hauptzweck, dessen Verwirklichung das auf Warenabsatz gerichtete Verhalten der Wettbewerber auf dem Markt beeinflusst. Negativbeispiel Das **Einkommensteuergesetz** regelt das Verhalten der Konkurrenten auf dem Markt gerade nicht. Hinterzieht ein Konkurrent daher Einkommenssteuer, zieht dies keine Abmahnung nach §§ 8 Abs. 1 Satz 1, 3 Abs. 1, 3a UWG der Mitbewerber nach sich.

Eine Marktverhaltensnorm liegt ebenfalls nicht vor, wenn sie **allein den Marktzugang** regelt. Für dieses Verständnis spricht zunächst der Wortlaut des § 3a UWG. Dem liegt folgender Normzweck zugrunde (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 bzw. auch nur in einen Streit darüber zu verwickeln. Denn andernfalls würde § 3a UWG in ein Schutzinstitut zur Verhinderung des Wettbewerbs auf dem Markt verkehrt. Aus diesem Grund fällt eine **reine Marktzugangsregelung** nicht unter § 3a UWG, wohl aber eine Marktzugangsregelung, die auch auf den Schutz der Lauterkeit des Wettbewerbs auf dem Markt gerichtet ist. Vgl. dazu die **Leitentscheidung des BGH** (25.4.2002 – I ZR 250/00 – **Elektroarbeiten**, Rn. 21)

„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 lauterem 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...“

Beachten Sie bitte Folgendes: Nach § 3a UWG muss die **auch** das Marktverhalten regeln. Darin muss nicht der Hauptzweck der Regelung liegen.

c) § 3a UWG setzt eine gesetzliche Norm vor, die das *Markt*verhaltensregel regelt. Damit ist geht ein teleologischer **Marktbezug** einher. Die Norm muss den Markt und die dort operierenden Unternehmen betreffen, nicht aber die Rechtsstellung der Unternehmen allgemein. Daran fehlt es etwa bei Regelungen über Einkommensteuerpflicht. Werden diese verletzt, fehlt ein Bezug zu dem Markt, auf dem die Einkommen erzielt werden.

d) Spürbarkeit

Schließlich setzt der Verstoß Spürbarkeit voraus. Dies folgt aus dem zweiten Halbsatz der Norm, wonach der Verstoß geeignet sein muss, die Interessen von Verbrauchern (§ 2 Abs. 2 UWG), sonstigen Marktbeteiligten (§ 2 Abs. 1 Nr. 3 UWG) oder Mitbewerbern (§ 2 Abs. 1 Nr. 4 UWG) spürbar zu beeinträchtigen. Beachten Sie, dass es hier nicht um die Beeinflussung der informierten Verbraucherentscheidung nach §§ 3 Abs. 2, 2 Abs. 1 Nr. 11 UWG gehen kann. Diese ist abschließend, nämlich vollharmonisierend in den §§ 4a bis 5b UWG geregelt. Dieser Regelungsbereich kann über § 3a UWG nicht ausgeweitet, aber auch nicht beschränkt werden. Vielmehr geht es um die Wahrung des in § 1 Abs. 1 Satz 2 UWG angelegten Marktordnungszwecks: Ohne spürbare Auswirkungen auf das Marktgeschehen ist dieser nicht berührt!

Bei der Prüfung eines Verstoßes gegen § 3a UWG liegt **folgender Aufbau** nahe:

Jürgen Oechsler, Uni Mainz, Skript zum UWG, 2024

Nach Identifizierung der möglicherweise verletzten Norm kommt es auf Folgendes an:

- (1) Zu klären ist der eigentliche, unmittelbare **Schutzzweck** der Norm.
- (2) Darauf stellt sich die Frage, ob die Norm – wie im Wortlaut des § 3a UWG vorausgesetzt – auch das **Marktverhalten** regelt. Hier sind zwei Punkte zu klären:
 - Es darf sich nicht um eine Norm handeln, die ausschließlich oder doch weit überwiegend den Zugang zum Markt regelt.
 - Ihrem Zweck nach muss die Norm einen teleologischen Bezug zum Marktgeschehen aufweisen.
- (3) Die Regelung muss **auch im Interesse der Marktteilnehmer** bestehen. Dazu zählen nach § 2 Abs. 1 Nr. 3 UWG neben Mitbewerbern (§ 2 Abs. 1 Nr. 4 UWG) und Verbrauchern (§ 2 Abs. 2 UWG iVm. § 13 BGB) auch die Anbieter und Nachfrager von Waren oder Dienstleistungen, also die Vertreter vor- und nachgelagerter Marktstufen.
- (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 muss schließlich im Einzelfall **spürbar** sein.

2. Fallmaterial

Beachte bereits die Anwendung des § 3a UWG in den Fällen spezialgesetzlicher Irreführungsverbote (oben S. 91).

a) Verletzung von Verbraucherschutznormen

Zu den von § 3a UWG erfassten Marktverhaltensnormen zählen insbesondere **Verbraucherschutznormen** (Beispiel die Informationspflichten nach § 312b BGB):

EuGH Zufriedenheitsgarantie

(BGH, 10.2.2022 – I ZR 38/21 – Zufriedenheitsgarantie; EuGH, 28.9.2023 – C-133/22 – LACD-GmbH)) Der BGH legt dem EuGH die Frage vor, ob die § 479 BGB zugrunde liegende Richtliniennorm auch auf den Fall einer sog. Zufriedenheitsgarantie anwendbar ist. Diese beinhaltet ein lebenslanges Rückgaberecht bei Unzufriedenheit mit der Ware.

Im Verfahren war ein Anspruch auf der Grundlage eines Verstoßes gegen § 3a UWG iVm. § 479 BGB geltend gemacht worden, weil der Werbetreibende die Verbraucher nicht entsprechend dieser

Norm über die Garantiebedingungen informiert hatte. § 479 BGB setzt Artikel 17 Warenkaufrichtlinie 2019/771 um. Diese Norm lautet

(1) Jede gewerbliche Garantie ist für den Garantiegeber zu den Bedingungen verbindlich, die in der entsprechenden Garantieerklärung und einschlägiger Werbung, die zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses oder davor verfügbar war, angegeben sind...

Fraglich war allerdings, ob es sich bei der „Zufriedenheitsgarantie“ um eine Garantie im Normsinne handelt, denn sie sichert den Käufer nicht gegenüber Sachmängeln ab wie eine Beschaffenheitsgarantie (§ 434 BGB). Der **EuGH** bejaht die Anwendbarkeit. Dafür spreche das durch die Richtlinie angestrebte hohe Niveau des Verbraucherschutzes (Rn. 30). Dabei hat sich der Unternehmer aus einer freien unternehmerischen Entscheidung heraus auf einen solchen Garantiefall eingelassen (Rn. 31). Dies gelte auch, wenn die Voraussetzungen des Garantiefalls nicht objektiv überprüfbar seien sondern in der schlichten Äußerung des Verbrauchers bestehe, nicht zufrieden zu sein (Rn. 32). **Überzeugender** erscheint der Gedanke, dass der Unternehmer durch die Bewerbung der eigenen Ware mit einer Zufriedenheitsgarantie nicht übertriebene Erwartungen beim Verbraucher wecken darf, sondern diesem Klarheit darüber schuldet, unter welchen Voraussetzungen und auf welche Weise dieser die Ware zurückgeben darf.

Zu den Informationspflichten des Herstellers in Bezug auf eine Garantie hat der EuGH auch unter EuGH, 5.5.2022 – C-179/21 – **absoluts-bikes and more** entschieden.

Der BGH (12.1.2023 – I ZR 223/19) hat dem EuGH die Frage vorgelegt, ob Verstöße gegen die **DSGVO** im Wege des § 3a UWG von privater Seite geltend gemacht werden dürfen.

In einer auch für das Bankrecht bedeutsamen Grundlagenentscheidung des **BGH** ging es um einen Verstoß gegen § 270a BGB:

BGH Nutzungsentgelt für bargeldlose Zahlungen

(BGH, 25.3.2021 – I ZR 203/19 - **Nutzungsentgelt für bargeldlose Zahlungen**) B veranstaltet Fernbusreisen und bietet seinen Kunden folgende vier Zahlungsmöglichkeiten an: ec-Karte, Kreditkarte, Sofortüberweisung und PayPal. Bei Verwendung der ersten beiden Zahlungsmittel erhebt B kein weiteres Entgelt. Streit gibt es jedoch um die Frage, ob B eine zusätzliche Gebühr erheben darf, wenn eine Sofortüberweisung vorgenommen wird. Bei der Sofortüberweisung handelt es sich um einen Zahlungsauslösedienst iSd. § 1 Abs. 1 Satz 2 Nr. 7 ZAG (Zahlungsauslösedienstaufsichtsgesetz). Der Dienstleister erhält die Bankzugangsdaten zum Konto des Kunden. Tätigt der Kunde einen Umsatz, gibt der Dienstleister gegenüber dem Verkäufer sofort eine Zahlungsbestätigung ab, die später durch eine nachträgliche SEPA-Überweisung erfüllt wird. Liegt in der Vereinbarung eines zusätzlichen Entgelts bei Verwendung dieser Dienstleistung ein Verstoß des B gegen § 3a UWG iVm. § 270a BGB?

Nach § 270a BGB ist eine Vereinbarung unwirksam, durch die der Schuldner verpflichtet wird, ein Entgelt für die Nutzung einer SEPA-Basislastschrift, einer SEPA-Firmenlastschrift, einer SEPA-

Überweisung oder einer Zahlungskarte zu entrichten. Der BGH ordnet die Norm als Marktverhaltensregel iSd. § 3a UWG ein (Rn. 14). Fraglich ist allerdings, ob der Nutzer auch im konkreten Fall und entgegen § 270a Satz 1 BGB verpflichtet war, ein Entgelt für eine SEPA-Überweisung zu entrichten. Diese Frage verneint der BGH: Denn B fordert das Entgelt nicht für die im Anschluss an die Zahlungsbestätigung durchgeführte SEPA-Überweisung, sondern für die vorgelagerte Tätigkeit des Zahlungsdiensteauslösers (ZDA). Diese besteht vor allem in der Abgabe einer Zahlungsbestätigung, die dem Verkäufer rasch Sicherheit verschafft. Die zugrunde liegende Garantieleistung wird erst in einem zweiten Schritt durch eine SEPA-Überweisung abgedeckt (Rn. 42). B belegt daher nicht eine SEPA-Überweisung mit einem Entgelt, sondern den Gesamtvorgang. Er verstößt daher nicht gegen § 270a BGB und übrigens auch nicht gegen **§ 312a Abs. 4 BGB**. Nach § 312a Abs. 4 BGB ist eine Vereinbarung unwirksam, durch die ein Verbraucher verpflichtet wird, ein Entgelt dafür zu zahlen, dass er für die Erfüllung seiner vertraglichen Pflichten ein bestimmtes Zahlungsmittel nutzt, wenn für den Verbraucher keine gängigen und zumutbaren entgeltlichen Zahlungsmöglichkeiten bestehen (Nr. 1) oder wenn das vereinbarte Entgelt über die Kosten hinausgeht, die dem Unternehmer durch die Nutzung des Zahlungsmittels entstehen (Nr. 2). Vorliegend waren für die Verbraucher jedoch ausreichend unentgeltliche Zahlungsmöglichkeiten vorhanden (Rn. 39).

Unausgesprochener Hintergrund der Entscheidung ist, **dass der Händler sich gegen teure Zahlungsdienstleister verteidigen darf**, indem er bei deren Verwendung Aufschläge erhebt. Denn der Zahlungsdienstleister erstattet dem Händler nicht die Nominalforderung iHv. 100 %, sondern behält einen vgl. hohen Abschlag als Entgelt für die von ihm erbrachte Zahlungsdienstleistung ein. Dieses Selbstverteidigungsrecht der Händler darf aber nicht zu Lasten der Verbraucher gehen. Vgl. jetzt auch die Entscheidung BGH, 28.7.2022 – I ZR 205/20 – Entgelt für Zahlungsmittel, die ebenfalls zu § 312a Abs. 4 BGB erging.

b) Das Prinzip der Staatsferne

Auch das aus Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG abgeleitete Prinzip der **Staatsferne** kann Gegenstand des § 3a UWG sein.

BGH Prinzip der Staatsferne

(BGH, 14.7.2022 – I ZR 97/21 (OLG Hamm) – **Prinzip der Staatsferne**) Die Stadt Dortmund betreibt die Internetseite "dortmund.de". Dort werden neben amtlichen Mitteilungen auch redaktionelle Inhalte in den Hauptrubriken "Leben in Dortmund", "Freizeit und Kultur", "Wirtschaft", "Tourismus", "Rathaus & Bürgerservice" bereitgestellt. Ferner findet sich dort ein "Marktplatz", über den Onlinewerbung verschiedener Anbieter abrufbar ist. K ist ein Presseverleger, dessen Tageszeitung auch in Dortmund erscheint. Er betreibt zugleich eine Website, auf der Onlinewerbung geschaltet werden kann. Er verlangt Unterlassung des Betriebs der Internetseite. Zu Recht?

In Betracht kommt ein Anspruch des K gegen B auf Unterlassung aus §§ 8 Abs. 1 Satz 1, 3 Abs. 1, 3a UWG iV. mit dem aus Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG folgenden Prinzip der Staatsferne.

K ist nach § 8 Abs. 3 Nr. 1 UWG als Mitbewerber iSd. § 2 Abs. 1 Nr. 4 UWG aktivlegitimiert.

Fraglich ist jedoch, ob B eine geschäftliche Handlung nach §§ 8 Abs. 1 Satz 1, 2 Abs. 1 Nr. 2 UWG vornimmt. Die öffentlich-rechtliche Verfasstheit als Gebietskörperschaft steht dem nicht entgegen, wenn B nicht aufgrund einer speziellen Ermächtigungsgrundlage tätig wird oder schwerpunktmäßig hoheitliche Maßnahmen vornimmt. Vorliegend aber beteiligt B sich als Anbieterin auf dem Markt für Online-Werbung und ist deshalb wie alle anderen, auf dem Markt Tätigen den Regeln des UWG unterworfen.

Der BGH erkennt schließlich in dem aus Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG abgeleiteten **Prinzip der Staatsferne eine Marktverhaltensnorm iSd. § 3a UWG** (Rn. 21). Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG schützt die freie Presse vor allem auch als Institut, was zur Folge hat, dass der Staat sich nur in engen Grenzen auf dem Gebiet der Presse betätigen darf, um private Presseorgane nicht zu verdrängen. Dem steht wiederum die **kommunale Selbstverwaltungsgarantie nach Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG** entgegen. Einer Gebietskörperschaft wie B muss das Recht gewährt werden, alle Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft im Rahmen der Gesetze in eigener Verantwortung zu regeln. Daraus folgt ihr Recht, Öffentlichkeits- und Informationsarbeit zu leisten (Rn. 28). Voraussetzung ist jedoch ein Bezugspunkt der bereit gestellten Informationen zur eigenen Tätigkeit der Gemeinde und ihren Aufgaben (Rn. 29 und Rn. 32). Ein weitere Voraussetzung liegt in der Neutralität der zur Verfügung gestellten Informationen (Rn. 40). Beide Voraussetzungen sieht das Gericht hier gewahrt, so dass der Anspruch nicht besteht.

In einer Folgeentscheidung (BGH, 13.7.2023 – I ZR 152/21 – **muenchen.de**) konkretisiert der **BGH** den daraus abgeleiteten **Verhaltensspielraum kommunaler Träger** weiter. Deren Tätigkeit unterliegt **einer inneren und einer äußeren Grenze**. Die innere Grenze ergibt sich aus dem erforderlichen Bezug zur Gemeinde und ihren Aufgaben (Rn. 30); die äußere Grenze resultiert aus der Institutsgarantie des Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG; Rn. 31). Im zweiten Punkt geht es um die Verhinderung von Einflussnahme auf die Pressetätigkeit (Rn. 34). Das Stadtmarketing und die Tourismusförderung zählen jedoch zur zulässigen Öffentlichkeitsarbeit einer Gemeinde (Rn. 41 ff.). Anzeigen in einer kommunalen Publikation sind dagegen nur als **fiskalisch motivierte Randnutzung** erlaubt. Dabei geht es um eine Annextätigkeit, also eine untergeordnete, quantitativ nachgeordnete Tätigkeit in innerem Zusammenhang zur Hauptnutzung (Rn. 45). Verstößt die öffentliche Hand in einem solchen Zusammenhang gegen andere Norm des UWG – wie § 5 oder §

5a UWG – sind diese Verstöße nicht in die Gesamtbetrachtung nach § 3a UWG einzubeziehen, sondern jeweils als solche zu beachten (Rn. 49).

c) Besondere Marktordnungsnormen (PreisangabenVO, LadenschlussG usw.)

Die **Preisangabenverordnung** (PreisangV) ist eine Marktverhaltensnorm iSd. § 30a UWG. Entscheidungen des BGH ergingen zur **Platzierung des Grundpreises** bei einem Angebot im Internet (BGH 19.5.2022 – I ZR 69/21 – Grundpreisangabe im Internet) und zur **Preisgestaltung bei Koppelungsangeboten** (BGH 25.11.2021 – I ZR 148/20 – Koppelungsangebote II).

Eine bedeutsame Entscheidung erging schließlich zum rheinland-pfälzischen Ladenschlussgesetz:

BGH Zweibrücker Fashion Outlet

(BGH, 27.7.2023 – I ZR 144/22 – **Zweibrücken Fashion Outlet**) § 1 der von der Landesregierung Rheinland-Pfalz erlassenen Landesverordnung zur Durchführung von § 7 Abs. 2 des rheinland-pfälzischen Ladenöffnungsgesetzes (LadenÖffnG RLP) sieht Sonntagsöffnungen der Geschäfte von 11 bis 20.00 Uhr im Einzugsbereich des Flughafens Zweibrücken, in dem auch das Zweibrücker Fashion-Outlet-Center (ZFO) liegt, vor. Als das LadenÖffnG RLP geändert wird, widerspricht § 1 der VO der Neufassung des Gesetzes, was jedoch zunächst nicht weiter beachtet wird. Ein Mitbewerber wendet sich gegen die Sonntagsöffnung von B im ZFO, weil für B keine legale Ausnahme vom Verbot der Sonntagsöffnung nach dem neuen LadenÖffnG RLP besteht.

Der BGH sieht die Regelung der Ladenöffnungszeiten zunächst als Marktverhaltensregelung an (Rn. 13). Problematisch war jedoch, ob der von § 1 der VO ausgehende **Schein der Legalität** einer Inanspruchnahme des B entgegenstand. Der BGH geht zunächst davon aus, dass § 3a UWG nicht auf ein Verhalten anwendbar ist, das durch einen rechtswidrigen, aber bestandskräftigen (also nicht nichtigen) Verwaltungsakt zurückgeht (Rn. 16). Eine Rechtsverordnung aber, die gegen höherrangiges Gesetz verstößt, ist nichtig und kann daher keine Legitimationswirkung entfalten (Rn. 18). Zwar führt der nachträgliche Wegfall der Ermächtigungsgrundlage noch nicht zur Nichtigkeit der VO (Rn. 23); doch kommt es im folgenden Fall zu einem Konflikt zwischen dem neuen LadenÖffnG und der niederrangigen VO, die zu deren Nichtigkeit führt (Rn. 24). Deshalb ist das Verbot des LadenÖffnG auf B anwendbar. Dessen Nichtbeachtung stellt einen Wettbewerbsverstoß iSd. § 3a UWG dar. Beachtung verdient vor allem, dass der Unterlassungsanspruch nach § 8 Abs. 1 Satz 1 UWG kein Vertretenmüssen voraussetzt!

Das **Geschäftsmodell des Unternehmens Uber** wird immer wieder im Hinblick auf die Verletzung verschiedener Marktordnungsnormen überprüft worden. In einem Verfahren vor dem OLG Frankfurt ging es um die Frage, ob in Uber-Wagen Wegstreckenzähler iSd. § 30 der Verordnung über den Betrieb von Kraftfahrtunternehmen im Personenverkehr (BOKraft) installiert werden müssen. Die

Personenbeförderung darf nämlich nur unter engen Bedingungen zu pauschalen Tarifen stattfinden (OLG Frankfurt, 2.6.2022 – 6 U 60/21 – Uber-App). In einem anderen Verfahren stellte sich die Frage nach der Vereinbarkeit des Uber-Modells mit den Regelungen des Personenbeförderungsgesetzes (OLG Frankfurt, 20.5.2021 – 6 U 18/20 – UberX).

d) Tabakwerbung

Auch die **Tabakwerbung** ist regelmäßig Gegenstand von Klagen nach § 3a UWG.

BGH Zigarettenausgabeautomat II

(BGH, 24.2.2022 – I ZR 176/19 – **Zigarettenausgabeautomat II**) In der Entscheidung geht es um einen Anspruch nach § 8 Abs. 1 Satz 1, 3a UWG iVm. **§ 6 Tabakerzeugnisgesetz**. Die Auslegung dieser Norm richtet sich nach Art. 8 Abs. 3 Satz 1 der Richtlinie 2014/40/EU über die Herstellung, die Aufmachung und den Verkauf von Tabakerzeugnissen und verwandten Erzeugnissen. Nach der Richtlinie muss beim Inverkehrbringen von Tabakerzeugnissen vor den Gefahren des Konsums gewarnt werden. Der BGH entscheidet vorliegend über den Fall, dass Zigarettenspackungen durch einen Warenautomaten an der Ladenkasse eines Supermarktes ausgegeben werden. Die Zigarettenspackungen selbst beinhalten den Warnhinweis; dieser findet sich jedoch nicht auf den Abbildungen des Warenautomaten. Der BGH legt dem EuGH die Frage vor, ob die Warenpräsentation über den Warenautomaten ein Inverkehrbringen iSd. Art. 8 Abs. 3 Satz 1 Richtlinie 2014/40/EG darstellt. Nachdem der EuGH diese verneint hat, erkennt auch der BGH insoweit keinen Verstoß gegen § 3a UWG (BGH, 26.10.2023 – I ZR 176/19)

OLG Saarbrücken Aktionsbündnis Dampfen

(OLG Saarbrücken 8.9.2021 – 1 U 68/20 – Aktionsbündnis Dampfen) K, ein nach § 8 Abs. 3 Nr. 3 UWG aktivlegitimierter Verband, geht gegen B vor. B betreibt einen Online-Shop, in dem E-Zigaretten erworben werden können. B weist ihre Kunden auf die Möglichkeit hin, sich über E-Zigaretten bei X, dem sog. „Aktionsbündnis Dampfen“, zu informieren. Dazu hat B einen Link auf die Seite von X gesetzt und den dazugehörigen Button mit dem Logo von X versehen. Auf der Seite der X wird behauptet, E-Zigaretten hätten 95 % weniger Schadstoffe als die aus Tabak gefertigten Zigaretten. K geht gegen B nach § 8 Abs. 1 Satz 1, 3 Abs. 1, 3a UWG iVm. § 19 **Tabakerzeugnisgesetz (TabakErzG)** vor.

§ 19 TabakErzG. Verbot der Hörfunkwerbung, der Werbung in Druckerzeugnissen und in Diensten der Informationsgesellschaft, Verbot des Sponsorings

- (1) Es ist verboten, für Tabakerzeugnisse, elektronische Zigaretten oder Nachfüllbehälter im Hörfunk zu werben.
- (2) Es ist verboten, für Tabakerzeugnisse, elektronische Zigaretten oder Nachfüllbehälter in der Presse oder in einer anderen gedruckten Veröffentlichung zu werben. Abweichend von Satz 1 darf in einer gedruckten Veröffentlichung geworben werden,
 1. die ausschließlich für im Handel mit Tabakerzeugnissen oder elektronischen Zigaretten oder Nachfüllbehältern tätige Personen bestimmt ist,
 2. die in einem Staat, der kein Mitgliedstaat der Europäischen Union ist, gedruckt und herausgegeben wird, sofern diese Veröffentlichung nicht hauptsächlich für den Markt in der Europäischen Union bestimmt ist.

In **§ 2 Nr. 5 TabakErzG** findet sich schließlich folgende Definition von Werbung:

jede Art kommerzieller Kommunikation mit dem Ziel oder mit der direkten oder indirekten Wirkung, den Verkauf eines Erzeugnisses zu fördern,

B ging vorliegend davon aus, dass das Werbeverbot auf E-Zigaretten nicht anwendbar sei. Dem hält das OLG den Erwägungsgrund 43 der Richtlinie 2014/40/EU entgegen, wo auch elektronische Zigaretten genannt sind. Auch aus allgemeinen Überlegungen heraus komme eine teleologische Reduktion des § 19 Abs. 3 TabakErzG nicht in Betracht. Denn mit dem im Gesundheits- und Jugendschutz liegenden Zweck des Werbeverbots sieht das OLG auch in Bezug auf E-Zigaretten verwirklicht (juris-Rn. 30).

Das **Verbot der Werbung für Tabakerzeugnisse** wird vom EuGH im Übrigen sehr weit ausgelegt. Vgl. **EuGH**, 9.12.2021 – C-370/20 – **Pro Rauchfrei e.V./JS e.K.** zu der Frage, wann von einer verbotenen Abbildung die Rede ist.

e) **Rechtsanwaltswerbung (§ 43b BRAO)**

Ein wichtiger Anwendungsfall des § 3a UWG liegt schließlich im Bereich der **Rechtsanwaltswerbung**. Hier gilt § 43b BRAO. Die Norm lautet.

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.

Beachten Sie, dass der Wortlaut nach Inkrafttreten der Dienstleistungsrichtlinie 2006/123/EG richtlinienkonform ausgelegt werden muss (**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 Beschränkungen der kommerziellen Kommunikation** (BGH Rn. 14 ff.). Deshalb darf § 43b BRAO **nicht mehr als absolutes Verbot** verstanden werden, sondern wird im Rahmen einer Einzelfallprüfung bei umfassender Abwägung der Gesamtumstände konkretisiert. Ausschlaggebend sind dabei die in Art. 24 Abs. 2 Dienstleistungsrichtlinie genannten Umstände, die in sich wiederum nicht abschließend sind (vgl. den Wortlaut „insbesondere“). Vgl. dazu **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 Jürgen Oechsler, Uni Mainz, Skript zum UWG, 2024

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**:

1. Die Norm schützt das Berufsbild des Rechtsanwalts als eines unabhängigen Organs der Rechtspflege (§ 1 BRAO).
2. 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 diese Norm öffnet die UGP-RL für konkurrierendes Richtlinienrecht. § 43b BRAO wiederum setzt durch diese Art der europarechtskonformen Auslegung die Regelungen der Dienstleistungsrichtlinie um.

Die richtlinienkonforme Auslegung des § 43b BRAO führt zu einer Lockerung des Verbots. Dennoch bleiben Grenzen

Anwaltsgerichtshof des Landes Nordrhein-Westfalen – Pin-Up-Kalender

(Anwaltsgerichtshof Hamm, 6.12. 2019 – 2 AGH 3/19 – Pin-Up-Kalender) B ist zugelassener Rechtsanwalt und Fachanwalt für Versicherungsrecht. Die zuständige Rechtsanwaltskammer (K) geht gegen ihn vor, weil er an Kfz-Werkstätten einen Pin-Up-Kalender kostenlos verteilt hat. Dieser besteht aus zwölf Monatsblättern mit unbekleideten Damen. Auf der Rahmung findet sich folgender Text: „*Don't drink & drive! But if you do ... Call me!*“ Darunter finden sich Name und Büroanschrift des B.

Bei dem Kalender handelt es sich um Werbung, weil dessen Verteilung objektiv auf den Absatz der Dienstleistungen des B zielt (Rn. 84). Diese sieht das Gericht als unsachlich an, weil die Abbildungen keinen Bezug zur anwaltlichen Tätigkeit hätten und vor allem auf marktschreierische Sensation zielten (Rn. 87). Vergebens berief sich der Rechtsanwalt auf die nach Art. 5 Abs. 3 GG geschützte Kunstfreiheit (Rn. 90 ff.). Man wird ergänzen dürfen, dass auch der Werbespruch „Don't...“ ein zu undistanziertes Verständnis für strafbares Verhalten bekundet und als solcher mit der Stellung des Rechtsanwalts als unabhängiges Organ der Rechtspflege nach § 1 BRAO nicht vereinbar ist.

VI. Vergleichende Werbung

1. Überblick

Vergleichende Werbung stellt ein Mittel der Kommunikation von Unternehmen gegenüber ihren Kunden dar, das der europäische Gesetzgeber vor allem wegen seines Bezugs zur **informierten**

Verbraucherentscheidung nach §§ 3 Abs. 2, 2 Abs. 1 Nr. 11 UWG als schützenswert ansieht: Der Vergleich soll dem Verbraucher Informationen für seine Auswahlentscheidung zwischen zwei Produkten liefern.

Vgl. dazu **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.“

Diese Vorstellungen erscheinen auf den ersten Blick überaus idealistisch, da es dem Werbetreibenden regelmäßig an Zeit und/oder an Raum fehlt, das eigene Produkt nach konkreten Funktionsmerkmalen hin mit dem Produkt des anderen werbend zu vergleichen und dabei sachlich zu informieren. Vielmehr bedeutet vergleichende Werbung stets ein Urteil in eigener Sache, das aus seiner Natur heraus schon nicht objektiv sein kann. Deshalb erscheint **ein anderer Aspekt** bedeutsam: Durch vergleichende Werbung kann ein Unternehmen den Verbraucher **auf eine bisher nicht in Betracht gezogene Produktalternative hinweisen**. In diese Richtung lässt sich **Erwägungsgrund 14 der Werberichtlinie** verstehen. Nachdem der Gesetzgeber zuvor (Erwägungsgrund 13) die Unverletzlichkeit des Markenrechts bekräftigt hat, führt er Folgendes dort aus:

„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.“

Man wird vergleichende Werbung daher in erster Linie als ein **Werbemittel des Newcomers** auf dem Markt verstehen dürfen, der die Verbraucher, die gerade im Internet nach den bekannten Marken suchen, auf sein bislang wenig bekanntes Angebot aufmerksam macht. Zu diesem Zweck macht er sich die Bekanntheit des Konkurrenten bzw. seiner Produkte zu Nutze und zweigt etwas von der Aufmerksamkeit, die die Nachfrager beidem zukommen lassen, auf sein eigenes Angebot ab. Von dieser Möglichkeit wird vor allem beim sog. **Adwording** (Neologismus aus „advertising“ und „word“) **bei Suchmaschinen** Gebrauch gemacht. Gibt der Benutzer einen Schlüsselbegriff ein, etwa einen bekannten Markennamen, wird neben den Suchergebnissen auch eine Werbeeinblendung sichtbar gemacht, die auf Produktalternativen des Konkurrenten aufmerksam macht.

BGH Staubsaugerbeutel im Internet

(BGH, 2.4.2015 – I ZR 167/13 – **Staubsaugerbeutel im Internet**) B wirbt für die eigenen Staubsaugerbeutel, die unter bislang unbekanntem Markennamen vertrieben werden, indem er auf die geschützte Marke „Swirl“ des Konkurrenten K Bezug nimmt. Seine Werbung lautet: „4 Vlies - für AEG - alternativ (ähnlich Swirl PH 86)“.

Es stellte sich die Frage, ob B den Ruf des K nach § 6 Abs. 2 Nr. 5 UWG in unlauterer Weise ausnutzte. Diese Frage verneint der BGH gerade, weil es zum Wesen der vergleichenden Werbung gehört, dem durchschnittlichen Verbraucher (§ 3 Abs. 4 Satz 1 UWG) durch Bezugnahme auf eine

fremde Marke eine Produktalternative aufzuzeigen (Rn. 32).

Das Beispiel zeigt, dass vergleichende Werbung sich durch **Bezugnahme** auf ein anderes Angebot im Wettbewerb auszeichnet. Darauf stellt die Legaldefinition des § 6 Abs. 1 UWG ab, in dem sie voraussetzt, dass bei vergleichender Werbung der Mitbewerber selbst oder seine Waren und Dienstleistungen **erkennbar** gemacht werden. Diese Bezugnahme kann wiederum auf eine positive oder auf eine negative Weise hergestellt werden. Bei der positiven Bezugnahme knüpft der Vergleich an das Image des Mitbewerbers an und leitet dies auf den Werbetreibenden über (Imagetransfer). Bei der negativen Bezugnahme versucht der Werbetreibende, unter Herabsetzung der Leistungen des Herstellers zu profilieren.

Damit einher gehen spezifische **Gefahren vergleichender Werbung**:

- Die positiver Weise Bezugnahme kann zu einer **Ausbeutung des fremden Rufs** führen: Vgl. die Regelungen in § 6 Abs. 2 Nr. 3, 4 und 6 UWG.
- Die negative Bezugnahme kann zu einer **Behinderung des Herstellers** des in Bezug genommenen Produkts führen: Vgl. die Tatbestände § 6 Abs. 2 Nr. 4 und 5 UWG.

Darüber hinaus kann vergleichende Werbung auch zu einer **Irreführung** des Publikums führen (§ 6 Abs. 2 Nr. 1 und 2 UWG, § 5 Abs. 3 Nr. 1 und Abs. 4 UWG), wobei der Schwerpunkt abermals in der Behinderung des Konkurrenten liegt: Dieser dringt wegen des Irreführungseffekts nicht zu den Verbrauchern durch bzw. wird in seinem Bemühen beeinträchtigt.

Insgesamt verbindet sich mit vergleichenden Werbung daher die **Gefahren des Behinderungswettbewerbs** (zu diesen bereits S. 8): Im effizienten Wettbewerb strebt der Unternehmer den Markterfolg idealerweise mit der eigenen Leistung an. Beim Behinderungswettbewerb wird der Markterfolg hingegen auf Kosten der Wettbewerbschancen des Konkurrenten erkaufte, indem dieser daran gehindert wird, mit seinem Angebot zu den Nachfragern vorzudringen.

Die Regelung des § 6 UWG tritt damit **in ein systematisches Spannungsfeld zu § 4 UWG**. Dabei greift folgender systematischer Zusammenhang: Liegt ein Fall vergleichender Werbung nach § 6 Abs. 1 UWG vor, richtet sich die Frage der Unlauterkeit allein nach § 6 Abs. 2 UWG. § 4 UWG ist in diesem Fall verdrängt. Maßgeblich ist die **vollharmonisierende Regelung der vergleichenden Werbung durch Art. 8 Abs. 1 Unterabsatz 2 Werberichtlinie 2006/114/EG** (im Folgenden Werbe-RL).

Entsprechend erfolgt auch die Prüfung des § 6 UWG **in zwei Schritten**:

- (1) An erste Stelle steht die Prüfung, ob der Rechtsverletzer vergleichende Werbung iSd. Abs. 1 treibt.
- (2) Ist dies zu bejahen, geht es im zweiten Schritt um die Frage, ob einer der Verbotstatbestände des Abs. 2 verwirklicht ist.

2. Legaldefinition (§ 6 Abs. 1 UWG)

Nach § 6 Abs. 1 UWG liegt vergleichende Werbung beim **Erkennbarmachen des Mitbewerbers** oder seiner Waren vor. Dabei geht es um die bereits erwähnte **Bezugnahme**.

Beachten Sie bitte im Weiteren Folgendes: Der Begriff des **Mitbewerbers entspricht nicht** dem des § 2 Abs. 1 Nr. 4 UWG; denn diese Norm geht auf die UGP-Richtlinie zurück, § 6 Abs. 1 UWG hingegen auf die Werberichtlinie 2006/114/EG (Werbe-RL). Art. 2 lit. c Werbe-RL lautet:

Im Sinne dieser Richtlinie bedeutet

c) „vergleichende Werbung“ jede Werbung, die unmittelbar oder mittelbar einen Mitbewerber oder die Erzeugnisse oder Dienstleistungen, die von einem Mitbewerber angeboten werden, erkennbar macht;

Dies lässt den gegenüber § 2 Abs. 1 Nr. 4 UWG eingeschränkten Anwendungsbereich von § 6 Abs. 1 UWG erkennen. Eine restriktive Auslegung gebietet auch der Normzweck des § 6 UWG. Vergleichende Werbung beruht auf der Bezugnahme auf ein konkurrierendes Angebot bzw. auf dem hinter diesem stehenden Unternehmer. Deshalb kann Mitbewerber nur ein Unternehmer sein, der ein Angebot unterbreitet, zu dem ein „gewisser Grad an Substituierbarkeit“ besteht (EuGH 19.4.2007 – C-381/05 – **Landtsheer Emmanuel SA** Rn. 30).

3. 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. 147), 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 substituiert den Bedarf von vornherein nicht. Dann liegt die Gefahr einer Irreführung der Verbraucher (§ 5 Abs. 3 Nr. 1 UWG) besonders nahe und die Nachteile vergleichender Werbung überwiegen die Vorteile.

EuGH Lidl/Verizon

EuGH, 18. 11. 2010 - C-159/09 Lidl/Vierzon Distribution) Vierzon stellte in seiner Werbung einen Jürgen Oechsler, Uni Mainz, Skript zum UWG, 2024

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. Wäre dies der Fall, käme unlauteres Verhalten nach § 6 Abs. 2 Nr. 1 UWG in Betracht.

Der EuGH stellt hingegen darauf ab, dass auch 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 werde nämlich verfehlt, wenn die verglichenen Produkte in allen Aspekten gleich beschaffen sein müssten (Rn. 37). Dahinter steht abermals der Rechtsgedanke, dass der Werbetreibende den Verbraucher mittels vergleichender Werbung auf eine Produktalternative aufmerksam machen darf. In der teilweise anders gestalteten Beschaffenheit liegt gerade die Alternativität des Angebots, für das vergleichend geworben werden darf. Dieser Umstand allein kann deshalb keinen Missbrauch nach § 6 Abs. 2 Nr. 1 UWG begründen. Ferner führt der EuGH aus, dass die **Anforderungen an vergleichende Werbung 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.

Es ist nicht unbestritten, doch dürfte § 6 Abs. 2 Nr. 1 UWG denselben Grad an Substituierbarkeit voraussetzen, der auch in § 6 Abs. 1 UWG für die Eigenschaft eines Unternehmers als Mitbewerber genügend ist: Der den Vergleich Treibende und der andere Unternehmer, der Ziel des Vergleichs ist, müssen einen bestimmten Verbraucherbedarf im weitesten Sinne befriedigen.

b) Fehlender objektiver Bezug (Nr. 2)

Der Zweck dieser Norm ergibt sich aus **Erwägungsgrund 8 Satz 1 der Werberichtlinie**:

(8) Vergleichende Werbung kann, wenn sie **wesentliche, relevante, nachprüfbare und typische Eigenschaften vergleicht und nicht irreführend ist**, ein zulässiges Mittel zur Unterrichtung der Verbraucher über ihre Vorteile darstellen...

Objektivität bedeutet daher nicht Unvoreingenommenheit oder wissenschaftliche Überprüfbarkeit. Diese Kriterien sind zur rechtlichen Beurteilung von Werbung von vornherein fehl am Platz (arg. e Art. 5 Abs. 3 Satz 2 UGP-RL). Vielmehr dürfte es im Rahmen der richtlinienkonformen Auslegung entsprechend Erwägungsgrund 8 Satz 1 Werbe-RL darum gehen, dass

- wesentliche,
- relevante,
- nachprüfbare und
- typische Eigenschaften und

- vor allem auch Preis der Ware

im Vordergrund des Vergleichs stehen, wobei eine Irreführung nach § 5 Abs. 3 Nr. 1 und Abs. 4 UWG vermieden werden muss (so EuGH, 8.2.2017 – C-562/15 – Carrefour Hypermarché Rn. 24 ff.) Die Maßstäbe für die Wahrung von Objektivität werden in der Praxis äußerst großzügig gehandhabt (vgl. BGH GRUR 2010, 161 – **Gib mal Zeitung**).

Nicht objektiv ist etwa ein Vergleich, der sich nur am Rande auf die angebotenen Waren und stattdessen schwerpunktmäßig auf die Person des Konkurrenten bezieht (BGH, 7.3.2019 - I ZR 254/16 – Knochenzement II Rn. 18 ff.). Vermieden werden müssen auch **Irreführungsgefahren** (vgl. Art. 4 lit. a Werberichtlinie).

OLG Nürnberg Günstigere Preise

(OLG Nürnberg 16. Oktober 2018 – 3 U 761/18 – Günstigere Preise) B warb mit Bezug auf das Angebot des K durch den Slogan „Willst Du günstigere Preise als bei K, dann gehe zu B.“ Die Preise waren jedoch vorübergehend nicht günstiger, da K seine Preise als Reaktion auf die vergleichende Werbung gesenkt hatte. Die Werbekampagne des B wurde dennoch in dieser Zeit unverändert fortgesetzt.

Das OLG bejaht zu Recht einen Fall des § 6 Abs. 2 Nr. 2 UWG, der durch § 5 Abs. 3 Nr. 1 UWG ergänzt wird. Denn den Werbetreibenden trifft eine **Aktualisierungsobliegenheit**, wenn der Mitbewerber, der Ziel der vergleichenden Werbung ist, seine Preise zwischenzeitlich gesenkt hat!

OLG Düsseldorf Mobilfunkwerbung

(OLG Düsseldorf, 27.1.2022 – 15 U 16/21 – Mobilfunkwerbung) Mobilfunkanbieter B wirbt mit seinem Abschneiden in dem „Kundenbarometer Mobilfunk“, einer Zeitschrift. Dort wurde das Unternehmen des B als „bester Mobilfunk“ ausgezeichnet. Dies stellt B grafisch durch ein Siegerpodest dar, bei dem er auf der höchsten Stufe steht, sein Konkurrent K hingegen auf einer niedrigeren. K kritisiert, dass die Recherchen des Kundenbarometers nicht seriös seien.

Das OLG (juris-Rn. 59 ff.) geht noch von einem objektiven Vergleich aus. Beim Vergleich bestehe ein Bezug zur Qualität der angebotenen Dienstleistungen. Auch vergleiche B sich nicht selbst, sondern beziehe sich auf die Befragung der Kundenzeitschrift, die ihrerseits Verbraucher konsultiert habe. Deshalb liege kein Fall des § 6 Abs. 2 Nr. 2 UWG vor.

Beachten Sie jedoch bitte, dass die Werbung mit unseriösen bzw. gefälschten Kundenbewertungen ein Fall der irreführenden Werbung nach Nr. 23c SL bzw. § 5a Abs. 4 Satz 1 UWG darstellen kann. Diese Möglichkeit hatte das OLG jedoch ebenfalls ausgeschlossen.

c) Verwechslungsgefahr (Nr. 3)

Es handelt sich um einen Fall der positiven Bezugnahme. Der EuGH bejaht Verwechslungsgefahr, „wenn das Publikum glauben könnte, dass die in Frage stehenden Waren oder Dienstleistungen aus wirtschaftlich verbundenen Unternehmen stammen“ (EuGH, 12.6.2008 – C-533/06, Rn. 59 – O2/Hutchison). Der Rechtsverletzer behindert den Konkurrenten in diesen Fällen dadurch, dass er verhindert, dass die Nachfrager die eigenen Leistungen und die Leistungen des Konkurrenten voneinander unterscheiden und den hinter ihnen stehenden Unternehmen eindeutig zuordnen können. 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 Nr. 1 UWG). Maßstab für den Irreführungseffekt ist der Horizont des durchschnittlichen Vertreters der angesprochenen Verkehrskreise; dieser ist nicht notwendig Verbraucher iSd. § 3 Abs. 4 Satz 1 UWG. Beachtung verdient dabei vor allem die **Verwechslungsgefahr im weiteren Sinne**. Die zugrunde liegende Lehre stammt aus dem Markenrecht, gilt aber auch im UWG (dazu noch unten die Kerrygold-Entscheidung S. 168): Wenn die vom Werbetreibenden angebotenen Waren oder die von ihm verwendeten Zeichen sich denen des Originalherstellers auffällig nähern, kann sich dies ein objektiver Beobachter nur durch den Umstand erklären, dass Originalhersteller und Werbetreibendem eng miteinander kooperieren. Denn andernfalls hätte der Originalhersteller diese Vorgehensweise dem Werbetreibenden längst untersagt. Dadurch kann auch die unrichtige Vorstellung entstehen, dass der Originalhersteller für die 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 regelmäßig ein Irreführungseffekt** in Richtung einer Verwechslungsgefahr **verbunden** ist. 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 ein Mindestmaß an Irritationen infolge des Vergleichs in Kauf**. Erforderlich ist daher stets eine zusätzliche **Interessenabwägung**. Darin wird dem Irreführungseffekt das Interesse des Jürgen Oechsler, Uni Mainz, Skript zum UWG, 2024

Werbetreibenden nach Erwägungsgrund 8 Satz 1 Werbe-RL gegenübergestellt, 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, 28.9.2011 – I ZR 48/10 – **Teddybär**).

3. Die Verwechslungsgefahr wird auch vom Tatbestand des **§ 5 Abs. 3 Nr. 1 UWG** erfasst. Die Norm geht auf Art. 6 Abs. 2 lit. a der UGP-Richtlinie zurück. § 5 Abs. 3 Nr. 1 UWG und § 6 Abs. 2 Nr. 3 UWG verfolgen dabei unterschiedliche Zwecksetzungen: § 5 Abs. 3 Nr. 1 UWG zielt auf den Schutz der informierten Verbraucherentscheidung iSd. §§ 3 Abs. 2, 2 Abs. 1 Nr. 11 UWG; § 6 Abs. 2 Nr. 3 UWG schützt tendenziell 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.

Dazu ein praktischer Vorschlag: Liegt vergleichende Werbung vor, sollte die Prüfung des § 6 Abs. 2 Nr. 3 UWG im Vordergrund stehen. Das dabei erzielte Ergebnis stellen Sie im Rahmen einer knappen Prüfung des § 5 Abs. 3 Nr. 1 UWG noch einmal fest.

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

Marken iSd. § 3 MarkenG und geschäftliche Kennzeichen iSd. § 5 MarkenG (zB. eine Firma) versinnbildlichen den Markterschließungseffekt eines Unternehmens. Der Angriff auf sie, aber auch das Anlehnen im Wege vergleichender Werbung ist deshalb für das betroffene Unternehmen besonders gefährlich.

Beachten Sie jedoch bei der Anwendung des § 6 Abs. 2 Nr. 4 UWG folgenden Systemzusammenhang: Da vergleichende Werbung grundsätzlich erlaubt ist, darf der Werbetreibende auf die fremden Kennzeichen auch Bezug nehmen, soweit dies für eine Werbekommunikation iSd. Erwägungsgrundes 8 Satz 1 erforderlich ist. **Nur soweit die Bezugnahme über das erforderliche Maßnahme hinausgeht, liegen die Verbotsvoraussetzungen des § 6 Abs. 2 Nr. 4 UWG vor.** Vgl. dazu die in der Vorlesung behandelte **Leitentscheidung** zur Norm: BGH, 28.9.2011 – I ZR 48/10 – Teddybär, Rn. 21 ff.

a) Erfasste Kennzeichen

Der Begriff „Kennzeichen“ ist nicht an bestimmte Rechtsformen bzw. Typen von Kennzeichen gebunden. Unter ihn fallen daher nach Art. 4 lit. d und f RL 2006/114/EG die echten Marken, Handelsnamen oder Unternehmenskennzeichen (§§ 4 f. MarkenG). **Aber auch** alle anderen Symbole und Zeichen sind erfasst, die aus Sicht der angesprochenen Verkehrskreise (§ 3 Abs. 4 Satz 1 UWG) einen Schluss auf die Herkunft der Ware als von einem bestimmten Unternehmen stammend erkennen lassen (**Herkunftsfunktion**).

BGH Teddybär

(BGH, 28.9.2011 – I ZR 48/10 – Teddybär) K stellt Tonerkassetten für Drucker her und kennzeichnet eine bestimmte Kategorie dieser Kassetten mit einem Teddybären. B stellt ebenfalls Tonerkassetten her, die mit den Teddybär-Kassetten des K kompatibel sind und kennzeichnet diese mit leicht abgewandelten Teddybärsymbolen.

Der BGH (Rn. 12 ff.) geht überzeugend davon aus, dass der von K verwendete Teddybär ein Kennzeichen iSd. § 6 Abs. 2 Nr. 3 UWG darstellt. Zwar erscheint ein Teddybär zunächst als Allerweltsmotiv, das zur Bezeichnung der Herkunft einer Ware ungeeignet ist. Die Verwendung der Abbildung eines Teddybären zur Kennzeichnung einer Produktkategorie aus dem Bereich der Tonerkassetten ist jedoch so ungewöhnlich, dass sie sich als besondere Kennzeichnung einprägt. Hinzu trat im Fall, dass K seine Ware bereits über längere Zeit erfolgreich durch diese Kennzeichnung in den Markt eingeführt hat, so dass die angesprochenen Verkehrskreise das Teddybärsymbol in diesem Zusammenhang als einen Hinweis auf das Unternehmen des K verstanden. Das Symbol hatte daher die für ein Kennzeichen erforderliche **Herkunftsfunktion**.

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 erkennbar (§ 6 Abs. 1 UWG). Objektiv führt dies dazu, dass das Kennzeichen des anderen ausgenutzt wird. Diese Art der Ausnutzung ist daher nur dann unlauter, wenn sie **über die für den Vergleich erforderliche Bezugnahme hinausgeht**. Vgl. in diesem Zusammenhang die **Erwägungsgründe 14 und 15** der 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 deshalb aufgrund einer **Interessenabwägung** (dazu BGH BGH, 28.9.2011 – I ZR 48/10 – Teddybär, Rn 21 ff). Wirkt die Bezugnahme wie ein **Verweis auf die Artikelnummer eines fremden Produkts**, liegt ein erlaubte Form des Vergleichs vor. Gerät die Bezugnahme hingegen **in die „Sogwirkung des fremden Kennzeichens“**, ist die Grenze zur Ausbeutung überschritten. Diese aus der Rechtsprechung stammende Metapher bezieht sich auf den Umstand, dass eine Kenntlichmachung nach § 6 Abs. 1 UWG über das hinausgeht, was zur Bezugnahme unbedingt **erforderlich** ist. Dies kommt in Betracht, wenn der Werbetreibende den Mitbewerber nicht nur erkennbar macht, sondern darüber hinaus dessen Unternehmens- oder Produktimage auf das eigene Unternehmen überträgt. Maßgeblich ist dabei stets, ob der Werbetreibende durch seine Aussagen oder durch bildliche Darstellungen eine notwendige Distanz zur fremden Ware wahrt oder ob er das eigene Angebot bzw. sein eigenes Unternehmen zu nahe an das des Wettbewerbers heranrückt.

Fortsetzung von (BGH, 28.9.2011 – I ZR 48/10 – Teddybär

B verwendet den Teddybären allein zur Kennzeichnung einer Warenkategorie. Er nimmt auf das so Bezug, als hätte dieses eine Artikelnummer. Dadurch dass er das eigene Teddybärsymbol gegenüber dem von K verwendeten, verändert, vermeidet er den „Sog der fremden Marke“. Diese Art der Kennzeichnung muss ihm erlaubt sein, um sein eigenes Produkt als Alternative zu dem von K angebotenen zu bewerben.

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

§ 6 Abs. 2 Nr. 5 UWG regelt den Fall einer negativen Bezugnahme. Beachten Sie bitte, dass die Norm § 4 Nr. 1 UWG als Spezialnorm verdrängt, wenn ein Fall vergleichender Werbung nach § 6 Abs. 1 UWG vorliegt. Der Grund liegt in der vollharmonisierenden Wirkung des Art. 8 Abs. 1 Unterabsatz 2 Werbe-RL in Bezug auf vergleichende Werbung.

Eine **Herabsetzung** liegt in einem Angriff auf die Wertschätzung (den sozialen Achtungsanspruch), die der Mitbewerber bzw. sein Produkt im Verkehr genießen. Eine **Verunglimpfung** bedeutet eine 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 in der Öffentlichkeit zeichnet) bzw. den damit verbundenen **Markterschließungserfolg** des Mitbewerbers.

Das zentrale **Problem der Normanwendung** liegt auch hier in dem Umstand, dass die Werbe-RL negative vergleichende Werbung grundsätzlich erlaubt. Das negative Urteil über das Angebot des Mitbewerbers ist aber regelmäßig mit einer Herabsetzung des Achtungsanspruchs des Mitbewerbers verbunden. Für eine Herabsetzung und erst recht für eine Verunglimpfung muss die Herabsetzung daher **über das erlaubte Maß der Ehrbeeinträchtigung hinausgehen**. Dabei ist stets der marktschreierische Charakter von Werbung (arg. e Art. 5 Abs. 3 Satz 2 UGP-Richtlinie) in Rechnung zu stellen.

BGH Gib mal Zeitung!

(BGH 1.10.2009 – I ZR 134/07 – Gib mal Zeitung!) B, Verleger der Tageszeitung taz, karikiert den Leser der Bildzeitung (B) als proletenhaft anmutenden, übergewichtigen Mann im Unterhemd.

Der BGH lehnt die Voraussetzungen des § 6 Abs. 2 Nr. 5 UWG zu Recht ab. Die Grenze zur Verunglimpfung ist nämlich dann noch nicht überschritten, wenn der Werbetreibende sich **durch Ironie und Humor von der eigenen Aussage distanziert**; im Original:

„Dabei ist auch zu berücksichtigen, dass Werbung zu einem nicht unerheblichen Teil von Humor und Ironie lebt und begleitet wird. Wo genau die Grenze zwischen leiser Ironie und nicht hinnehmbarer Herabsetzung verläuft, bedarf stets in jedem Einzelfall einer sorgfältigen Prüfung. Solange der Werbende mit ironischen Anklängen lediglich Aufmerksamkeit und Schmunzeln erzielt, mit ihnen aber - weil der Verkehr die Aussage nicht wörtlich und damit ernst nimmt - keine Abwertung des Mitbewerbers oder des konkurrierenden Angebots verbunden ist, liegt darin noch keine unzulässige Herabsetzung (Rn. 14).

Erforderlich ist dabei eine **Gesamtbetrachtung**, bei der folgende Aspekte zu bedenken sind:

a) Äußerungen über die Ware können in den **Schutzbereich der Meinungs- und Pressefreiheit** nach Art. 5 Abs. 1 GG fallen. UU. stellen sie deshalb bereits keine geschäftlichen Handlungen iSd. § 2 Abs. 1 Nr. 2 UWG dar. Voraussetzung dafür ist, dass der Schwerpunkt der Täterhandlung in der Meinungsäußerung und nicht im Warenabsatz liegt (S. 25). Aber auch wenn eine geschäftliche Handlung iSd. § 2 Abs. 1 Nr. 2 UWG zu bejahen ist, weil eine solche Schwerpunktsetzung nicht besteht, muss die wertsetzende Bedeutung des Grundrechts auf Meinungsfreiheit in die Konkretisierung des § 6 Abs. 2 Nr. 5 UWG eingehen.

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 schließlich der **Maßstab des § 3 Abs. 4 UWG**, wobei die allgemeinen **Regeln** Jürgen Oechsler, Uni Mainz, Skript zum UWG, 2024

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 – wie gerade erwähnt – die wertsetzende Bedeutung der Meinungsfreiheit (Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG).

- Verboten ist eine Äußerung, die im Medienrecht als **Schmähhkritik** bezeichnet wird: Ihr Schwerpunkt liegt in der Herabsetzung des anderen und nicht in einem eigenen, darüber hinaus gehenden wettbewerblichen 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.).
- Distanziert sich der Werbetreibende jedoch durch **Ironie und Humor** von den eigenen Aussagen, und ist für den durchschnittlichen Verbraucher zu erkennen, dass die Aussagen nicht ganz ernst gemeint sind, ist auch ein scharfer Angriff auf die Leistungen des Konkurrenten nicht nach § 6 Abs. 2 Nr. 5 UWG verboten (BGH 1.10.2009 – I ZR 134/07 – Gib mal Zeitung! Rn. 14)

BGH Knochenzement II

(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 hatte. B veröffentlicht daraufhin eine Pressemitteilung über die Verurteilung des K durch dieses Urteil in sachlich gehaltenem 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. Dabei bejahte er zunächst die Sachlichkeit der Darstellung des B iSd. § 6 Abs. 2 Nr. 2 UWG: Durch die Aufdeckung der vorangegangenen Ausbeutung seines Geschäftsgeheimnisses durch K hatte B mittelbar auch Aussagen über das Zustandekommen der Ware des K getroffen. Der **Zweck vergleichender Werbung** nach Erwägungsgrund 8 Satz 1 Werberichtlinie, die Verbraucher bei ihrer informierten Entscheidung zu unterstützen, rechtfertige eine großzügige Betrachtungsweise im Rahmen des § 6 Abs. 2 Nr. 2 UWG (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).

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

Die Norm ist rechtspolitisch umstritten und setzt die sog. **Parfumsklausel** des Art. 4 lit. g Werbe-RL um. Der Name erklärt sich aus L'Oréal-Entscheidung des EuGH (18.9.2009 – C-487/08 – **L'Oréal SA/Bellure NV**). Vgl. dort nämlich 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.“

Bei § 6 Abs. 2 Nr. 6 UWG geht es um eine Bezugnahme iSd. § 6 Abs. 1 UWG, **die sich dem Konkurrenten zu stark nähert**. Die Norm schränkt den ansonsten im Wettbewerbsrecht geltende Grundsatz der **Nachahmungsfreiheit** praktisch ein: Ist eine geistige Leistung nämlich nicht durch eines der gesetzlich geregelten Monopolrechte (Urheberrecht, Patentrecht, Gebrauchsmusterrecht, Designschutzrecht oder Markenrecht) geschützt, darf sie frei imitiert werden. Für Parfum etwa kommt regelmäßig keines dieser Rechte in Betracht. Diese Lücke schließt § 6 Abs. 2 Nr. 6 UWG in ungewöhnlicher Weise: **Der Duft des fremden Parfums darf imitiert werden, doch ist die Werbung mit diesem Umstand untersagt** (vgl. die Leitentscheidung BGH 5.5.2011 – I ZR 157/09 –, juris– **Creation Lamis**). Man wird § 6 Abs. 2 Nr. 6 UWG daher als **verkapptes Leistungsschutzrecht** verstehen müssen.

Dieser nicht unproblematische Gesetzeszweck gebietet eine enge Auslegung. Erforderlich ist daher eine „**deutliche Imitationsbehauptung**“ des Werbetreibenden (EuGH). Wichtig erscheint dabei die Abgrenzung zwischen der verbotenen **Imitationsbehauptung** und der erlaubten **Behauptung der technischen Gleichwertigkeit** zwischen den Waren. Auch erfüllt eine bloße Gegenüberstellung der Angebote die Voraussetzungen des § 6 Abs. 2 Nr. 6 UWG regelmäßig nicht. Denn diese ist als Erkennbarmachen iSd. § 6 Abs. 1 UWG gerade erlaubt. Im Rahmen einer Interessenabwägung kommt es darauf an, ob der Werbetreibende den durch § 6 Abs. 2 Nr. 6 UWG gebotenen Mindestabstand wahrt oder ob er diesem seinen kommerziellen Erfolg im Wettbewerb durch Behauptung technischer Identität beider Waren unmittelbar streitig macht.

g) Dual Quality (§ 5 Abs. 3 Nr. 2 UWG)

Durch die Omnibus-RL 2019/2161 wurde mit § 5 Abs. 3 Nr. 2 UWG ein Irreführungsanspruch eingeführt, der § 6 Abs. 2 Nr. 6 UWG systematisch nahe steht. Verboten ist es danach, eine Ware in einem Mitgliedstaat der Europäischen Union als ähnlich mit einer Ware zu vermarkten, die in einem anderen Mitgliedstaat vertrieben wird, obwohl sich beide in ihrer Zusammensetzung oder ihren Merkmalen wesentlich voneinander unterscheiden. Die Norm ist bewusst auf Waren beschränkt und findet auf Dienstleistungen keine Anwendung (BT-Drucks. 19/27873, S. 31). Sie schützt unmittelbar die informierte Verbraucherentscheidung der Verbraucher, die sich von der beworbenen Ware dieselbe Qualität erhoffen, wie von der im Zweifel bekannteren, in Bezug genommenen Ware. § 5 Abs. 3 Nr. 2 UWG verfolgt dadurch einen anderen Schutzzweck als der an der Bekämpfung des Behinderungswettbewerbs orientierte § 6 Abs. 2 Nr. 6 UWG. Beide Normen betreffen jedoch äußerlich einen unzulässigen **Imagetransfer** von der Ware des in Bezug genommenen Herstellers.

VII. Behinderungswettbewerb und Leistungsschutz

1. Behinderungswettbewerb

Nach den auf *Nipperdey* zurückgehenden Vorstellungen (S. 8) stellt Behinderungswettbewerb die zweite Art von wettbewerbswidrigem Verhalten dar. 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 als **Generalklausel** fungiert. Die Norm verbietet die gezielte Behinderung des Mitbewerbers.

Eine **Behinderung** iSd. liegt in jeder Einschränkung der wettbewerbsrechtlichen Entfaltungsmöglichkeiten eines anderen Unternehmens. Daraus resultiert das zentrale Anwendungsproblem des § 4 Nr. 4 UWG: Denn der freie Wettbewerb beruht in legitimer Weise auf der gegenseitigen Behinderung von Konkurrenten. Denn der Erfolg des einen, schränkt den wirtschaftlichen Bewegungsspielraum des anderen ein, weil dieser Einnahmen und die daraus erwachsenden Finanzierungsmöglichkeiten verliert. (S. 19). Problematisch ist daher in jedem Einzelfall, ob die Behinderung auch „gezielt“ iSd. § 4 Nr. 4 UWG ist.

Gezieltheit besteht, wenn die objektive Zielrichtung (der Schwerpunkt) der Täterhandlung nicht im eigenen Fortkommen liegt, sondern in der Einschränkung der wettbewerbsrechtlichen Freiräume des Konkurrenten. 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 zwar keine Tatbestandsvoraussetzung des § 4 Nr. 4 UWG, entfaltet aber Indizwirkung.

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**. Bei der Konkretisierung der **Gezieltheit** iSd. § 4 Nr. 4 UWG stellt sich in diesen Fällen allerdings das Problem, dass Verträge nur inter partes gelten, also nur die Vertragsparteien, nicht aber Dritte binden. Der Dritte kann daher eine zwischen Gläubiger und Schuldner begründete Vertragspflicht nicht verletzen. Denn er zählt nicht zu ihren Adressaten. Der Anknüpfungspunkt für die Unlauterkeit liegt daher in diesen Fällen nicht in der Verletzung der Vertragspflicht durch den Partner des Konkurrenten, sondern im eigenständigen Unwert des **Verleitens zum Vertragsbruch**.

In diesem Zusammenhang unterscheidet die hM zwischen **Verleiten und Ausnutzen des Vertragsbruchs**. Ein **Verleiten** liegt im aktiven Bestimmen des Partners zur Verletzung seiner Pflichten gegenüber der anderen Vertragsseite bzw. in einem direkten steuernden Eingriff in dessen Entscheidung (Anstiftung, Erleichterung des Vertragsbruchs durch Übernahme von Schadensersatzpflichten). 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 Emissionshaus

(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 Geschäftsleiter fordert B auf, noch während der laufenden Kündigungsfrist auf weitere Mitarbeiter in der Abteilung der K in Richtung eines Arbeitsplatzwechsels hin zu B einzuwirken. Deshalb verlassen 18 Mitarbeiter nach Einhaltung der Voraussetzungen einer ordentlichen Kündigung gegenüber K geschlossen ihren Arbeitsplatz bei K und wechseln zu B. Fraglich war, ob B durch diese Vorgehensweise gegen § 4 Nr. 4 UWG verstieß.

Wegen der Einhaltung der Voraussetzungen einer ordentlichen Kündigung kommt **keine Verleitung der Arbeitnehmer zum Vertragsbruch** in Betracht. Allerdings fällt unter § 4 Nr. 4 UWG auch die Jürgen Oechsler, Uni Mainz, Skript zum UWG, 2024

Betriebsstörung (OLG juris-Rn. 89 ff.). Diese liegt vor, wenn ein Wettbewerber innerhalb des eigenen Unternehmens von anderen Unternehmern, etwa seinen Konkurrenten, gestört wird. Während jedes Unternehmen im Wettbewerb eine Störung seiner Freiräume auf dem Markt hinnehmen muss, gilt dies nicht innerhalb des eigenen Betriebs. Dort greift vielmehr die wertsetzende Bedeutung des Art. 14 GG und der Gedanke, dass ein Unternehmen ein marktgängiges Produkt überhaupt nur entwickeln kann, wenn es im Rahmen seines Herstellungsprozesses ungestört bleibt. Deshalb ist die Abwerbung von Arbeitnehmern „**von innen**“, also innerhalb der Räumlichkeiten des Unternehmens, grundsätzlich untersagt. So geht aber B vor, als er den Geschäftsleiter der K im Rahmen der Abwerbung der übrigen Angestellten einschaltet. Das OLG verneint dennoch die Voraussetzungen einer Betriebsstörung, weil K keine Störung des Betriebs mit entsprechendem Schadenseintritt dargetan habe (juris-Rn. 96). Dies überzeugt allerdings nicht, da mit dem Weggehen der 18 Mitarbeiter die Fähigkeit der K, Umsätze zu erzielen, erheblich gelitten haben dürfte.

Ein möglicher Fall der gezielten Behinderung liegt aber auch **im dauerhaften und massenhaften unentgeltlichen Verteilen von Originalware**. Denn dadurch kann ein Markt zusammenbrechen.

Diese Voraussetzungen verneint jedoch das OLG Nürnberg in

OLG Nürnberg Landkreismacher

(OLG Nürnberg, 26.11.2021 – 3 U 2473/21 – LandkreisMacher) K betreibt eine Tageszeitung im Raum Nürnberg und unterhält eine Website. Auf beiden Medien können Interessierte entgeltliche Werbeanzeigen schalten. B ist ein Landkreis im Raum Nürnberg, der eine Website betreibt und finanziert, auf der lokale Unternehmen kostenlos Anzeigen schalten können. B rechtfertigt seine Tätigkeit mit Art. 51 Abs. 1 Bayerische Landkreisordnung, wonach die Landkreise in den Grenzen ihrer Leistungsfähigkeit die öffentlichen Einrichtungen schaffen sollen, die für das wirtschaftliche, soziale und kulturelle Wohl ihrer Einwohner nach den Verhältnissen des Kreisgebiets erforderlich sind. Durch die Anzeigenmöglichkeit soll der Landkreis als Wirtschaftsstandort gefördert werden. K verlangt von B Unterlassung des Betriebs dieser Seite wegen unmittelbarer Behinderung im Wettbewerb. Besteht der Anspruch?

Art. 51 Bayerische Landkreisordnung Aufgaben des eigenen Wirkungsbereiches

(1) Im eigenen Wirkungsbereich sollen die Landkreise in den Grenzen ihrer Leistungsfähigkeit die öffentlichen Einrichtungen schaffen, die für das wirtschaftliche, soziale und kulturelle Wohl ihrer Einwohner nach den Verhältnissen des Kreisgebiets erforderlich sind; hierbei sind die Belange des Natur- und Umweltschutzes zu berücksichtigen.

Das OLG prüft zunächst einen Anspruch des K gegen B aus §§ 8 Abs. 1 Satz 1, 3 Abs. 1, 4 Nr. 4 UWG. Fraglich ist zunächst, ob B eine geschäftliche Handlung vornimmt. Dies käme nicht in Betracht, wenn B aufgrund einer zwingenden gesetzlichen Ermächtigung öffentlich-rechtliche Aufgaben wahrnimmt (vgl. zur einschlägigen Rechtsprechung des BGH oben S. 27). Art. 51 Abs. 1 BayLKO begründet jedoch eine solche Handlungspflicht aufgrund ihres Generalklauselcharakters nicht. Deshalb kommt es auf eine Gesamtbetrachtung der Fallumstände an. Danach fällt deutlich ins Gewicht, dass B in die Wettbewerbsverhältnisse im Anzeigengeschäft im Raum Nürnberg eingreift. Dieses Verhalten muss durch das UWG erfasst werden können, damit es seine

Marktordnungsfunktion nach § 1 Abs. 1 Satz 2 UWG wahrnehmen kann. B kann sich diesem Regelungsanspruch nicht allein wegen seiner öffentlich-rechtlichen Verfassung entziehen.

Fraglich erscheint es jedoch vor allem, ob die Voraussetzungen einer gezielten Behinderung vorliegen. Eine Behinderung eines anderen Unternehmens liegt zunächst in der Beschränkung seines wettbewerblichen Verhaltensspielraums. Durch die kostenlose Vergabe von Werbemöglichkeiten beschränkt B jedoch die Möglichkeiten von K, Anzeigen gegenüber den Unternehmen zu vertreiben, die von der durch B geschaffenen Möglichkeit profitieren. Eine Behinderung liegt danach vor. Fraglich ist nur, ob diese Behinderung auch gezielt erfolgt. Dafür müsste der Schwerpunkt der Tätigkeit der B nicht in der Verfolgung eigener Ziele im Wettbewerb, sondern in der Behinderung der K liegen. Dies ist im Rahmen einer Gesamtbetrachtung festzustellen. Dabei fällt zunächst ins Gewicht, dass die Durchsetzung einzelner Interessen im Wettbewerb regelmäßig zu einer Behinderung konkurrierender Unternehmen führt. Dies ist auch hier der Fall. Das OLG stellt in ferner fest, dass die Verwendung öffentlicher Mittel im Wettbewerb nicht als solche verboten ist (Rn. 24). Ferner liegt seiner Auffassung nach eine beabsichtigte Verdrängung der K durch B vom Anzeigenmarkt fern (Rn. 25). In Betracht kommt jedoch auch der Fall, **dass der betroffene Mitbewerber sein Angebot nicht mehr durch eigene Anstrengung auf den Markt bringen kann** (Rn. 26). Hier will das OLG jedoch die Verfolgung von Zielen nach § 51 Abs. 1 BayLKO berücksichtigen und sieht die Folgen der Tätigkeit von B als nicht so gravierend an (Rn. 30 ff.).

Das OLG geht in dieser Entscheidung noch nicht auf eine Verletzung des aus Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG folgenden **Prinzips der Staatsferne** ein, die in der zeitlich nachfolgenden Rechtsprechung des BGH einen Vorsprung durch Rechtsbruch nach § 3a UWG begründen kann (vgl. S. 141). Im Rahmen des § 4 Nr. 4 UWG hätte indes eine Verletzung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes geprüft werden können. B darf Werbemöglichkeiten nur insoweit einräumen, als dies zur Verfolgung der Ziele des Art. 51 Abs. 1 BayLKO auch erforderlich ist. Erlaubt ist danach eine Förderung kleiner und vor allem auf dem Markt neuer Unternehmen (Newcomer), die häufig noch nicht über den Werbeetat verfügen, um bei K inserieren zu können. B darf jedoch im Zweifel nicht unterschiedslos und dauerhaft in den lokalen Werbemarkt eingreifen und auch Unternehmen fördern, die auf diese Förderung finanziell nicht angewiesen sind. Folgt man dieser Betrachtungsweise liegt eine gezielte Behinderung vor.

Hinweis: Nach der älteren Rechtsprechung des BGH, die auf der Grundlage einer ganz anderen Normenstruktur des Gesetzes ergangen ist, kann die massenhafte unentgeltliche Verteilung von Originalware zu einer Marktstörung – heute zu einem Fall des § 4 Nr. 4 UWG führen (BGHZ 23, 365 - SUWA).

2. Sonderfälle der Behinderung nach § 4 Nr. 1 und Nr. 2 UWG

§ 4 Nr. 1 UWG verbietet es, Kennzeichen, Waren, Dienstleistungen, Tätigkeiten oder persönlichen oder geschäftlichen Verhältnisse eines Mitbewerbers herabzusetzen oder zu verunglimpfen. Die Norm beruht auf nationalem Recht und tritt deshalb hinter **§ 6 Abs. 2 Nr. 5 UWG** zurück, wenn ein Fall vergleichender Werbung nach § 6 Abs. 1 UWG vorliegt. Denn die Regelung vergleichender Weise ist europarechtlich vollharmonisiert (s. oben). Die Tatbestandsmerkmale „Herabsetzung“ und „Verunglimpfung“ werden wie im Fall des § 6 Abs. 2 Nr. 5 UWG ausgelegt: Die Herabsetzung mindert den Achtungsanspruch des Unternehmers; die Verunglimpfung stellt eine Steigerung dar. Stets ist jedoch die wertsetzende Bedeutung des Grundrechts auf Meinungsäußerung nach Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG zu beachten. Wie im Fall des § 6 Abs. 2 Nr. 5 UWG kommt eine ironische Distanzierung in Betracht, durch die die Veräußerung nicht als Herabsetzung bzw. Verunglimpfung eingeordnet werden kann.

OLG Köln Ein-Stern-Bewertung

(OLG Köln, 23.12.2022 – 6 U 83/22 – **Ein-Stern-Bewertung**) B ist als Verkaufsleiter für die N-GmbH tätig. Diese lädt die Mitarbeiter des K, eines IT-Unternehmens, zu einer Tagung ein, bei der jeder Teilnehmer eine Pizza im Wert bis zu 15 € bestellen kann. Später fordert K die N zu einer Erklärung nach der DSGVO über die dabei erhobenen Daten der mit Pizza belieferten eigenen Mitarbeiter auf. Verärgert über den dadurch entstehenden Aufwand bewertet B bei einem Internetbewertungsdienst das Unternehmen der K mit einem von fünf Sternen.

In Betracht kommt ein Anspruch von K gegen B auf Unterlassung nach § 8 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1, 3, 4 Nr. 1 UWG. Fraglich ist die Aktivlegitimation nach § 8 Abs. 3 Nr. 1 UWG. Das Gericht geht inzident von der **Unternehmenseigenschaft** des B aus, was problematisch erscheint, da es sich bei B um einen Angestellten der N handelt, für dessen Aussagen die N übrigens nach **§ 8 Abs. 2 UWG** haftet. Nur nebenbei stellt das Gericht auf die Selbstständigkeit der Tätigkeit des B ab. Geht man von der Unternehmereigenschaft des B aus, hat dieser sich durch die Bewertung des Unternehmens von K in ein konkretes Wettbewerbsverhältnis iSd. § 2 Abs. 1 Nr. 4 UWG begeben.

Auch im Rahmen des § 4 Nr. 1 UWG stellt sich die Frage nach der Mitbewerberstellung des B. Denn ihrem Zweck nach zielt die Norm auf Individualschutz des betroffenen Unternehmens. Deshalb sind die Anforderungen an die Mitbewerbereigenschaft nicht sehr hoch und erscheinen ebenfalls durch die Vornahme einer Kundenrezension erfüllt. Die Bewertung mit einem von fünf Sternen sieht das Gericht dabei zu Recht als herabsetzende Handlung an. Fraglich ist, ob dafür ein Sachgrund besteht. Dieser könnte im geschäftlichen Kontakt des B mit K anlässlich der Konferenz und der dabei auftretenden Irritationen liegen. Dagegen spricht jedoch, dass Bewertungen dieser Art im Geschäftsverkehr als Urteile über die Leistungen des Unternehmens gegenüber seinen Kunden aufgefasst werden. Und darüber urteilte B gerade nicht. Deshalb erfüllt seine Bewertung die Voraussetzungen des § 4 Nr. 1 UWG.

Jürgen Oechsler, Uni Mainz, Skript zum UWG, 2024

§ 4 Nr. 2 UWG untersagt das sog. **Anschwärzen** durch unwahre Tatsachenbehauptungen. Werturteile werden von der Norm nicht erfasst. Die Tatsachenbehauptungen dürfen wie im Fall des § 186 StGB nicht erweislich sein. Die Norm tritt wie § 4 Nr. 1 UWG hinter § 6 Abs. 2 Nr. 5 UWG zurück, wenn ein Fall vergleichender Werbung iSd. § 6 Abs. 1 UWG vorliegt. Im zweiten Halbsatz ist das besondere Interesse an einer vertraglichen Weitergabe der Information geschützt. Hier greift der Verbotstatbestand nur, wenn der Verletzte die Unrichtigkeit der Mitteilung beweist.

OLG Brandenburg Glasfasernetzkooperation

(OLG Brandenburg, 25.4.2023 – 6 U 97/21 – Glasfasernetzkooperation) K und B betreiben Glasfasernetze. K behauptet, aufgrund des TK-Regulierungsrechts dürfe K die Netze der B mitbenutzen, so dass diese auch über einen Vertrag mit K für die Kunden zugänglich seien. Darauf veröffentlicht B einen Artikel in der Tageszeitung mit folgendem Wortlaut: „Alter Schwede, sind die dreist. B leistet sich eine gezielte Falschinformation seiner Kunden und behauptet, mit K zusammenzuarbeiten!“ K verlangt Unterlassung.

Zu Recht geht das OLG davon aus, dass die Voraussetzungen einer Anschwärzung nach § 4 Nr. 2 UWG nicht vorliegen, da B keine unwahren Tatsachenbehauptungen aufgestellt hat. Denn es handelt sich um ein Werturteil, nämlich eine Behauptung in Gegenwart und Vergangenheit, die dem Beweis zugänglich ist (BVerfG) bzw. eine Behauptung, die einen subjektiven Bezug zur Wirklichkeit herstellt (BGH). Fraglich war daher, ob in der überspitzten Darstellung eine Verunglimpfung iSd. § 4 Nr. 1 UWG lag. Denn diese kann auch in einem Werturteil liegen. Bei der Einordnung fällt allerdings auch das Verhalten der K deutlich ins Gewicht. Diese behauptet ein generelles Zugangsrecht zu den fremden Netzen, das so nicht besteht. Gegen dieses darf sich B pointiert zur Wehr setzen. § 4 Nr. 1 UWG war daher nicht verletzt.

3. Leistungsschutz

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 von Monopol bzw. 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) werden vom **Patentgesetz** erfasst.
- 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 nämlich regelmäßig auf der Auseinandersetzung mit einer fremden Leistung. Nachahmungen sind deshalb immer dann erlaubt, wenn 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. Über diese Norm gewährt das UWG daher nur einen ergänzenden Leistungsschutz.

§ 4 Nr. 3 lit. a UWG regelt den Fall der **vermeidbaren Herkunftstäuschung** und erinnert an die Verwechslungsgefahr iSd. § 6 Abs. 2 Nr. 3 UWG. Daneben tritt **§ 4 Nr. 3 lit. b UWG**. Nach der Norm liegt ein Wettbewerbsverstoß darin, wenn die Wertschätzung der nachgeahmten Ware oder Dienstleistung unangemessen ausgenutzt oder beeinträchtigt wird. Bei der Prüfung ist stets der Vorrang des § 6 UWG zu beachten. Liegt vergleichende Werbung nach § 6 Abs. 1 UWG vor, findet die Norm keine Anwendung, sondern die Tatbestände des § 6 Abs. 2 UWG, zB. Nr. 4, treten an ihre Stelle.

BGH Flying V

(BGH 22.9.2021 – I ZR 192/20 – Flying V) Der amerikanische Hersteller Gibson (K) geht gegen den Gitarrenbauer B vor. K stellt seit Jahrzehnten die links unten abgebildete Gitarre unter der Bezeichnung „Flying V“ her, die zu Preisen zwischen 1.500,- bis 2.500,- € im Verkehr angeboten und wegen der formbedingt schwierigen Handhabung meistens von Profispielern gekauft wird. Besondere Schutzrechte wurden K für die Gitarre nicht erteilt. B hingegen produziert und vertreibt seit einigen Jahren die rechts unten abgebildete Gitarre unter der Bezeichnung „Framus“, die für 2.300 bis 2.500 € gehandelt wird. B weist darauf hin, dass nicht wenige seiner Konkurrenten seit Jahren ähnliche Dreiecksgitarren herstellen und vertreiben. Kann K von B verlangen, dass dieser den Betrieb der „Framus“ unterlässt?



(Abbildung aus der Originalentscheidung entnommen)

Ein Verstoß des B gegen §§ 8 Abs. 1 Satz 1, 3 Abs. 1, 4 Nr. 3 UWG kommt in Betracht, wenn die Gitarre des K erstens wettbewerbliche Eigenart aufweist und B eine vermeidbare Herkunftstäuschung verübt hat (lit. a) oder eine unangemessene Ausnutzung oder Beeinträchtigung der Wertschätzung des Produkts vorliegt (lit. b).

Die wettbewerbliche Eigenart der kopierten Vorlage stellt ein ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal dar, das auf die Rechtsprechung zurückgeht. In der Sache geht es darum, dass die Vorlage überhaupt Besonderheiten aufweisen muss, die Gegenstand einer Nachahmung sein können. Was selbst nicht originell und von eigener Art, also eigenartig, ist, kann auch nicht Gegenstand einer Imitation sein. Die **wettbewerbliche Eigenart** wird zunächst aus **Sicht der angesprochenen Verkehrskreise** bestimmt (Rn. 13). Dabei ist der Horizont eines „normal informierten, angemessen aufmerksamen und verständigen durchschnittlichen Angehörigen des angesprochenen Verkehrskreises“ maßgeblich (Rn. 16). Das Gericht wendet § 3 Abs. 4 UWG also im Rahmen des § 4 Nr. 3 UWG nicht an; doch bestehen keine Sachunterschiede. Den Begriff der **wettbewerblichen Eigenart** versteht der BGH dabei so (Rn. 21):

„Ein Erzeugnis besitzt wettbewerbliche Eigenart, wenn nach der Verkehrsanschauung **die konkrete Ausgestaltung oder bestimmte Merkmale des Erzeugnisses geeignet sind, die interessierten Verkehrskreise auf seine betriebliche Herkunft oder seine Besonderheiten hinzuweisen**. Ein Erzeugnis hat keine wettbewerbliche Eigenart, wenn der angesprochene Verkehr die prägenden Gestaltungsmerkmale des Erzeugnisses nicht (mehr) einem bestimmten Hersteller oder einer bestimmten Ware zuordnet. Dies kann auch darauf beruhen, dass ein ursprünglich wettbewerblich eigenartiges Produkt nicht mehr oder nur noch in einer abweichenden Erscheinungsform oder mit abweichenden besonderen Merkmalen vertrieben wird und deshalb die zunächst herkunftshinweisenden Merkmale nicht mehr aufweist... Für die wettbewerbliche Eigenart kommt es zwar nicht darauf an, dass der Verkehr den Hersteller der Ware namentlich kennt; erforderlich ist aber, dass der Verkehr annimmt, die Ware stamme von einem bestimmten Hersteller, wie auch immer dieser heißen möge, oder sei von einem mit diesem verbundenen Unternehmen in Verkehr gebracht worden...“

Konkret bejaht der **BGH bejaht** die wettbewerbliche Eigenart in Bezug auf die Gitarre des K. Er geht allerdings der Frage nach, ob deren äußere Gestaltung **durch technische Notwendigkeiten bestimmt** ist. Denn in diesem Fall ist die äußere Gestaltung nicht für ein einzigen Wettbewerber geschützt. Vielmehr müssen alle Anbieter die zur Herstellung eines Produkttyps notwendige Technologie zur Anwendung bringen und dürfen dann auch zum selben äußeren Erscheinungsbild gelangen (Rn. 25). Vorliegend folgt die wettbewerbliche Eigenart jedoch durch das Anbringen der Tonregler am Dreieck; denn diese ist nicht technisch bedingt (Rn. 26).

Das Problem des Falles lag darin, dass die Gitarre des K sich schon lange im Handel befindet und dort dreiecksförmige Instrumente keine Besonderheit mehr darstellen (Rn. 34 f.). Deshalb sind die

Jürgen Oechsler, Uni Mainz, Skript zum UWG, 2024

Anforderungen an eine verbotene Nachahmung nach § 4 Nr. 3 lit. a und lit. b UWG besonders hoch. Denn es besteht eine **Wechselwirkung zwischen dem Grad der wettbewerblichen Eigenart und der Intensität des Eingriffs** nach lit. a und lit. b (Rn. 12). Im Hinblick auf die Intensität des Eingriffs unterscheidet der BGH zunächst zwischen einer nahezu identischen Nachahmung und der nachschaffenden Nachahmung. Dazu unter Rn. 38:

„... Eine **Nachahmung** setzt voraus, dass das Produkt oder ein Teil davon mit dem Originalprodukt übereinstimmt oder ihm zumindest so ähnlich ist, dass es sich nach dem jeweiligen Gesamteindruck in ihm wiedererkennen lässt. Dabei **müssen die übernommenen Gestaltungsmittel diejenigen sein, die die wettbewerbliche Eigenart des nachgeahmten Produkts begründen**. Aufgrund der Merkmale, die die wettbewerbliche Eigenart ausmachen, muss der **Grad der Nachahmung** festgestellt werden. Bei einer (nahezu) unmittelbaren Übernahme sind geringere Anforderungen an die Unlauterkeitskriterien zu stellen als bei einer lediglich nachschaffenden Übernahme (st. Rspr.; vgl. nur BGHZ 210, 144, Rn. 64 - Segmentstruktur, mwN). Eine **nahezu identische Nachahmung** liegt vor, wenn nach dem Gesamteindruck der sich gegenüberstehenden Erzeugnisse die Nachahmung **nur geringfügige Abweichungen vom Original** aufweist. Eine **nachschaffende Übernahme** ist demgegenüber gegeben, wenn die fremde Leistung lediglich als Vorbild genutzt wird und eine bloße Annäherung an das Originalprodukt festzustellen ist.“

Das Gericht geht vorliegend von einer nachschaffenden Nachahmung aus. Anlässlich dieses eher weniger intensiven Eingriffs stellt sich die Frage, ob B eine **vermeidbare Herkunftstäuschung** iSd. § 4 Nr. 3 lit. a UWG vorwerfbar. Zu den Voraussetzungen dieses Begriffs äußert sich der BGH so (Rn. 46):

„Dabei ist zwischen einer unmittelbaren Herkunftstäuschung und einer mittelbaren Herkunftstäuschung (**einer Herkunftstäuschung im weiteren Sinne**) zu unterscheiden. Eine unmittelbare Herkunftstäuschung liegt vor, wenn die angesprochenen Verkehrskreise annehmen, bei der Nachahmung handele es sich um das Originalprodukt. Eine Herkunftstäuschung im weiteren Sinne liegt vor, wenn der Verkehr die Nachahmung für eine neue Serie oder ein unter einer Zweitmarke vertriebenes Produkt des Originalherstellers hält oder wenn er von geschäftlichen oder organisatorischen - wie lizenz- oder gesellschaftsvertraglichen - Beziehungen zwischen den beteiligten Unternehmen ausgeht...“

Eine unmittelbare Herkunftstäuschung kam vorliegend nicht in Betracht (Rn. 47). Die Gitarre des K ist kein Einsteigermodell, sondern wendet sich an professionelle Spieler. Diese können das Instrument jedoch von demjenigen des B unterscheiden. Auch verneint das Gericht schließlich eine mittelbare Herkunftstäuschung. Zwar erscheint es denkbar, dass ein Publikum im Einzelfall zu Unrecht von einer Zweitmarkenstrategie des betroffenen Herstellers ausgeht (Rn. 53). Diese Möglichkeit **verneint der BGH** jedoch angesichts der Professionalität des angesprochenen Kundenkreises (Rn. 54 f.).

Es stellte sich deshalb die Frage, ob eine **unangemessene Ausnutzung der Wertschätzung** der Gitarre des K nach § 4 Nr. 3 lit. b UWG in Betracht kam. Dazu der BGH (Rn. 57):

„Eine unlautere Rufausnutzung kann nicht nur auf einer Täuschung der angesprochenen Verkehrskreise über die betriebliche Herkunft der Nachahmung, sondern auch auf einer Anlehnung an die fremde Leistung beruhen, die eine erkennbare Bezugnahme auf den Mitbewerber oder seine Produkte erfordert. Die Frage, ob hierdurch eine Gütevorstellung im Sinne von § 4 Nr. 3 Buchst. b Fall 1 UWG unangemessen ausgenutzt wird, ist im Wege einer **Gesamtwürdigung** zu beantworten, bei der alle relevanten Umstände des Einzelfalls, insbesondere der **Grad der Anlehnung** sowie die **Stärke des Rufs** des nachgeahmten Produkts, zu berücksichtigen sind. Dabei kann grundsätzlich schon die **Annäherung an die verkehrsbekanntesten Merkmale eines fremden Produkts** als solche zu einer für die Annahme einer Rufausbeutung erforderlichen Übertragung der Gütevorstellung führen. Bei einer identischen Nachahmung gilt insofern ein strenger Maßstab... Allerdings reicht es für eine Rufausbeutung nicht aus, wenn lediglich Assoziationen an ein fremdes Produkt und damit Aufmerksamkeit erweckt werden...“

Im Ergebnis verneint das Gericht jedoch die Möglichkeit eines verbotenen Imagetransfer, da die Gitarre des B kein technisch minderwertiges Produkt darstellt, auf das B die im Verkehr hinsichtlich der Originalgitarre bestehenden Qualitätsvorstellungen übertragen würde. Denn § 4 Nr. 3 lit. b UWG setzt eigentlich eine Übertragung „des Prestigewertes eines Luxusprodukts auf eine billige Nachahmung“ vor, die hier nicht vorliegt. Vielmehr stellt B ein hochpreisiges Instrument her, das von der Zielgruppe (Profispieler) offensichtlich nur erworben wird, weil die Qualität dem Preis die Waage hält (Rn. 65). Daher ist kein Grund ersichtlich, warum ein Erwerber die Gitarre des B zu einem Preis erwerben sollte, der dem des Originals entspricht, wenn es sich bei B letztlich nur um eine Kopie der Vorlage handelte (Rn. 65). Das Gericht lehnt deshalb auch die Voraussetzungen des § 4 Nr. 3 lit. b UWG ab. Der Anspruch aus § 8 Abs. 1 Satz 1 UWG war damit insgesamt unbegründet.

Diese Rechtsprechung setzt der BGH in folgender bedeutsamer Entscheidung weiter fort:

BGH Kerrygold

(BGH, 26.1.2023 – I ZR 15/22 – **Kerrygold**) K ist Alleinvertriebsberechtigte einer irischen Molkerei, die die Butter „Kerrygold“ in der links abgebildeten Verpackung seit langem in Deutschland vertreibt. Dort genießt die Butter einen hohen Bekanntheitsgrad. B, ein irisches Unternehmen, führte vor kurzer Zeit die eigene Butter „Dairygold“ auf den deutschen Markt in den rechts abgebildeten Packung ein.



K verlangt von B Unterlassung der Verwendung der Bezeichnung „Dairygold“ und der abgebildeten Verpackung.

In Betracht kommt ein Anspruch des K gegen B auf Unterlassung des weiteren Vertriebs nach §§ 8 Abs. 1 Satz 1, 3 Abs. 1, 4 Nr. 3 lit. a UWG.

Fraglich ist zunächst, ob K überhaupt nach § 8 Abs. 3 Nr. 1 UWG **aktivlegitimiert** ist. Denn anders als in den Fällen der §§ 4a bis 5b UWG **dient § 4 Nr. 3 UWG vorrangig dem Schutz individueller Leistungen** und nur nachrangig dem Allgemeininteresse an einem funktionierenden Wettbewerb. Daher darf die Normverletzung im Zweifel nur von dem Unternehmen geltend gemacht werden, dessen Leistung angegriffen wird. Dies ist im Zweifel der **Hersteller des Produkts** (BGH Rn. 13; BGH, 27.10.2022 – I ZR 53/22 – CleverFrame Rn. 20). In Betracht kommt allerdings auch eine Aktivlegitimation des **Alleinvertriebsberechtigten**, wenn dieser durch die Handlung des Rechtsverletzers praktisch wie ein Hersteller in seinem wettbewerblichen Wirkungskreis beschränkt wird (BGH Rn. 13 und 14). Vorliegend kam dies bei dem für Deutschland alleinvertriebsberechtigten Partnerunternehmen in Betracht. Dieses repräsentiert die Interessen des Herstellers und ist durch die Handlungen des B auf dem deutschen Markt genauso betroffen wie der Hersteller selbst.

Als problematisch erwies sich auch die **wettbewerbliche Eigenart** der von K verwendeten Verpackung. Zunächst kann die Verpackung einer Butter durchaus wettbewerbliche Eigenart aufweisen (Rn. 13). Denn § 4 Nr. 3 UWG schützt Leistungs- und Arbeitsergebnisse aller Art. Maßgebend ist jedoch, ob die konkrete Ausgestaltung des Produkts geeignet ist, die interessierten Verkehrskreise auf seine betriebliche Herkunft hinzuweisen (BGH Rn. 13). Die Verwendung der Abbildung einer grünen Wiese mit weidenden Kühen hat zunächst nur einen allgemein beschreibenden Charakter, der nicht notwendig auf ein bestimmtes Unternehmen selbst hindeutet (BGH Rn. 39). Deshalb fällt zugunsten der K vor allem der hohe Bekanntheitsgrad des Unternehmens „Kerrygold“ ins Gewicht: Der Verkehr ordnet diese äußere Gestaltung der Verpackung seit langem K zu (BGH Rn. 40). Danach hat die Verpackung wettbewerbliche Eigenart.

Fraglich ist weiter, ob B die wettbewerbliche Eigenart des Produkts des K **nachahmt**. Dazu muss er gerade die Gestaltungselemente übernehmen, die die wettbewerbliche Eigenart der Vorlage begründen. Dafür spricht, dass B die Werbefläche in ähnlicher Weise aufteilt wie K. Der Markenname prägt die Mitte, was zunächst nicht ungewöhnlich ist. Bei beiden Verpackungen findet sich jedoch ein goldfarbenes Siegel in der rechten unteren Ecke. Bei K wird die Kuh mittig abgebildet, bei B finden sich zwei Kühe. Doch sind die Kühe jeweils gleich gefärbt. Hinzu kommt die Ähnlichkeit der Namen „Kerrygold“ und „Dairygold“. Eine Nachahmung ist deshalb anzunehmen. Wegen des Grundsatzes der Nachahmungsfreiheit ist dies jedoch nicht verboten. Fraglich ist deshalb, ob eine

Jürgen Oechsler, Uni Mainz, Skript zum UWG, 2024

vermeidbare Herkunftstäuschung iSd. § 4 Nr. 3 lit. a UWG vorliegt. Eine **unmittelbare Herkunftstäuschung** liegt – wie bereits oben erwähnt – er vor, wenn die angesprochenen Verkehrskreise davon ausgehen, bei der Nachahmung handele es sich um das Originalprodukt (BGH vorliegend Rn. 46). Dieser Fall kommt nicht in Betracht. Denkbar ist jedoch eine **Herkunftstäuschung im weiteren Sinne**. Dabei geht der Verkehr zu Unrecht von geschäftlichen oder organisatorischen – wie lizenz- oder gesellschaftsvertraglichen – Beziehungen zwischen den Beteiligten Unternehmen aus (Rn. 46). Gegen diese Möglichkeit spricht jedoch die Verwendung einer eigenen Herkunftsbezeichnung („Dairygold“ statt „Kerrygold“). Deshalb müssen weitere konkrete Hinweise vorliegen, die eine Täuschungswirkung in diese Richtung begründen können: In Betracht kommt, dass der Nachahmende zuvor das Originalprodukt vertrieben hat oder dass die streitenden Parteien zu einem früheren Zeitpunkt zusammenarbeiteten bzw. ein Unternehmen bildeten (Rn. 46). Diese Voraussetzungen liegen nicht vor. Doch erwägt der BGH hier auch eine sog. **mittelbare Herkunftstäuschung**. Diese besteht in der möglichen Gefahr, der Verkehr könnte annehmen, dass es sich bei „Dairy Gold“ um eine neue Serie oder ein Zweitprodukt des K handelte (Rn. 47).

Für diese Möglichkeit spricht zunächst, dass B die äußere Gestaltung der Verpackung fast identisch nach dem Vorbild der K gestaltet (Rn. 42). Hinzu tritt die Verwendung des ähnlich gefassten Namens „Dairygold“ mit einer vergleichbaren Schrifttype (Rn. 42). Dieser Art der Wahrnehmung steht jedoch entgegen, dass B einen anderen Herstellernamen als K verwendet. Dadurch allein kann Verwechslungsgefahr allerdings nicht ausgeschlossen werden; entscheidend ist eine Gesamtbetrachtung der Umstände des Einzelfalls (BGH Rn. 49). Denn Verwechslungsgefahr kommt auch dann in Betracht, wenn der Verkehr sich nicht am Herstellernamen, sondern an der äußeren Aufmachung des Produkts orientiert. Allerdings liegt dies bei Butter fern, da diese regelmäßig in identischen Größen und ähnlicher Aufmachung angeboten wird (Rn. 49). Eine Besonderheit des Falles liegt wiederum darin, dass die Herkunftsbezeichnung der B derjenigen der K stark angenähert ist. Dieser Effekt wird noch durch die Bezeichnung „From the county of Kerry“ unterstützt (Rn. 52). Dem BGH genügen diese Gesamtumstände jedoch insgesamt noch nicht für die Bejahung einer mittelbare Herkunftstäuschung aus (Rn. 54). Deshalb verweist er die Sache zur weiteren Aufklärung an die Berufungsinstanz zurück.

Vgl. zu diesem Fragekomplex auch OLG Schleswig, 8.12.2022 – 6 U 5/22 – **Beintrainer**

Folgender Fall bringt die Probleme besonders bildhaft auf den Punkt:

BGH Einkaufswagen III

(BGH, 17.7.2013 – I ZR 21/12 – Einkaufswagen III) K ist Marktführer für die in Supermärkten verwendeten Einkaufswagen. Seine Wagen zeichnen sich durch eine Abschrägung des vergitterten Warenkorbs aus. B ahmt genau diese Abschrägung bei seinen Einkaufswagen nach

Wettbewerbliche Eigenart liegt auch hier 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 Gefahr eines **Imagetransfers** von der Originalware hin zum eigenen Angebot. Die Warengestaltung weist dabei wettbewerbliche Eigenart auf, wenn sie nicht **technisch zwingend erforderlich ist**.

Vorliegend ist es für die Technik eines Einkaufswagens grundsätzlich nicht erforderlich, dass der Warenkorb des Einkaufswagens nach vorne abgeschrägt ist. Insoweit sind Einkaufswägel dieser Bauart als Produkte des K erkennbar. Und dagegen richtet sich der Angriff des B. Eine Nachahmung liegt daher vor.

Unangemessen ist die Nachahmung, wenn sie nicht durch das Prinzip der **Nachahmungsfreiheit** gerechtfertigt ist. Soweit diese betroffen ist, besteht ein **Freihaltebedürfnis der Allgemeinheit**, damit der Wettbewerb und die Ausübung der Nachahmungsfreiheit möglich bleiben.

B muss die Bauart der Einkaufswägel des K imitieren, damit seine eigenen Wägel mit den von K hergestellten zusammengeschieben werden können. Denn B wird regelmäßig Supermärkte beliefern, die bereits Wägel des Marktführers K erworben haben. Diese werden Wägel des B nur erwerben, wenn eine Einschubmöglichkeit besteht. Insoweit ist B zwingend darauf angewiesen, die Bauart der Wägel des K zu imitieren, wenn er ein Angebot auf dem Markt unterbreiten will. Dies ist ihm jedoch nach dem Prinzip der Nachahmungsfreiheit gestattet. Die von ihm unternommene Nachahmung der Bauart der Wägel des K ist daher nicht unangemessen.

Abschließend lässt sich noch das Folgende ergänzen: **Unangemessen** ist die Ausbeutung der Wertschätzung einer Ware iSd. § 4 Nr. 3 lit. b UWG überhaupt nur dann, wenn der UWG-Täter **keine Erlaubnis** des Herstellers der Vorlage für die Nachahmung hat. Eine solche Erlaubnis wird regelmäßig vom Berechtigten durch **Lizenzvertrag** erteilt (von lat. licere = erlauben). Stets darf der Berechtigte seine geistigen Leistungen gegen Entgelt gegenüber einem Interessierten lizenzieren. Das UWG findet in diesem Fall keine Anwendung!

§ 4 Nr. 3 lit. c UWG regelt schließlich einen Fall der **Industriespionage**.